

TRAITÉ INTERNATIONAL  
DE DROIT  
CONSTITUTIONNEL

---

Tome I

Théorie de la Constitution

2012

DAJLOZ

# SOMMAIRE

## TOME I

### PREMIÈRE PARTIE THÉORIE DE LA CONSTITUTION

#### Titre I. Science du droit constitutionnel

##### Sous-titre 1. Statut de la science du droit constitutionnel

**Chapitre I** — Épistémologie  
*par Paolo Comanducci*..... 7

**Chapitre II** — L'objet du droit constitutionnel : État, Constitution, Démocratie ?  
*par Jean-Marie Denquin*..... 39

##### Sous-titre 2. Histoire

**Chapitre I** — Histoire de la science du droit constitutionnel  
*par Olivier Jouanjan*..... 69

**Chapitre II** — Idéologies de la constitution – Histoire du constitutionnalisme  
*par Mauro Barberis*..... 113

##### Sous-titre 3. Rapports avec les autres disciplines

**Chapitre I** — Droit constitutionnel et Science politique – Essentiellement  
à partir du cas français  
*par Slim Laghmani*..... 145

**Chapitre II** — La Constitution et l'analyse économique  
*par Régis Lannau*..... 181

**Chapitre III** — Droit constitutionnel et théorie générale de l'État  
*par Michel Troper*..... 197

#### Titre II. Sources du droit constitutionnel

##### Chapitre

**introduction** — Théorie générale des sources du droit constitutionnel  
*par Véronique Champetier-Desplats*..... 229

<b>Chapitre I</b> — La Constitution formelle <i>par Luc Heuschling</i> .....	265	<b>Titre V. Portée et fonction sociale de la constitution</b>	
<b>Chapitre II</b> — Une typologie des normes constitutionnelles <i>par Juan Ruiz Manero</i> .....	297	<b>Chapitre unique</b> — Les fonctions symboliques des constitutions <i>par Eivind Smith</i> .....	767
<b>Chapitre III</b> — La Loi <i>par Alessandro Pizzorusso</i> .....	327		
<b>Chapitre IV</b> — Les Règlements des assemblées parlementaires <i>par Alain Delcamp</i> .....	357		
<b>Chapitre V</b> — Coutume constitutionnelle et conventions de la Constitution <i>par Pierre Avril</i> .....	375		
<b>Chapitre VI</b> — Sources internationales et européennes du droit constitutionnel <i>par Jean Combacou</i> .....	405		
<b>Chapitre VII</b> — Le constitutionnalisme multinationaux <i>par Neil Walker</i> .....	441		
		<b>DEUXIÈME PARTIE</b>	
		<b>DISTRIBUTION DES POUVOIRS</b>	
		<b>Titre I. Formes d'État</b>	
<b>Chapitre I</b> — L'interprétation de la constitution <i>par Riccardo Guastini</i> .....	465	<b>Chapitre I</b> — Fédéralisme – Normes et territoires <i>par Vicky C. Jackson</i> .....	
<b>Chapitre II</b> — L'argumentation <i>par Manuel Atienza</i> .....	505	<b>Chapitre II</b> — Formes d'État : État régional, État décentralisé <i>par Luciano Vandelli</i> .....	
		<b>Chapitre III</b> — L'Union européenne <i>par Fabrice Picod et Loïc Azoulai</i> .....	
<b>Titre IV. Les grands principes justificatifs</b>		<b>Titre II. Les régimes</b>	
<b>Chapitre I</b> — La souveraineté <i>par Dieter Grimm</i> .....	547	<b>Chapitre</b> <b>introductif</b> — Régimes politiques <i>par Giuseppe de Vergottini</i> .....	
<b>Chapitre II</b> — La représentation <i>par Pierre Brunet</i> .....	607	<b>Chapitre I</b> — Régime parlementaire <i>par Denis Baranger et Arnel Le Divellec</i> .....	
<b>Chapitre III</b> — L'État de droit <i>par Kaarlo Tuori</i> .....	643	<b>Chapitre II</b> — Régimes non parlementaires <i>par Philippe Lauvaux et Carlos-Miguel Pimentel</i> .....	
<b>Chapitre IV</b> — Rule of Law <i>par Daniel Mockle</i> .....	671		
<b>Chapitre V</b> — La séparation des pouvoirs <i>par Mauro Barberis</i> .....	705	<b>Titre III. Statut des organes</b>	
<b>Chapitre VI</b> — Hiérarchie des normes, principe justificatif de la suprématie de la constitution <i>par Véronique Champel-Desplats</i> .....	733	<b>Chapitre I</b> — L'Exécutif <i>Par Francis Delpérée</i> .....	
		<b>Chapitre II</b> — Le statut du Parlement <i>par Pierre-Alain Collot</i> .....	
		<b>Chapitre III</b> — La configuration institutionnelle du pouvoir judiciaire <i>par Carlo Guarriero</i> .....	

CHAPITRE I

# La Constitution formelle

LUC HEUSCHLING

Le présent sujet – la Constitution formelle en tant que source du droit – peut être compris de diverses façons car il y a diverses façons de cerner chacun des termes clés, et de les lier ensemble. Que la métaphore de « source du droit » soit polysémique et même, aux yeux d'aucuns, inadaptée, est bien connu<sup>1</sup>. La complexité du syntagme « Constitution formelle » est moins évidente, mais tout aussi redoutable. De la panoplie des acceptions, extrayons-en juste cinq<sup>2</sup> (en citant à chaque fois des illustrations « parlantes » afin d'établir une première topographie). 1) Par « Constitution formelle » est exigée/dénotée l'existence d'un *écrit unique* à portée systématique (code), dans lequel est concentrée au maximum la matière constitutionnelle (par exemple, la Charte de 1814). 2) La Constitution formelle désigne un *ensemble ou réseau de textes* articulés autour d'un *texte central* à portée systématique (« galaxie »). La catégorie ainsi délimitée inclut la V<sup>e</sup> République, mais exclut les pays où le support textuel de la Constitution se présente sous la forme d'une suite de textes, sans *texte central* (III<sup>e</sup> République, Israël, Royaume-Uni). 3) Une définition multi-facettes avec *quatre* critères : un écrit systématique (texte unique ou *texte central*) ; l'auteur : le pouvoir constituant (originaire) ; la rigidité ; la valeur juridique supra-légale. L'adjectif « formel » change ici de sens : identifié d'abord à la forme (écrite ou non-écrite) de l'*instrumentum*, le mot renvoie ensuite au régime juridique dit « formelle » toutes les normes du système juridique protégées par la clause de révision. Est délimitée ainsi « l'étage supérieur » de l'ordre juridique. Focalisée de prime abord sur le seul critère de la *rigidité*, cette définition présuppose toutefois, le plus souvent, le critère de l'écrit : ce sont toutes les normes *écrites* du système juridique qui sont ainsi protégées, peu importe du reste l'apparence du support écrit (texte unique, réseau de textes avec *texte central* ou, même, addition de textes successifs). Sont inclus la III<sup>e</sup> République et Israël<sup>3</sup>, exclus la France de 1814 et le Royaume-Uni. 5) À partir du critère de rigidité, il est possible d'aller plus loin : si une norme fait partie de la Constitution formelle parce qu'elle ne peut être modifiée par une simple loi, il s'ensuit logiquement que la *jurisprudence* des juges constitutionnels fait aussi partie de cette classe *dans la mesure* où leur modification par les acteurs politiques (mais non, bien sûr, par les juges eux-mêmes)

1. V. Les divers articles dans le vol. 27 (*Les sources*), *Archives de philosophie du droit* 1982 et *supra* la contribution de V. Champell-Desplats.  
 2. Comp. Le Divellec, 2008 : M. de Villiers, A. Le Divellec, *Dictionnaire de droit constitutionnel*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 2009, p. 73 [sens n° 1 et 2] ; R. Zippelius, Th. Würtenberger, *Staatsrecht*, 31<sup>e</sup> éd., Beck, München, 2005, p. 37 [sens n° 3]. Pour le sens n° 4, V. G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel* (1949), Paris, Dalloz, 2002, p. 112 ; O. Pfersmann in L. Favoreu, *Constitutional law*, 3<sup>e</sup> éd., Inwint, 2006, p. 179. La complexité ressort encore davantage lorsqu'on différencie les définitions selon qu'elles sont descriptives ou normatives, universelles ou particulières.  
 3. Dans ce dernier cas, il serait plus adéquat de parler du critère procédural ou organique de la Constitution. La confusion est évitée également par A. Auer, G. Malinverni, M. Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, vol. 1, 2<sup>e</sup> éd., Berne, Stämpfli, 2006, p. 476 s., qui distinguent le critère « instrumental », formel et matériel de la Constitution.  
 4. Selon le critère de rigidité dégagé par la Cour suprême en 1995, seule une loi intitulée « loi fondamentale » peut modifier une autre « loi fondamentale ».

nécessite une révision. Dans cette cinquième définition, quasiment jamais théorisée, le critère discriminant écrit/non-écrit est totalement évacué.

Face à cet échec/aveu de perspectives, il est utile de partir du syntagme « source du droit » et de ses deux sens majeurs<sup>5</sup>. À l'instar du double usage du terme « source » dans le domaine hydraulique, où le mot désigne à la fois l'eau qui jaillit et le lieu d'où elle jaillit, le terme « source », chez les juristes, peut viser tant le lieu (ou mode) d'apparition de normes que les normes ainsi apparues<sup>6</sup>. Il désigne à la fois le *mode de création* – le « moule » ou creuset (Section 1) – et le *produit créé* : une certaine classe ou catégorie de normes (Section 2).

## SECTION 1

# LA CONSTITUTION FORMELLE EN TANT QU'UNE ENQUÊTE ÉPISTÉMOLOGIQUE

Que la Constitution formelle soit source de droit est une idée qui semble aller de soi. Pourtant, il existe à ce sujet pas moins de trois thèses : le *texte* de la Constitution est la source du droit constitutionnel (la seule<sup>7</sup>) ; il en est une source : il n'est *jamais* la source de normes juridiques (celles-ci étant, selon la théorie réaliste de l'interprétation, le produit des juges). Problématique, le sujet nous oblige à réfléchir sur les *présupposés* qui nous permettent de *penser* la Constitution formelle en tant que source de droit constitutionnel. À cet effet, je propose de partir du point suivant : vue sous un angle radicalement empirique, la Constitution se présente à l'œil de l'observateur sous la forme d'un ou plusieurs bords de papier qui sont le support matériel d'un discours *s'auto-qualifiant*<sup>8</sup> « norme », « norme constitutionnelle », et articulant une *prétention* à l'obligatorité<sup>9</sup>. Or, pour que la Constitution puisse être ce *lien social* qu'est le droit, il faut que cette prétention formulée par l'auteur (l'émetteur du discours) soit *acceptée* par les divers destinataires (l'appareil d'État d'une part, la masse de la population d'autre part), acceptation qui se fait (aussi) au vu d'une certaine évaluation axiologique. Chaque source du droit

5. Le sens de l'expression « Constitution formelle » sera clarifié par la suite, en fonction des débats abordés.

6. C. Thibierge, « Sources du droit, sources de droit : Une cartographie », in *Mélanges Ph. Jestaz*, Paris, Dalloz, 2006, p. 529 ; M. Troper, *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 2003, p. 86.

7. On aura reconnu les thèses de certains constitutionnalistes positivistes défendant, à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et parfois encore au XX<sup>e</sup> siècle, le dogme de la complétude du droit positif (*il n'y a pas de textes du droit positif*).

8. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, trad. Ch. Eisenmann, p. 3 s.

9. C. Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1892, p. 398 : « Chaque disposition du droit positif nous adresse la question suivante : Me reconnais-tu comme du droit valide ? »

est, en effet, un « artefact culturel<sup>10</sup> ». Or, comme l'a montré le philosophe néo-kantien Heinrich Rickert, tout produit culturel (à la différence des objets présents en nature) est informé par l'être humain au vu d'un certain sens, de certaines valeurs<sup>11</sup>. Du point de vue cognitif, il est impossible de comprendre, au sens de Weber, l'institution d'une source du droit – en l'espèce la Constitution formelle – sans remonter à son soubassement axiologique. En pratique, du point de vue interne, la validité de la Constitution dépend souvent, faute de contrainte<sup>12</sup>, de l'adhésion spontanée des acteurs aux valeurs incarnées par celle-ci. Pour ces deux raisons, il convient de rappeler d'abord, à travers une reconstruction systématique, la teneur, du reste complexe et parfois discutée, de ce soubassement axiologique (§ 1), avant d'en montrer l'incidence (et respectivement l'absence d'incidence) à travers le miroir des « dérives pathologiques » (§ 2).

## § 1 L'imaginaire social sous-tendant l'institution de la Constitution formelle

Lue, en toute innocence/lignorance, par un Martien, la Constitution se présente comme un *corpus* textuel qui entend fonder la société politique et qui, à ce titre, se dit le plus souvent supérieur à la loi, voire parfois « intangible » (les « clauses d'éternité »). Vu sous cet angle, dépouillé de tout l'arrière-fond culturel, spirituel et idéologique dont est, à l'inverse, habituellement imprégnée *notre* lecture<sup>13</sup>, cet artefact qu'est ce discours révèle sa prétention extraordinaire, prétention qui n'a pas échappé à l'œil de tous ceux qui, à l'instar de Burke et de Maistre, s'inscrivent dans un autre paradigme civilisationnel. Pour ces derniers, toute cette agitation constitutionnaliste n'est qu'une supercherie, un *non-sens*, bref : un acte de *folie*<sup>14</sup>. Qu'on enlève tous ces présupposés (d'aucuns diront les mythes fondateurs) et la

10. P. Amselek, « Brèves réflexions sur la notion de source du droit », *Archives de philosophie du droit* t. 27, 1982, p. 254. Pour une illustration éditoriale, V. Ch. Perelman, « Ontologie juridique et sources du droit », *Archives de philosophie du droit* t. 27, 1982, p. 23 s.

11. Sur Rickert et le concept de « rapport aux valeurs » chez lui et Weber, V. L. Heuschling, « La relativisme des valeurs, la science du droit et la légitimité. Retour sur l'épistémologie de Max Weber », in L. Fontaine (dir.) *Droit et légitimité*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 15 s.

12. Il suffit ici de penser à l'armée : Qu'est-ce qui fonde l'imprévisibilité de la Constitution à son égard ? Le paramètre de la contrainte, par définition, est inopérant puisque c'est l'armée qui incarne la force. 13. La « nous » renvoie à tous ceux dont la culture juridique est marquée du sceau du constitutionnalisme écrit moderne, à l'exclusion notamment de la Grande-Bretagne et de la Nouvelle-Zélande. Sur la nécessaire inscription du droit dans son contexte culturel, V. les écrits croisés et stimulants des deux comparatistes : P. Habermas (*Verfassungsdialektik als Kulturwissenschaft*, 2<sup>e</sup> éd., Berlin, 1998 ; *Europäische Verfassungsgeschichte*, 6<sup>e</sup> éd., Nomos, 2009, spéc. p. 10 s.) et P. Legrand (« Comparer », *RID comp.* 1996, p. 279 s.).

14. De Maistre, 1797, chap. VI : « Une assemblée quelconque d'hommes ne peut constituer une nation ; et même cette entreprise excède en folie ce que tous les *Bedlems* de l'univers peuvent entailler de plus absurde et de plus extravagant » (*Bedlam était l'appellation populaire d'un ancien asile de fous à Londres*).

Constitution formelle n'apparaît plus que comme un banal bout de papier<sup>15</sup>. Or que faut-il ajouter à ce bout de papier pour que l'ensemble fasse sens aux yeux d'un lecteur, pour que ce discours soit revêtu d'autorité (*autoritas*) ?

Pour cerner ce dispositif ou montage intellectuel, il est utile de se référer à une typologie établie par Hayek (Hayek, 1995, chap. 1 et 2). Ce dernier a identifié deux idéaux de l'ordre social dont chacun mobilise une vision distincte du pouvoir politique, du mode d'élaboration du droit, du temps et du savoir humain. S'opposent ainsi, à l'état pur, deux univers intellectuels, deux économies de l'esprit. D'un côté, il y a le modèle *évolutionniste* que Hayek appelle « *Kosmos* » : l'ordre social (le droit) est généré spontanément, d'en bas, par la société. Il est dégagé au cas par cas, au fil de l'histoire, et constitue le fruit d'une sédimentation dans laquelle se cristallise l'expérience de générations successives. S'inscrivant dans le sillage de ses ancêtres, chaque nouvelle génération se doit de respecter la sagesse accumulée au fil du temps, étant entendu que la compréhension intégrale du monde, si complexe, échappe à l'être humain, aussi intelligent fût-il. Croire à la possibilité d'un tel savoir global serait tomber dans une « illusion synoptique ». Le savoir humain est nécessairement fragmenté, partiel, incomplet. À l'inverse, dans le modèle *constructiviste* de l'ordre social « *Taxis* », le droit ressemble à un temple grec : il est le fruit d'une démarche rationaliste qui fait table rase du passé. Le droit est issu de la volonté d'un acteur – le sujet politique – qui, d'en haut, sûr des lumières de sa Raison, établit un nouvel ordre social.

Selon le modèle social, la place de l'écrit varie fortement. Dans le modèle *Kosmos*, dans lequel on aura reconnu, entre autres, la théorie classique de la *common law* anglaise<sup>16</sup>, l'écrit (*i.e.*, l'écrit du législateur) a un rôle réduit. Le droit est, par excellence, non écrit (coulumier et/ou jurisprudentiel). Les défenseurs les plus fervents de la *common law*, au *xvii<sup>e</sup>* et *xviii<sup>e</sup>* siècles, sont franchement hostiles à l'intervention du pouvoir politique qui est perçu comme un acteur exogène au processus de germination du droit. Si le texte il doit y avoir, celui-ci ne saurait avoir qu'un objet réduit (il agit sur tel ou tel point, mais ne saurait prétendre à codifier le droit). Si, à de rares occasions, il revient au législateur de corriger certains défauts ponctuels du droit non-écrit, sa fonction consiste surtout à rappeler et à certifier, en cas de dérives, l'existence de telle règle non-écrite. Ainsi s'expliquent la succession et la teneur assez réduite des divers textes constitutionnels anglais. L'idéal d'un texte *unique*, systématique, est inconcevable<sup>17</sup>. À l'inverse,

15. C'est ce que montre également, en droit comparé, l'étude du phénomène des transferts, de ses succès et de ses échecs. Il ne suffit pas de transplanter le texte d'une Constitution pour que naisse aussitôt un véritable système constitutionnel. Pour que la greffe prenne, il faut d'autres paramètres, d'ordre culturel et social.

16. Sur la pensée de Coke, Hale, Blackstone, V. L. Heuschling, 2002, p. 176 s. ; R.G. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford, Clarendon, 1986 ; R. Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence*, London, Butterworths, 1989, chap. 2.

17. D'où la question : *Comment les Anglais du *xvii<sup>e</sup>* siècle en sont-ils venus à penser et à éditer cet acte qui était l'*Instrument of Government* ?* Ainsi que le montre Rothschild, le but des chefs de l'armée puritaine était initialement de certifier dans un texte certaines règles cruciales acquises. Sous la pression des éléments les plus radicaux, l'opération a changé d'objectif et visait désormais à établir un système totalement nouveau (Rothschild, 1903).

dans le modèle *Taxxis*, qui évoque les diverses théories du contrat social. Les idées maîtresses sont le volontarisme (vecteur de progrès) et le système des idées générales). Le texte codifié, posant les fondements de la société politique, et produit par un acteur « éminent », devient le point de départ d'un nouvel ordre juridique. À rebours du modèle évolutionniste, où la Constitution est l'œuvre du temps, la Constitution dans le modèle constructiviste est le fruit du « jaillissement instantané » d'une volonté lors d'un « moment inaugural » (Baranger, 2008, p. 4, p. 132). Sous la plume de Thomas Paine, la Constitution devient la « Bible politique<sup>18</sup> » : c'est un livre unique (code) ; c'est un livre – « de poche » ralliera de Maistre – que chaque citoyen doit avoir à la maison (accessibilité) et doit pouvoir lire par soi-même, comme il le fait pour la Bible (intelligibilité) ; c'est un livre qui contient la « vérité », rédigée par le nouveau sujet politique qu'est le peuple (qui, selon la logique de cette comparaison, devient tel Dieu créateur<sup>19</sup>) ; parant, c'est un livre qui doit l'emporter sur tout autre acte.

Cette image si parfaite de la « bible politique » et, de manière générale, du code constitutionnel ne doit toutefois pas nous induire en erreur. 1) Dans cette image sont imbriquées diverses facettes – l'écrit, l'unicité du texte, sa clarté, son caractère succint<sup>20</sup>, son contenu rationnel, l'éminence du sujet, sa suprême – qui, analytiquement, doivent être distinguées. Car chaque exigence se fonde sur ses raisons propres<sup>21</sup> (et parfois même multiples<sup>22</sup>), ce qui explique aussi pourquoi il arrive en pratique que tel élément soit présent, mais non tel autre (une Constitution codifiée, mais souple ; une Constitution éparpillée, mais rigide ; une Constitution codifiée, rigide, mais non libérale, etc.). 2) Dans ce tableau, il ne faut point oublier les silences, réticences et critiques des Modernes eux-mêmes à l'égard d'une telle Constitution, bémols qui, là aussi, expliquent certains échecs pratiques. Déjà il faut noter que l'idée du contrat social ne débouche pas nécessairement sur le concept de code constitutionnel. Dans son *Second traité sur le gouvernement civil*, Locke a imaginé un système politique libéral sans jamais évoquer cet instru-

18 V. Paine, 1792, chap. IV : « It was the political bible of the state. Scarcely a family was without it. Every member of the government had a copy ; and nothing was more common, when any debate arose (...), than for the members to take the printed Constitution out of their pocket, and read the chapter with which such matter in debate was connected ».

19. Déjà John Pym, l'un des chefs de la 1<sup>re</sup> Révolution anglaise, avait rapproché le moment constituant de la genèse et de la figure de Moïse (Rothschild, 1903, p. 13).

20. Exigence qu'il serait d'ailleurs difficile de déduire du modèle de la Bible ! Elle se justifie plutôt par l'idée que la Constitution doit poser des fondements stables (elle ne saurait traiter de tout), que son auteur n'est présent qu'un court laps de temps et que ce texte doit rester accessible aux citoyens (ce qui est plus délicat avec un texte long, technique, peu didactique).

21. L'exigence de l'écrit ne justifie pas celle de l'écrit unique ; l'écrit unique ne justifie pas, à lui seul déjà, l'idée de la suprême ; l'éminence du sujet politique n'appelle pas nécessairement l'écrit unique car il se pourrait que ce sujet veuille agir par touches successives, etc.

22. Ainsi, l'écrit se justifie par l'idée de sécurité juridique (V. déjà le modèle *Kosmos*) et par une certaine conceptualisation du sujet politique (le peuple, dont il est dit désormais qu'il ne peut exprimer sa volonté qu'à travers l'écrit, et non, comme d'antan, à travers ses usages et coutumes). À ces arguments axiologiques s'ajoute une nécessité fonctionnelle : il est impossible (ou du moins très difficile) à un acteur politique d'opérer une révolution avec l'instrument de la coutume ou de la jurisprudence.

ment. Chez lui, on passe de l'idée du contrat social aussitôt, en aval, à la question clé de l'établissement et des fonctions du pouvoir législatif. Entre les deux, entre le contrat social (droit naturel) et la loi (droit positif) n'est pas intercalé cet outil de droit positif qu'est la Constitution (écrite, supra-légale, etc.). L'idée du contrat social ne devient la matrice de l'idée de code constitutionnel qu'à condition d'ajouter l'exigence d'une nécessaire *transcription* (ou objectivation) en droit positif de la métaphore du contrat social<sup>23</sup>. En outre, la dichotomie entre actes, acteurs et périodes qui découle de l'institution d'un tel code – le moment constituant scinde le temps de la Cité en deux : le temps des fondations où s'illustrent les « pères fondateurs », auquel succède ensuite le temps d'application de la Constitution, où sont appelés à agir les pouvoirs constitués –, a suscité des scrupules de la part de Condorcet, de Paine et de Jefferson (Klein, 1996, chap. VIII). Pourquoi la volonté du peuple à la date n serait-elle plus légitime que la volonté du peuple à la date n + 1 ? Sous-jacente au débat français de 1962 – comment justifier que le peuple, agissant par référendum, devrait être réduit au rang de simple pouvoir constitué ? –, la critique est mobilisée outre-Manche par les défenseurs de la souveraineté du Parlement (Heuschling, 2002, p. 277 s.) : Comment serait-il acceptable que le Parlement d'aujourd'hui, du simple fait de s'auto-proclamer « pouvoir constituant », puisse lier les Parlements et les générations futurs, en leur imposant pour toute révision de sa propre volonté (formulée à la majorité simple) l'exigence d'une majorité qualifiée ?

## § 2 La relative déliquescence de ces idéaux en droit positif

Les fondements de l'idée de code constitutionnel étant en partie fragiles, discutables, il n'est guère surprenant qu'en pratique l'emprise de cet idéal sur les esprits ait connu des hauts et des bas. Sa (relative) ineffectivité sera étudiée ici eu égard à deux de ses facettes : l'unicité du texte (A) et sa prétention à la normativité (B<sup>24</sup>).

### A. De l'idéal du code à la réalité d'une fragmentation textuelle

L'idéal du texte unique est contredit dans un nombre bien plus important de pays qu'on ne le pense communément. Les proportions varient toutefois :

23. Transcription exigée, précisément, dès la fin du xv<sup>e</sup> siècle, par les fondateurs du puritanisme dont on sait le rôle crucial dans l'émergence du constitutionnalisme écrit en Angleterre et aux États-Unis. Aux yeux des Congrégationalistes, les vrais chrétiens doivent quitter l'Église anglicane afin de fonder, par voie de convention (convention réelle et non simplement métaphorique), une nouvelle Église, plus pure – mode opératoire qui sera ensuite transposé à la création de communautés politiques. V. Ch. Reiplinger, *Naissance de la Constitution écrite. La Constitution des corps politiques en Angleterre et en Amérique du nord aux xv<sup>e</sup> et xvii<sup>e</sup> siècles*, thèse Paris II, 2004.

24. Pour ce qui est de la brièveté du texte, V. infra Section 2, § 2. A.

l'éventail va d'une redistribution relativement maîtrisée à une dispersion chaotique. *Lato sensu*, l'éparpillement peut être analysé sur le plan à la fois vertical (l'externalisation d'une partie de la matière constitutionnelle dans des lois organiques situées en deçà de la Constitution) et horizontal (la répartition des normes à valeur constitutionnelle sur plusieurs textes). Ici seul ce dernier aspect sera retenu. Le nombre des textes, qui est parfois difficile à définir (la doctrine nationale elle-même hésite ou n'en dit rien), va de deux jusqu'à plusieurs centaines<sup>25</sup>. Le cas extrême est l'Autriche où la Constitution formelle (sens n° 4 : V. *supra*, introduction) a été comparée à une véritable « ruine » (H. Kleeatsky) ou à une « jungle » (K. Irtresberger<sup>26</sup>). Dans ce possible imbrogléo, l'unité de la Constitution résulte, tant soit peu, du fond (l'irritation de la matière), de la volonté du pouvoir constituant (qui soit a rédigé ces textes, soit s'est référé explicitement ou implicitement à des textes rédigés par autrui), de l'applicabilité des mêmes règles de révision<sup>27</sup> et/ou du statut hiérarchique (supra-légalité).

L'étendue de l'éclatement du support textuel de la Constitution formelle est fonction de deux paramètres. Elle dépend d'abord du chiffre de textes établis initialement par le constituant. Il est rare que celui-ci soit astreint en droit positif (pré-constitution, droit fédéral, droit international) au respect de l'idéal de codification ; tout dépend alors de la force morale de l'idéal et des usages politiques. Sensuivent trois types de résultats<sup>28</sup> : 1) Le constituant établit un code. 2) Il établit un texte constitutionnel central, qui est le cœur du système et autour duquel se regroupent d'autres textes *annexés/annexes* dotés de la même valeur juridique.

25. V. (avec, entre crochets, le nombre de textes s'il est connu) : Virginie (1776) [2] ; France (1791) [2] et (1875) [3] ; Empire autrichien (avant 1918) [5] lois fondamentales et les « dérogations à la Constitution » ; Allemagne (1949) : V. art. 140 de la Loi fondamentale [2] ; V. République : Constitution 1958. Déclaration des droits de l'Homme de 1789. Préambule 1946. Charte de l'environnement 2004. Accord de Noumea 1998 (au final, pas moins de 5 textes, sans évoquer les cas délicats de l'article 2 de la loi n° 88-1028 du 9 novembre 1988 (V. art. 76), des traités de l'Union européenne, du traité de la Cour pénale internationale et des divers articles de lois supports de PRLR ; sur les incertitudes du « bloc de constitutionnalité » et de la technique du renvoi, V. La Diuellec, 2008 ; Roblot-Trozier, 2007) ; République tchèque (1992) : art. 112 ; Luxembourg (1868) : art. 3 [renvoi au pacte de Nassau de 1783 qui a été qualifié, en 2011, par le gouvernement de « Constitution bis »] ; Danemark (1953) : art. 2 [2] ; Suède [4] ; Finlande (1919-1999) [4] ; France (1999) : art. 73 ; Pays-Bas [autresfois, les divers renus dans les « articles additionnels » de la Loi fondamentale de 1983 ; V. aussi le statut particulier du « Statut du Royaume des Pays-Bas » de 1954] ; Suisse (1874) : art. 89bis et les « articles constitutionnels spéciaux » pris dans le cadre des changements de frontières cantonales (Laufen 1993, Vellerat 1995) ; Suisse (1999) : art. 165 al. 3 ; Inde [12 \* Schedules » et 2 \* Appendices »] ; Kenya (1963) : art. 15a et Kenya (2010) [6 annexes], etc. Les cas les plus complexes à l'heure actuelle sont l'Autriche, Israël (11 Lois fondamentales) et le Canada (V. la liste, non-exhaustive, d'actes constitutionnels dans l'art. 52 *Constitution Act 1982* ; P.J. Monahan, *Constitutional Law*, 3<sup>e</sup> éd., Irwin, 2006, p. 4 s.).

26. H. Kleeatsky, « Bundesverfassungsgesetz und Bundesverfassungsrecht », in H. Scharnbeck (dir.), *Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1980, p. 83 s. ; K. Irtresberger, « Wege aus dem Verfassungsstichwühl ? », *Journal für Rechtspolitik*, 1994, p. 239 s.

27. Ex. : III<sup>e</sup> République, Canada. Contre-exemples : Israël et Luxembourg (le pacte dynastique est soumis à une procédure spécifique : modification par le chef de la famille grand-ducale et ratification législative).

28. Pour une classification légèrement différente, V. Wieser, 2005, p. 74 s.

Dans la terminologie scientifique autrichienne, le premier est désigné par l'expression « *zentrale Verfassungsurkunde* » (le document constitutionnel central) ou « *Stammgesetz* » (littéralement la loi-tronc), les seconds par le concept générique de « *Nebenverfassungsgesetze* » (lois constitutionnelles collatérales). Métaphoriquement il est loisible d'évoquer l'image d'une *galaxie* ou d'un système de planètes gravitant autour d'une étoile centrale. En témoignent, à titre variable, les droits de l'Allemagne, de la France et de l'Autriche. Dans ce cas de figure, la systématicité (clarté, cohérence) de l'ensemble peut toutefois déjà fortement décliner<sup>29</sup>, ce qu'occultent les termes usuels de « bloc » ou « ordre » constitutionnel (le droit constitutionnel est aussi « gazeux », « mou » et désordonné). 5) Hypothèse la plus éloignée de l'idéal du code : le constituant établit successivement, sans plan d'ensemble, une série de textes qui s'additionnent par voie de sédimentation (le modèle « *patchwork* »). Deux cas topiques sont Israël et le Canada<sup>30</sup>, deux pays d'ailleurs marqués par la culture juridique britannique. L'écart par rapport au Royaume-Uni ou à la Nouvelle-Zélande tient au seul critère de la rigidité et de la hiérarchie.

Une fois ce premier chiffre connu, la fragmentation peut être accrue ou contenue, selon le degré de liberté du pouvoir de révision et l'usage qu'il en fait. Ce dernier peut-il ajouter au *corpus* textuel original un nouveau texte ? Jusqu'à quel point la clause de révision, en droit positif, se fait-elle le vecteur de l'idéal de codification ? Les normes de droit positif (surtout explicites) sur ce sujet sont rares (l'exemple le plus connu étant l'article 79 alinéa 1 de la Loi fondamentale de 1949). Souvent, la question est implicite au droit positif ou est abandonnée à la sagacité des acteurs politiques qui se conforment, ou non, à l'idéal moral. Aussi la réflexion doctrinale dans nombre de pays (dont la France) est-elle encore balbutiante. En droit comparé, l'éventail des situations peut être subdivisé en deux classes. Dans la première classe, la modification de la norme de la Constitution implique la modification du texte de la Constitution : une révision, pour être valide, doit se refléter dans le support original de la Constitution (on suppose, pour simplifier, qu'il s'agit d'un texte unique). Cette exigence de *concentration* ou *d'incorporation des révisions* peut toutefois se décliner en trois variantes<sup>31</sup>. Selon la variante la plus stricte, le pouvoir de révision doit réécrire l'article concerné de la Constitution afin d'opérer une synthèse entre l'ancien et le nouveau. Selon la variante médiane, le pouvoir de révision est tenu d'insérer la modification dans le texte original, mais celle-ci peut se limiter à un simple ajout (V. les États-Unis). Selon la variante faible, le pouvoir de révision n'est pas tenu d'insérer toute la modification dans le texte de la Constitution. Il peut valablement

29. V. les critiques récurrentes en Autriche, Adamovich *et al.* 1997, p. 17.

30. Sur le caractère non-systématique du *Constitution Act 1982*, V. P.J. Monahan, *op. cit.*, p. 7.

31. La qualification exacte du droit positif des membres de cette classe étant souvent délicate, je me contenterai ici de lister certains de ces pays, sans opérer leur ventilation entre ces trois variantes. V. Allemagne : art. 79 al. 1 de la Loi fondamentale ; Portugal : art. 286 et 287 ; Pays Bas : art. 138 et 141 ; Maline : art. X, sections 4 et 6 ; Venezuela (1999) : art. 340 et 341 ; France : lire O. Piersmann in L. Favoreu *et al.*, *op. cit.*, n° 106 et Cons. const. 2 sept. 1992, *Maastricht II*, consid. 19. Armburg : art. 46 Islande (1937). Pour approfondir, V. Dreier, 2006 ; Wiederin, 2004.

ajouter un *nouveau* document, à condition d'en mentionner l'existence dans le support original de la Constitution<sup>32</sup> qui, de texte unique, devient texte central.

De cette première classe de solutions se distingue la seconde classe, selon laquelle une révision est valide sans avoir laissé *aucune* trace dans le *corpus* constitutionnel original. La conséquence est non seulement une fragmentation illimitée (chaque révision peut se traduire par l'ajout d'un nouveau texte), mais surtout un risque d'occlusion de l'état réel du droit constitutionnel (aucun indice, dans le document constitutionnel central, ne guide le citoyen vers l'existence de ces amendements externes, « parallèles »). Apparue déjà en Angleterre sous Cromwell<sup>33</sup>, cette technique s'est répandue surtout au XIX<sup>e</sup> siècle en Allemagne et en Autriche avec la célèbre pratique des « *Verfassungsdurchbrechungen* (dérégations à la Constitution<sup>34</sup>) » : à condition de respecter la majorité qualifiée requise, le parlement pouvait modifier les normes de la Constitution ou y déroger ponctuellement par le biais d'une disposition insérée dans une simple loi. Face à cette dérive, le constituant allemand après 1945 a tenu à l'interdire, à une exception près (art. 79 al. 1 *in fine* Loi fondamentale). À l'inverse, en Autriche, l'article 44 al. 1 de la Loi constitutionnelle fédérale (LCF) de 1920 a simplement accru un tant soit peu la visibilité du droit constitutionnel, en exigeant, sous peine de nullité, que le pouvoir de révision insère l'adjectif « constitutionnel » dans l'intitulé officiel du texte ou de l'extrait du texte (lorsque seul un article de la loi a valeur constitutionnelle). D'où l'existence, en dehors de la LCF de 1920, d'innombrables « lois constitutionnelles » et « dispositions constitutionnelles<sup>35</sup> ».

## B. La mise en échec de la prétention à la normativité

L'incidence des présupposés axiologiques ressort, en creux, dans les cas limites, lorsque la base textuelle nécessaire est certes présente, mais que le contexte culturel qui doit lui servir de « terrain », de tremplin, fait défaut, soit globalement (1) soit ponctuellement (2). Le texte est « nu » et n'accède pas au statut de source du droit auquel, pourtant, il prétend.

32. Cette technique fut utilisée en France pour constitutionaliser la Charte de l'environnement de 2004. Elle est même obligatoire au Venezuela (art. 341 n° 5).

33. Le *Humble Additional Petition and Advice* du 26 juin 1657 modifiait le sens, mais non la lettre de la 2<sup>e</sup> Constitution Cromwellienne qui était le *Humble Petition and Advice* de 1657.

34. V. les ouvrages précités de Dreier, Wiederin et Klein (p. 92 s). On peut en rapprocher le cas suisse. Une pratique similaire est admise également, quoiqu'à partir d'un contexte historique différent, en Finlande (art. 73, 1999) : sous la domination russe (1809-1917), le Grand-Duché de Finlande restait soumis aux lois constitutionnelles de la Suède à laquelle la Finlande était rattachée auparavant. Les autorités finlandaises ne pouvant modifier directement les textes suédois, toute révision se faisait dès lors par la voie de lois finlandaises parallèles à ce corpus.

35. Selon Ohtlinger 2009, p. 5, 27, la Constitution autrichienne englobait en 2009, outre le texte central de la LCF de 1920 (dont la lettre elle-même a été modifiée à de multiples reprises), plus de 50 « lois constitutionnelles » et plus de 500 « dispositions constitutionnelles » dispersées dans diverses lois ordinaires. Dans le passé, le chiffre total était encore plus élevé et frôlait les 1 600 ! En 2008, 34 lois constitutionnelles et plus de 1000 dispositions constitutionnelles ont été abrogées ou déconstitutionalisées ; en outre, la possibilité d'insérer des révisions dans des traités internationaux (ancien art. 50 al. 3 LCF) ou des conventions entre Etats-membres de la fédération (art. 15a LCF) a été supprimée pour l'aventir.

### 1. L'absence globale du « terrain culturel » : l'exemple anglais

Contrairement à ce que l'on peut croire, le Royaume-Uni a connu des textes *revendiquant* un statut supra-légal. Or cette prétention, couchée noir sur blanc dans le texte, a été traditionnellement récusée, ignorée, par ceux à qui elle s'adressait (législateurs et juges). Ainsi en est-il allé de la première Constitution, codifiée et rigide, de l'Angleterre : le *Instrument of Government* imposé par Cromwell et son armée en 1653 (Rothschild, 1903, p. 155 s.). Pour en assurer le succès et préparer les esprits, l'évènement est accompagné de discours faisant l'apologie du constituant. Un défenseur anonyme du régime le compare ainsi à un tian qui, tel Dieu au moment de la genèse, réduit le chaos et crée l'ordre : « We were in the beginning of a new government, necessitated to create a little world out of chaos, and bring form out of confusion ». « It was high time, some power should pass a decree upon the wavering humours of the people, and say to the nation, as the Almighty Himself said once to the unruly sea : Here shall be thy bounds, hitherto shall thou come, and no further<sup>36</sup> ». Or l'effort s'avéra vain à l'égard du Parlement. Alors même que les membres du (nouveau) parlement unicaméral avaient été élus en vertu de ce texte, selon des règles de surcroît nouvelles, et qu'ils avaient dû, en vertu de l'article XII du texte, engager leur parole envers leurs électeurs de ne pas modifier l'essence du mode de gouvernement inscrit dans l'*Instrument*, les députés réunis le 1<sup>er</sup> septembre 1654 refusaient de se placer sur le terrain de ce texte et d'en accepter la validité. Ils souhaitaient négocier un autre arrangement constitutionnel en faisant comme si, ainsi que le notait le député Thomas Burton, « *we had been in republica constituenda and not in republica constituta*<sup>37</sup> ». Après d'infructueux essais de persuasion, Cromwell finit par dissoudre l'assemblée et gouverner sans elle. Si, à très court terme (de 1653 à 1657), la validité du *Instrument* a pu être portée à bout de bras par Cromwell, grâce au soutien de l'armée, au final l'idée de Constitution écrite échoue à s'enraciner dans les mentalités et ne survit pas à la chute de la dictature en 1660.

Depuis, le principe classique de la souveraineté du Parlement (celui-ci ne peut se lier lui-même, ni lier ses successeurs) a joué le rôle d'un filtre épistémologique ou mental<sup>38</sup>. Le droit étant « dans nos têtes » (Jellinek), ce qui ne peut être pensé ne peut, *a fortiori*, être réalisé. Concrètement : si ce concept de souveraineté n'a pas empêché totalement le Parlement de voter des lois prétendant à la supériorité (depuis la *Confirmation of Charters* de 1369 jusqu'au *Euro-pean Communities Act* de 1972, en passant par le *Traité/loi d'union*<sup>39</sup> de 1707),

36. Anonyme, *A True State of the Case of the Commonwealth* (1654), cité par F.D. Wormuth, *The Origins of Modern Constitutionalism*, Harper, 1949, chap. XII, disp. <http://www.constitution.org/cm/wormuth/wormuth.htm>.

37. Th. Burton, *Parliamentary Diary*, vol. 1, J. T. Rutt, 1828, p. XXXI-XXXII.

38. Pour un éclairage synthétique et utile, V. H.W.R., Wade, *Constitutional Fundamentals*, London, Stevens, 1980, p. 24 s.

39. L'acte d'union entre l'Angleterre et l'Écosse va jusqu'à affirmer une clause d'éternité car il ne prévoit aucun organe politique qui soit habilité à modifier les principes soustraits à la compétence législative du Parlement de Westminster.

il fournit en revanche aux parlements futurs et aux juges l'outil intellectuel leur permettant de ne pas en tenir compte. Quoi qu'inscrite sur le papier, la prétention à la supériorité peut être ignorée. Un rôle crucial revient ici aux juges qui, lors d'un litige, doivent assigner à chaque source son rang (la « *rule of recognition* » de Hart). Or, depuis un certain temps, le consensus autour de la règle de reconnaissance, identifiée traditionnellement à la souveraineté du Parlement, s'effrite. Déjà les juges écossais estiment que le principe de la souveraineté est un principe anglais, et non écossais/britannique<sup>40</sup>. L'affaire *Factorame* (n° 2), jugée en 1991 par la Chambre des Lords, a consacré une certaine suprématie du *European Communities Act* (ECA) de 1972 par rapport aux lois postérieures : dans cet arrêt de principe, les Lords ont fait prévaloir l'article 2 (4) du ECA, qui subordonne toute législation future au droit communautaire, à l'encontre du *Merchant Shipping Act* de 1988. Si le Parlement peut toujours, de façon explicite, abroger le ECA dans sa totalité, le ECA est en revanche immunisé contre une abrogation implicite et partielle. De nouvelles dissonances apparaissent également du côté des juges anglais : selon le célèbre *obiter dictum* de Sir John Laws dans l'affaire *Thoburn v Sunderland City Council*<sup>41</sup>, les « *constitutional statutes* » seraient supérieures aux « *ordinary statutes* » en ce qu'ils échapperaient également à la règle du « *implied repeal* ».

Cela pose la question : Qui définit, et peut modifier, la règle de reconnaissance ? Formulé autrement : Quelle est la nature ou source du principe de souveraineté ? Est-ce, comme le disent certains, une norme dite « politique » (le résultat de la révolution de 1688, que seule une autre révolution politique pourrait défaire) ? Est-ce une règle inscrite dans une loi (mais laquelle ? le *Bill of Rights* n'en souffre mot) ? Ou est-ce une règle de *common law* (les juges l'invoquent, l'utilisent ; or, est-ce à dire que les juges, à eux seuls, peuvent la définir et la modifier par un simple revirement de jurisprudence ?) ? Probablement, cette règle de reconnaissance est une règle diffuse, transcendant les diverses catégories, précisément parce qu'elle sous-tend l'ensemble. Dans l'affaire *Factorame*, ce sont certes les juges qui ont acé, et formulé, l'inflexion de la règle de reconnaissance, mais ils l'ont fait (certes non sans artifice) en s'appuyant sur les débats parlementaires de 1972. Même ce qui, jusqu'alors, était *totalément* impensable (l'idée d'une Constitution écrite et supra-légale) commence à être évoqué. Les *ingrédients intellectuels* pour le penser et le faire sont désormais disponibles, à commencer par l'élément crucial : la redéfinition de la souveraineté. Selon la nouvelle théorie de la « *manner and form* », qui a vu le jour dès les années 1930 (Sir Ivor Jennings, Richard Latham, etc.) et qui sera qualifiée plus tard de théorie de la « *self-embodiment sovereignty* » (Hart), le Parlement de Westminster a la capacité de s'auto-limiter<sup>42</sup>. Reste à voir si la *volonté* pour changer aussi radicalement de paradigme existe, et est suffi-

samment forte. Pour l'instant, des signes s'accumulent, mais il est encore trop tôt pour deviner l'issue finale.

## 2. Sur le « continent » : les décallements occasionnels d'une machine bien huilée

L'autorité de la Constitution, admise et opératoire (« globalement »), est parfois niée sur tel point précis. Comment est-ce possible/pensable ? Selon quel(s) mode(s) d'argumentation les acteurs du système juridique peuvent-ils infléchir voire saborder la prétention à la normativité d'un énoncé pourtant « clair »<sup>43</sup>, inscrit dans le texte de la Constitution ? Qu'il suffise, en France, de penser au sort de l'article 5 de la Loi du 25 février 1875 (l'invocation par les acteurs politiques d'une coutume *contra legem*<sup>44</sup>), de l'article 13 de la Constitution de 1946 ou, sous la V<sup>e</sup> République, aux articles 5 (et 20), 11, 27 al. 2, 29, 34 (la distinction « règles/principes »), 55, etc. La matière est assez complexe et l'on ne pourra ici qu'en donner un premier aperçu, focalisé sur le rôle du juge.

Les techniques judiciaires (ou astuces) de « mise à l'écart » sont variées<sup>45</sup>. Imagions un acteur politique qui, fort de sa légitimité (populaire), ose d'abord poser un acte inconstitutionnel et réussit à en faire admettre la validité par une partie ou la totalité de l'appareil d'État, voire des citoyens. Il se peut, tout d'abord, que nul ne pense à déclencher un contrôle juridictionnel<sup>46</sup>. Si le juge est saisi, celui-ci peut faire le jeu de la validité de l'acte contesté en refusant, de façon restrictive, l'accès à son prétoire<sup>47</sup>. S'il admet sa compétence, le juge mobilise parfois deux techniques pour éviter de censurer l'acte. La première consiste à agir sur les faits : en retenant une fausse qualification des faits, le juge les soustrait à l'empire de la norme qui, logiquement, aurait dû s'appliquer<sup>48</sup>. Quoique valide, celle-ci est inefficace. La seconde façon est d'agir directement sur l'énoncé normatif, sur sa validité, sa teneur et/ou ses effets. La méthode la plus radicale, et la plus explicite, est l'invalidation : le juge refuse la qualité de norme juridique à tel énoncé du texte constitutionnel au vu

43. Qu'il puisse, dans certains cas, exister un sens clair, objectif, d'un énoncé est un postulat admis ici, sans lequel la problématique ne se poserait pas. Ce postulat est récusé par la théorie réaliste de l'interprétation.

44. Sur les rapports entre la Constitution formelle et la coutume, v. *infra* la contribution de P. Avril, 42 V. mon compte-rendu de K. Umeta, *Reflections on Global Constitutionalism* (Tokyo, 2005), RIDC 2007, p. 970s. Sur le Japon, et le controversé art. 9 (pacifisme) v. aussi Y. Higuchi (dir.), *Five Decades of Constitutionalism in Japanese Society*, Tokyo, Tokyo UP, 2001, spéc. p. 27 s.

46. Que l'on pense, par exemple, à l'obligation qui, en vertu des traités de l'Union européenne, pèse sur la Suède de rejoindre la zone euro. Or, suite à l'avis négatif des citoyens (référendum consultatif du 14.9.2003), le gouvernement suédois refuse de faire les démarches nécessaires, sans que pour autant la Commission, gardienne des traités, ne saisisse la Cour de justice d'un recours en manquement.

47. V. au Japon (art. 9) les affaires *National Police Reserve* et *Naganuma*.

48. V. au Japon (art. 9) la labellisation de l'armée japonaise en « forces d'auto-défense », la soustraction de l'armée américaine au champ d'application de l'article 9 (affaire *Sunagawa*) et surtout la célèbre affaire *Enyuwa*.

40. V. A. McFarag, T. Mullen (dir.), *Public Law in Scotland*, Avizandum, Edinburgh, 2006, chap. 2 et 10, 41 (2002) 4 All ER 156. V. aussi J. Laws, « Law and Democracy », *Public Law*, 1995, p. 84 s.

42. Sur ce long processus d'ébauche d'un nouveau paradigme et la multitude des facteurs internes et externes, v. Heuschling, 2002, p. 268 s.

d'une norme supérieure de droit nature<sup>49</sup>. S'en rapproche le cas où le juge constate l'impossibilité de mise en œuvre d'un commandement du constituant. « A l'impossible nul n'est tenu » dit le dicton. « A law which a man cannot obey, not act according to it: is void and no law », disait le juge anglais Vaughan dans l'affaire *Thomas v. Sorrell* (1677)<sup>50</sup>. Aussi la normativité de l'énoncé constitutionnel s'en trouve-t-elle d'autant étendue<sup>51</sup>. Tout aussi corrosif, mais plus occulte, est le limage qui se fait sous couvert (abusif) de l'outil de l'interprétation : le juge prétend dégager le sens du texte alors que, en vérité, il fait dire au texte l'inverse de son sens objectif. Si la technique est devenue célèbre à travers des affaires mettant en cause des articles de loi<sup>52</sup>, les articles de la Constitution ne sont pas immunisés à l'encontre de cette technique<sup>53</sup>. Le juge peut également faire émerger au sein de la Constitution une norme nouvelle afin de contrecarrer, par le jeu de la conciliation, les effets indésirables d'une (autre) disposition du texte constitutionnel<sup>54</sup>.

Assez surprenant a été le raisonnement du Conseil constitutionnel français, en 1962, pour neutraliser les exigences de l'article 89. On notera que tout se joue, en vérité, non pas dans la célèbre décision du 6 novembre 1962 – qui a lieu après la bénédiction populaire –, mais plus en amont, au début du processus, dans la séance du 2 octobre 1962 (V. la retranscription du délibéré dans Mathieu *et al.*, 2009, p. 995). Dans cette affaire, le Conseil fait d'abord preuve de courage et d'audace, avant de céder en rase campagne. Saisi par le gouvernement au titre de l'article 60, le Conseil constitutionnel a en effet soulevé d'office la question de la constitutionnalité : l'opération qualifiée de « référendum » par le président de la République est-elle véritablement un référendum au sens de la Constitution, auquel le Conseil devrait concourir selon les modalités prévues par l'article 60 ? Or, alors que le Conseil, dans le sillage d'auteurs du Conseil d'État, admet l'inconstitutionnalité du recours à l'article 11 (sept voix contre

49. Hypothèse rare, osée (elle est interdite, par ex., par l'art. 2 al. 3 Kenya (2010)), pour laquelle, en Allemagne, après 1945, les cours constitutionnelles de divers Länder et la Cour de Karlsruhe ont admis leur compétence, sans toutefois aller jusqu'à invalider un article. Par ex., V. *BVerfGE* 3, 225 (état en cause l'art. 117 al. 1 de la Loi fondamentale). En détail, V. Heuschling, 2002, p. 633 s. La thèse a aussi été défendue, à titre doctrinal, par le premier président de la Cour suprême japonaise d'après-guerre (K. Umeta, *op. cit.*, p. 227 s.).

50. Cité par L.L. Fuller, *The morality of law*, New Haven, Yale UP, 1969, p. 33 et 70.

51. L'énoncé se voit reconnaître soit aucun sens, soit un sens réduit, recadré. Pour une illustration de ce dernier cas de figure, V. décision de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 24.4.1985 (*BVerfGE* 69, 1). Alors que l'article 12a al. 2 de la Loi fondamentale exige que la durée du service civil ne dépasse point la durée du service militaire, la Cour admet que loi puisse prévoir une durée initiale inégale (service civil : 20 mois, service militaire de base : 15 mois). Elle souscrit *inter alia* à l'argument du gouvernement selon lequel il est matériellement impossible de calculer d'avance la durée effective du service militaire *total*, à cause des incertitudes relatives aux périodes d'entraînement ultérieures des réservistes. V. aussi au Luxembourg : Conseil d'État, *Le Conseil d'État, gardien de la Constitution*, Luxembourg, 2006, p. 39.

52. V. CE 17 févr. 1950, *Dame Lamotte, Lebon*, 110 et Chambre des Lords, *Amisintine Ltd. v Foreign Compensation Commission* [1969] 2 AC 147.

53. V. par ex. Cons. const. 23 janv. 1987, n°86-225 DC, V. aussi Vedel, 1974 ; L. Favoreu, « Droit administratif et normes constitutionnelles », in *Mélanges F. Moderne*, Paris, 2004, p. 649 s.

54. Une norme non-écrite vient contre-balancer une norme écrite. Une norme écrite, mais de rang constitutionnel ordinaire, est rehaussée afin de contre-balancer une norme écrite inaliénable (V. le recours à l'objectif de la réunification, consacré dans le préambule de la de la Loi fondamentale, in *BVerfGE*, 84, 90).

trois), il décide ensuite non pas de refuser son concours – ce qui aurait été logique et ce qui aurait pu être un signal fort à l'égard des fonctionnaires et maires appelés, à leur tour, à organiser ce « référendum » –, mais de contribuer au bon déroulement de l'opération (il rend ses avis, en se faisant ainsi le complice de l'inconstitutionnalité). D'abord écartées du raisonnement juridique, les considérations de légitimité liées à la figure de de Gaulle viennent au final (au niveau des effets à tirer de la violation de l'article 89) se nicher dans le raisonnement juridique du Conseil.

## SECTION 2

# LA CONSTITUTION FORMELLE EN TANT QUE CLASSE DE NORMES. UNE ENQUÊTE THÉORIQUE

Après avoir étudié la Constitution en tant que mode de création de normes, il s'agit à présent de s'intéresser à ce qui est créé. Ce faisant, il ne s'agit pas d'étudier ses normes prises isolément, mais de jeter un regard *global* sur elles, en les considérant en tant que *classe* ou catégorie (§ 2). Au préalable, il faut toutefois résoudre la question controversée du préambule : par rapport au « corps du texte » dont la normativité paraît de prime abord plus évidente, faut-il différencier – si oui, jusqu'à quel point ? – cet élément textuel qu'est le préambule ? Est-il source de normes juridiques ? (§ 1)

## § 1 Le préambule de la Constitution :

### Texte à part ? Texte utile ?

Qu'un texte normatif soit précédé d'une introduction – en latin « *praefambula* » veut dire marcher devant, précéder – est un phénomène très ancien. Un exemple en est le Code d'Hamourabi (édité vers 1750 av. J.-C.). Du côté des penseurs, Platon est l'un des premiers si ce n'est le premier à défendre l'institution du préambule dans son dialogue *Les Lois* (Livre IV). Comme le note Peter Häberle (Häberle, 1982, p. 177), l'idée de préambule, en un sens très abstrait, est commune non seulement à divers textes juridiques (lois, traités, etc.), mais aussi à des textes moraux et religieux<sup>55</sup>, voire à des œuvres artistiques (prologue, préfaces, ouverture). Or quel en est l'intérêt en droit, en droit constitutionnel ? Les

55. Ainsi, le décalogue est précédé de l'affirmation du sujet qu'est Dieu : « Je suis l'Éternel, ton Dieu, qui t'ai fait sortir du pays d'Égypte, de la maison de servitude » (Exode, 20, 2).

constituants eux-mêmes tergiversent à la fois sur l'existence et sur le contenu du préambule.

Historiquement, un certain type de préambule a fait partie du constitutionnalisme écrit moderne tel qu'il émerge à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle aux États-Unis et en Europe. Sur les onze colonies américaines qui, après 1776, se donnent une (nouvelle) Constitution, seule la Constitution du Delaware de 1776 ne comporte pas de préambule<sup>54</sup>. Celui-ci répond à un certain schéma : souvent long<sup>55</sup>, il sert de tribune d'auto-justification en reprenant les divers griefs déjà énoncés dans la Déclaration d'indépendance. Il s'inscrit ainsi dans la tradition des textes constitutionnels anglais (*Petition of Rights*, *Bill of Rights*) dont le préambule servait également de faire-valoir au corps du texte : l'un « décrit » (dénonce) le passé, l'autre énonce les règles du futur. On trouvera ensuite des préambules plus courts, à la tonalité plus technique, dans les Articles de la Confédération de 1777 et dans la Constitution fédérale des États-Unis de 1787. À leur tour, les premiers constituants européens – en Pologne (1791), en France<sup>56</sup>, en Espagne (1812), en Norvège (1814), en Bavière (1818), au Wurtemberg (1819), etc. – se serviront de cet outil. De nos jours, celui-ci fait indéniablement partie du standard constitutionnel mondial.

En même temps, il a existé et il existe toujours un nombre non négligeable de constitutions sans préambule. C'est le cas de dix États<sup>57</sup> sur les vingt-sept États membres de l'Union européenne, auxquels l'on peut ajouter la Norvège (qui a supprimé son préambule de 1814), l'Islande (1944), le Chili (1980), l'Australie (1900), etc. Parmi ces dix pays figurent notamment l'Australie, la Suède et les Pays-Bas, pays dont la culture constitutionnelle – sous l'impact souvent d'un certain positivisme juridique – est hostile à l'égard de ce type de « jargon » ou de « déclaration de principes<sup>58</sup> ». Or, que manque-t-il à ces textes – à ces systèmes constitutionnels – sans préambule ? S'agit-il d'un véritable « manque » ? Selon d'autres, ce vide n'est qu'apparent, le préambule n'étant qu'un simple objet décoratif et symbolique. Faut-il en déduire, entre autres, que le juriste peut penser la validité de la Constitution sans

jamais se référer au sujet qu'est le pouvoir constituant qui, précisément, est évoqué dans le préambule ? L'argument est un peu court. Pour en juger, il convient d'abord d'étudier la « matière première » des divers préambules (A), avant de s'interroger quel peut en être – à la lumière de quelle théorie du droit – l'intérêt juridique (B).

### A. Une typologie des énoncés des préambules

Pour identifier ses contenus, il faut d'abord délimiter l'objet préambule dans les divers droits positifs, étant précisé qu'une même Constitution formelle peut comporter soit un, soit aucun, soit plusieurs préambules. Un premier critère est *nominal* : est préambule ce qui est désigné ainsi par le constituant (« *Präambel* », « *preamble* », « *Preāmbulo* », « *Προεμβόλια* », etc.). Ce critère n'est toutefois pas d'une fiabilité absolue. Car parfois il est absent alors que l'objet, lui, est présent. Soit celui-ci ne porte aucun titre (sémaniquement, il n'est pas isolé du reste). Soit il est désigné par un autre terme (« Sources et origines » dans la Constitution croate de 1990 ; en allemand le mot « *Vorsprache* » sert de synonyme ; plus délicat est le cas de textes intitulés, en français, « proclamation<sup>59</sup> »). D'où l'intérêt d'un second critère, *géographique* : relève du préambule tout propos qui se situe en exergue de la Constitution et qui précède ainsi le « corps central<sup>60</sup> » du texte, lequel est le plus souvent subdivisé en articles. Or, sans évoquer certains cas particuliers voire bizarres<sup>61</sup>, il reste à savoir comment différencier l'objet préambule de deux objets très proches : d'une part, la *formule de promulgation* qui, elle aussi, se trouve en exergue du texte, avant même le préambule<sup>62</sup> ; d'autre part, un *discours politique présentant la Constitution* (V. notamment les « proclamations » précitées). Phénoménologiquement, il est possible d'identifier quatre sous-ensembles de discours ordonnés de manière concentrique : au centre se situe le « corps du texte », entrobé (précédé) par le préambule qui, à son

54. V. les constitutions de New Hampshire (1776), Caroline du Sud (1776), Virginie (1776), New Jersey (1776), Pennsylvanie (1776), Maryland (1776), Caroline du nord (1776), Géorgie (1777), New York (1777), Massachusetts (1780), Rhode Island et Connecticut gardent d'abord leur ancienne Charte royale. V. aussi le préambule de la Constitution de la République indépendante du Vermont (1777). Les textes sont disponibles sur [http://avalon.law.yale.edu/subject\\_menus/statelch.asp](http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/statelch.asp) ou <http://www.nhinel.org/cs/docs.htm> ou <http://www.verfassungsgeschichte.ch/>

57. Cas extrême : New York, où le préambule comporte 2 444 mots sur un total de 7 740 (cinq pages sur treize).

58. Depuis la Déclaration de 1789 et la Constitution de 1791 jusqu'à la V<sup>e</sup> République, tous les *corpus* constitutionnels de la France, à deux exceptions près (1799, 1875), comportent un voire plusieurs préambules.

59. Autriche (1920), Belgique (1831), Chypre (1960), Danemark (1953), Italie (1947), Luxembourg (1868), Malte (1964), Pays Bas (1815), Roumanie (1991), Suède (1974). Le cas du Royaume-Uni est complexe : si les textes constitutionnels les plus anciens comportent un préambule, les lois plus récentes en sont dépourvues. Pour les textes, V. *inter alia* : <http://www.verfassunggen.de> et <http://rnjpu.univ-perp.fr/constit/constitutio.htm>

60. Sur ces trois pays, V. les rapports nationaux dans A. von Bogdandy, P.M. Huber (dir.), *Handbuch, Ius Publicum Europaeum*, Heidelberg, Müller, depuis 2007, t. I-IV.

61. V. la Constitution du Land de Berlin (1948, 1950, 1995), de Rhénanie-Palatinat (1947), du Bade-Wurtemberg (1953).

62. V. France (1852) ; Luxembourg (1856). Dans les deux cas, la constitution issue d'un coup d'État est précéde dans le *Journal officiel* d'une « Proclamation » (respectivement celle du 14 janv. 1852 et celle du 27 nov. 1856).

63. Ce terme générique est doctrinal (en droit positif, la dénomination/délimitation varie considérablement : V. *ibid.*). Certains auteurs distinguent le « préambule/exposé des motifs » du « dispositif », convention terminologique qui est toutefois réductrice.

64. a) Parfois un même texte constitutionnel a deux préambules (Traité établissant une Constitution pour l'Europe 2004). *A fortiori*, un même *corpus* constitutionnel, composé de plusieurs textes, peut comporter plusieurs préambules. Le bloc de constitutionnalité de la V<sup>e</sup> République en a cinq ; le préambule de 1958, de 1966, de la Déclaration des droits de l'Homme, de l'Accord de Nouméa et de la Charte de l'environnement. b) Parfois le préambule se situe au milieu du texte (Caroline du nord (1776) ; TCE (2004)). c) Parfois le préambule est en lui-même un article du corps du texte (Zimbabwe (1979) chap. 3 section 2). d) Parfois le corps du texte n'est pas subdivisé en articles (*Bill of Rights* anglais (1689) ; New Hampshire (1776) ; la Constitution or *Frame of Government* Virginie (1776) ; France (1791), titre I). e) Parfois une numérotation figure au sein du préambule (France (1848)).

65. V., pour la France (1958), *JO* 5 oct. 1958, p. 9151 et Australie (1900 : le cas d'une véritable « loi de promulgation »). À noter qu'à l'inverse du préambule la formule de promulgation ne figure pas dans la plupart des reproductions usuelles (officielles, doctrinales) et disparaît ainsi du discours « courant » de la Constitution.

tour, est englobé (précédé) par la formule de promulgation, le tout « baignant » dans un discours axiologique de plus en plus ouvertement politique. Or, comme l'on verra, les frontières entre ces divers types de discours (auxquels il faudra encore ajouter les discours des scientifiques) sont poreuses.

De l'étude de la masse documentaire délimitée grâce à ces deux critères (nominal et géographique) se dégage, au-delà de l'indéniable diversité des préambules, une fonction générique ou commune du préambule. Son *telos* est d'être (la formulation peut paraître paradoxale) le début du début, la Constitution étant censée être le point de départ du système juridique. À l'instar d'un prologue, le préambule est ce qui précède, *introduit*, ce qui *annonce* la Constitution ou du moins sa partie centrale. À l'instar d'un récit des origines, il se résume en un dispositif rhétorique de *mise en scène du point de départ*, de l'acte de naissance du système constitutionnel. Cette introduction – ou annonce – se fait à partir d'une certaine position, ce « seuil » qu'il est difficile de situer tant il se trouve à la jonction de deux mondes : celui du droit positif, posé dans l'écrit, et celui du monde pré-positif des valeurs. Le préambule est-il à cheval sur ces deux mondes (il est un pont) ? Est-il seulement un élément du droit positif ? Ou est-il le lieu dont s'annonce le droit positif, *sans en faire déjà partie* ? Avant d'approfondir ce débat, notons pour l'instant que la fonction générique du préambule se décline, potentiellement, à travers *six différents types d'énoncés* ou de « sous-fonctions ». Au gré de leur dosage (la présence de l'un, l'absence de l'autre) naissent des préambules fort variés en droit positif. Il convient, en effet, de ne pas perdre de vue la grande variété des préambules et notamment la spécificité du cas français. La diversité ressort déjà d'un bref coup d'œil : si certains préambules se réduisent à une seule phrase, d'autres s'étalent sur plusieurs paragraphes voire pages<sup>66</sup>. Avec chaque composante varie également le style de l'énoncé : si le style du préambule est en général solennel et empreint de pathos (le ton alternant entre le grave, l'épique et le lyrique), il est aussi des propos préambulaires à l'écriture sobre, docte ou technique.

### 1. La mise en exergue de l'auteur, du sujet politique qu'est le pouvoir constituant

Le premier type de discours présent dans *tout* préambule est d'introduire – de rappeler à celui qui lit, recoit ce texte – l'auteur : « *We, the people...* » ; « Nous, par la grâce de Dieu, roi de... » ; « Le peuple et les États fédérés... » etc. Alors que dans le corps central de la Constitution le créateur est en général éclipsé par sa création<sup>67</sup>, le préambule est le lieu par excellence où le sujet se donne à voir. Aussi, face à une Constitution sans préambule, l'observateur étranger, qui ne connaît de ce *système* constitutionnel que le *texte* constitutionnel, est-il de prime abord frappé par ce vide : Voilà un texte sans auteur, une créature sans créateur ! Or, en vérité, ce vide est comblé en partie par la formule de promulgation, en partie par le discours politique (voire doctrinal) ambiant. Tous évoquent le sujet, quoique sur

un ton différent. Alors que le préambule verse parfois dans l'hagiographie voire les « prosopopées constitutionnelles<sup>68</sup> », le style de la formule de promulgation est celui d'un notaire : sobre, technique et du coup aussi plus informatif (véridique) pour le juriste qui veut savoir qui a fait quoi exactement. Le discours glorieux du sujet (les « pères fondateurs », etc.) sera davantage relayé par le discours politique ambiant, voire par les « *narratives* » de la doctrine.

### 2. L'invocation de fondements de validité autres que le sujet

Afin de mieux asseoir la prétention de leurs propres énoncés à la qualité de *Sollten*, certains constituants ne se contentent pas de mettre en avant leur titre de constituant. Ils se placent, en outre, sous l'aura de principes censés renforcer leur capital de légitimité auprès des destinataires de la Constitution. À cet effet, ils mobilisent tantôt la légalité constitutionnelle antérieure<sup>69</sup>, tantôt le droit international public – il n'existerait pas de Constitution antérieure ou celle-ci a été violée (coup d'État<sup>70</sup>, indépendance, révolution) –, tantôt le droit naturel. Dans ce dernier cas, soit le constituant se targue du seul principe de la souveraineté – principe qui prend alors la valeur d'un axiome : *ex nihilo*, le souverain crée l'ordre, suivant la théorie décisionniste de Carl Schmitt –, soit c'est l'hypothèse de loin la plus fréquente, le principe de souveraineté est à son tour légitimé en référence à des principes substantiels tels que l'idéal du juste, la Raison, Dieu<sup>71</sup>, les droits de l'homme, le progrès, le socialisme, le nationalisme, etc.

### 3. D'où venons-nous ? L'évocation du passé

Une autre composante fréquente des préambules est l'évocation du contexte historique (proche ou lointain) dans lequel s'inscrit l'acte constituant<sup>72</sup>. Est-on face à de simples énoncés descriptifs (vrais ou faux<sup>73</sup>), sans incidence juridique/normative ? Or si, parfois, le discours historique est effectivement énoncé sur un ton neutre, voire scolaire (la fonction pédagogique de la Constitution<sup>74</sup>), le plus souvent il bascule assez vite dans l'*évaluation* axiologique. Le passé n'est pas seulement décrit : il est mobi-

66 G. Carcassonne, *La Constitution*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, Seuil, 2009, p. 40.

69 V. Estienne (1992).

70 V. Luxembourg (1856).

71 P. Häberle, « Gott im Verfassungsstaat ? » in *Id.*, *Rechtswegleitung im Kreisfeld des Verfassungslates*, op. cit., p. 213 s. Si Dieu (Allah) est présent dans le préambule de divers pays musulmans (Iran (1979), Pakistan (1973), Koweït (1962), etc.), la « *invocatio Dei* » (d'un Dieu plus ou moins identifiable ou aspisé) se retrouve encore dans un nombre important de pays occidentaux (Irlande (1937), Grèce (1975), Suisse : fédération et cantons, la totalité des États fédérés américains, Allemagne, Canada (1982), Argentine (1853), Paraguay (1992), etc.). Sur le cas du *Grundgesetz* dont la formulation prête à discussion, v. Dreier, 2004, p. 13 s. À noter l'originalité du préambule de la Constitution polonaise de 1997, qui sollicite un consensus par recouramment au sens de Rawls en invoquant à la fois Dieu et les « autres » systèmes de valeurs (v. aussi Fribourg (2004)).

72 V., par ex., Iran (1979), Chine (1982), URSS (1977), Croatie (1990), France (1946, 1958, 1998), etc. 73 V. aussi, en France, les considérants n° 1, 2, 4 et 5 de la Charte de l'Environnement (2004) qui sont autant de conclusions des sciences naturelles et sociales.

74 V. Tehad (1996, le début du préambule), Bénin (1990, début).

66 V. Iran (1979) : le préambule fait, selon les présentations, entre six et neuf pages.

67 Un (rare) contre-exemple : art. 181 Weimar (1919).

lisé soit à titre de modèle (1789 pour la France) soit à titre de repoussoir (outre-Rhin, le III<sup>e</sup> Reich<sup>75</sup>). Le passé est jugé à l'aune d'une norme, norme qui est susceptible de « se retourner », d'être à double tranchant et de s'appliquer également à l'avenir<sup>76</sup>.

#### 4. Où allons-nous ? Méta-principes, principes et vœux pour l'avenir

Tel Janus, l'auteur du préambule a souvent le regard tourné à la fois vers le passé et l'avenir. À ce dernier titre, l'on observe trois types d'énoncés. Tout d'abord, le constituant peut vouloir brosser un premier tableau, synthétique, du nouvel ordre constitutionnel : il en révèle l'esprit, la quintessence ou, en termes plus contemporains, « l'identité », en affichant les principes structurants qui l'ont guidé dans son travail. Il formule des « *méta-principes* », appelés aussi parfois « principes matriciels ». Ceux-ci se distinguent de simples « principes » en ce que leur degré d'indétermination ou d'abstraction est encore plus élevé. Leur rapport avec ces derniers est complexe en ce que, selon les usages, les méta-principes fondent, inspirent, dépassent et/ou résument les principes. Leur position en amont des principes les prédestine, par excellence, à figurer dans le préambule en tant que début du début, même si certains d'entre eux, de nos jours, sont consacrés également voire exclusivement dans les premiers articles du corps du texte. Des exemples typiques sont : la justice (préambule de l'Inde (1949)), l'idée du contrat social (Massachusetts (1780)), l'initiateur général (États-Unis (1787), Allemagne (1871)), la liberté, la dignité humaine (Irlande 1937), la fraternité (Inde), l'État de droit/règne du droit (Canada (1982), Conv. EDH), la démocratie, l'unité dans la diversité (Suisse (1999)), la société socialiste/communisme, l'islam, etc. À ce premier ensemble d'énoncés s'ajoutent parfois de simples « principes » déjà plus détaillés. L'exemple le plus radical est la France (1946, 1958) où le catalogue *entier* des droits de l'homme figure dans le préambule, alors qu'à l'étranger il se situe toujours dans le corps du texte. Enfin, – troisième type d'énoncé –, il arrive parfois au constituant de formuler de simples vœux<sup>77</sup>.

#### 5. Auto-qualification : Ceci est une/la Constitution (et non autre chose)

Cet élément figure dans *tout* préambule, même le plus succinct (« Nous, pouvoir constituant, adoptons la présente/suivante Constitution »). Son importance ne doit toutefois pas être surestimée. Un système juridique est à même de qualifier un acte que son auteur aurait oublié de qualifier, aurait mal qualifié ou aurait qualifié de façon contradictoire. Tout « vide » (au niveau du préambule) serait vite comblé car aux auto-qualifications présentes ailleurs dans le texte<sup>78</sup> s'ajoutent les discours « ambiants » de labellisation véhiculés par les acteurs politiques et la doctrine.

75 V. Bavière (1946), Brême (1947).

76 V. *in fine*, le cas de la dignité humaine dans le préambule de la Constitution française de 1946.

77 Un exemple (rare) : la Constitution du Land de Berlin (1948, 1950) dont le préambule énonçait le soulait, et l'espoir, que Berlin reste la capitale d'une Allemagne à nouveau unifiée. Or ni la décision de l'unité allemande, ni *a fortiori* celle concernant le siège de sa capitale ne relevaient des autorités de l'État fédéré de Berlin.

78 Dans le cas du Traité établissant une Constitution pour l'Europe (2004), V. l'intitulé, l'art. 1-1, art. 1-5, art. IV-437, art. IV-441, art. IV-443, etc.

#### 6. Il est obligatoire d'obéir à la présente Constitution

Suite aux éléments précédents (l'autorité du sujet politique, l'aura des méta-principes, etc.), certains constituants vont jusqu'à proclamer, non sans un certain dogmatisme, un devoir moral de loyauté à l'égard de la Constitution. Le constituant exige que tous ceux à qui il s'adresse admettent la qualité de *Sollten* du discours de ce texte, en obéissant spontanément. La présence de cet élément dans le préambule est toutefois assez rare<sup>79</sup>. Plus fréquente est son occurrence dans le corps du texte<sup>80</sup> et, *a fortiori*, en dehors du texte (les discours légalistes des praticiens et de la doctrine).

#### B. Une typologie des fonctions normatives des préambules

Quel est l'apport juridique « du » – en vérité de tel ou tel – préambule ? L'intérêt et l'acuité du débat varient, en effet, en fonction de la teneur du préambule concerné. Lorsque le préambule annonce une disposition qui figure à l'identique dans le corps du texte<sup>81</sup>, l'enjeu du débat tend vers zéro. Il en va tout autrement lorsque le préambule est le seul lieu où est consacré un certain énoncé (les droits de l'homme de la France, l'objectif de la réunification dans le cas de l'Allemagne, de manière générale : le sujet constituant, etc.). Globalement, la question peut être éclairée sous deux angles : Le préambule est-il à titre propre – à lui seul, *per se* – source de normes juridiques ? À défaut, ou au surplus, est-il utile (voire indispensable ?) pour penser le reste de la Constitution – le « corps du texte » – en tant que source de droit ?

##### 1. Le préambule en tant que source directe de normes juridiques

Du point de vue de la dogmatique et de la pratique juridiques, l'on cherche d'abord à savoir s'il est possible d'identifier une norme juridique (norme de conduite ou norme d'habilitation) dans cette partie qualifiée de « Préambule ». Selon une formulation fréquente<sup>82</sup>, qui en vérité n'est pas d'une parfaite clarté, le débat est posé comme suit : « Le préambule fait-il partie de la Constitution ? » Cette formulation, à tonalité globalisante, incite le juriste à donner une réponse à son tour globale : soit affirmative (le préambule fait partie de la Constitution), soit négative (il n'en fait pas partie). C'est tout ou rien. À défaut de trouver une réponse explicite dans le texte ou de connaître les

79 Chine (1982, *in fine*), Turquie (1982, *in fine*), Bénin (1990, *in fine*), Luxembourg (1856, Proclamation), Tchad (1996) (*la contrainte* de l'affirmation d'un devoir de résistance des citoyens à l'égard de tout coup d'État), France (1814) (*in fine* : affirmation d'un devoir d'obéissance du prince héritier, censé être lié par l'octrroi du roi).

80 V. Rhode Island (1986) (art. 1, sect. 1), Pakistan (1973) (art. 5), Bénin (art. 34), Grèce (1975) (art. 120), Italie (1947) (disposition finale XVIII), Népal (2007) (art. 1), Kenya (2010) (art. 3), etc. V. pour France (1791) (titre VII, art. 8 al. 4), France (1795) (Déclaration des droits et des devoirs : Devoirs, art. 3 et 5 ; Constitution : art. 377), France (1852) (art. 14).

81 V. Liban : la 1<sup>re</sup> phrase du préambule est identique à la 1<sup>re</sup> phrase de l'art. 1.  
82 En France, au Tchad, en Turquie, en Inde (Singh, 1986, p. 20), au Canada, en partie en Allemagne et aux États-Unis.

intentions du « constituant<sup>83</sup> », la doctrine<sup>84</sup> cherche des indices objectifs, parfois simplement normaux, afin d'y voir plus clair. Argument *pro* : le préambule se situe à l'intérieur de ce que la formule de promulgation appelle « la Constitution ». Autre argument globalisant : à la fin du préambule, le constituant affirme souvent sa volonté d'adopter soit la « présente Constitution<sup>85</sup> » (formule qui semble inclure le préambule) soit la « Constitution suivante<sup>86</sup> », ce qui semble exclure le préambule de la Constitution *stricto sensu* et le reléguer dans une zone incertaine de non-droit ou, au mieux, de pré-droit ou de « *soft law* ». Or la terminologie des constituants est rarement d'une parfaite clarté. L'objet désigné jusqu'ici par le terme doctrinal de « corps du texte » n'est pas nécessairement isolé/démarrqué, par le constituant, comme un ensemble unique, homogène et ferme. Soit cette partie du texte se présente sous la forme d'une suite d'articles sans titre global ; soit ces articles sont regroupés en deux catégories (aux États-Unis, respectivement la « *Declaration of Rights* » suivie du « *Frame of Government*<sup>87</sup> » et la « *Constitution or Form of Government*<sup>88</sup> ») ; soit ils sont regroupés en une multiplicité de chapitres (« De la souveraineté », « De l'État et du territoire », « Du Roi », « Des droits et libertés », etc.).

À vrai dire, cette approche globalisante ne reflète pas la pratique dominante des juristes. Ce qui prévaut n'est pas un mode de raisonnement en quelque sorte spatial (préambule v. corps du texte), mais une démarche prudente, casuistique, qui, à la lumière d'une certaine grille d'analyse – le standard de norme juridique ou de norme juridique applicable/judiciable –, « pèse » la normativité de chaque énoncé du préambule<sup>89</sup> et même de chaque article du corps du texte. Déjà les

83 V. Tahaï (1996), dernier alinéa du préambule (« le préambule fait partie intégrante de la Constitution ») ; *idem* pour Turquie (1961) (art. 165) et Turquie (1982) (art. 176). Réponse affirmative indirecte : art. 129 al. 2 Rhénanie-Palatinat (1947) ; art. 203 al. 7 Serbie (2006). Réponse ambiguë : France (1946), art. 81, 92 et 93. Du côté des intentions des « constituants » (en vérité souvent : des rédacteurs du texte), la réponse est tantôt positive (Inde), tantôt négative (Suisse, France) tantôt divisée (États-Unis).

84 Rares sont les juges à motiver leur décision sur ce point. Le Conseil constitutionnel français n'a à aucun moment – ni dans ses décisions, ni même dans ses délibérations – justifié l'inclusion du préambule. Sur ce silence abyssal, V. la retranscription des séances du 16 juill. 1971 ou 19 juin 1970 dans Mathieu *et al.* 2009. En Allemagne, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale est tout aussi peu loquace (V. *BVerfGE*, 5, 85, spéc. p. 127).

85 V. Andorre (1993), Lituanie (1992), République tchèque (1992), 86 V. Massachussets (1780), Estonie (1992), Portugal (1976), Espagne (1978).

87 Pennsylvanie (1776), Vermont (1777).

88 Maryland (1776), Caroline du nord (1776), Virginie (1776). Cette subdivision suggère même une définition *strictissimo sensu* du mot « Constitution ».

89 V. l'approche assez différenciée sous la V<sup>e</sup> République où tous les énoncés des divers préambules ne sont pas érigés en normes juridiques (Quid, par exemple, de la normativité de la référence à « l'Étre suprême » dans le préambule de 1789 ? *Quid* des sept considérants du préambule de la Charte de l'environnement ?). Réponse tout aussi nuancée déjà sous la IV<sup>e</sup> République où le Conseil d'État avait invoqué certains principes inclus dans le préambule de 1946, sans d'ailleurs se laisser arrêter par l'art. 92 de la Constitution. En Allemagne, la Cour constitutionnelle fédérale affirme, depuis sa décision de principe de 1956 *Intention du parti communiste allemand* (*BVerfGE*, 5, 85 [127]), la portée « surtout politique, mais aussi juridique » du préambule. Cette démarche au cas par cas s'observe également, avec des résultats très variables, en Inde, aux États-Unis, au Canada, en Suisse, etc. V. L. Orgad, 2010, p. 714 s. ; J.F. Aubert, P. Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale*, Schulthess, 2003, p. 3 s. ; B. Ehrenzeller *et al.* (dir.), *Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich, Dike/Schulthess, 2008, p. 47 s.

positivistes d'outre-Rhin de la fin du XIX<sup>e</sup>, début du XX<sup>e</sup> siècle – pourrants réputés/critiqués<sup>90</sup> pour leur hostilité à la valeur juridique « du » préambule – déployaient en vérité une démarche plus nuancée<sup>91</sup>. Certes, ils réduisaient les énoncés historiques (point c) à de simples constatations. Certes, ils n'avaient toute valeur juridique à des énoncés trop vagues (en l'espèce des méta-principes tels « l'intérêt général », etc.). Mais la plupart d'entre eux trouvaient au moins un infime intérêt juridique à tel ou tel élément du préambule (ne serait-ce qu'à la figure du sujet). Bref, le préambule n'est pas, et n'a jamais été, un « blanc » total sur la carte du droit. Aujourd'hui, mis à part certains pays qui ne veulent pas de préambule (par exemple Autriche, Luxembourg) ou, s'ils en ont un, n'y attachent que peu d'importance juridique (par exemple Suisse), la doctrine et la justice sont généralement plus enclines à admettre la juridicité de certains énoncés du préambule. La raison de ce préjugé favorable est que le concept de norme juridique qui prévaut à l'heure actuelle, et qui sert de grille d'analyse à la lecture du texte, s'écarte de plus en plus du concept étroit de « *rule* » et s'ouvre davantage au standard des « *principles* », selon la célèbre distinction de Dworkin. Cela dit, une certaine réticence à l'égard des méta-principes (ceux qui, précisément, sont le plus représentatifs du contenu habituel d'un préambule) persiste souvent. Si certains juges vont jusqu'à utiliser des méta-principes consacrés dans le préambule<sup>92</sup>, d'autres, plus réticents, les ignorent simplement, et ce même lorsqu'ils sont consacrés dans le corps du texte. Ainsi le méta-principe « démocratique » n'est guère mobilisé à titre de norme juridique, ni par la doctrine ni par les juges, que ce soit en France (art. 1) ou en Suisse (préambule)<sup>93</sup>. Dans nombre d'États fédéraux<sup>94</sup>, la référence à « l'intérêt général » contenue dans le préambule de la Constitution fédérale n'est guère jugée suffisante pour fonder une nouvelle compétence (implicite) au profit de l'État fédéral.

Une dernière remarque a trait aux énoncés préambulaires qui, à première vue, ne prétendent pas à la normativité en ce qu'ils formulent soit des considérations historiques (V. *supra* 3), soit de simples vœux (V. *supra* 4). *A priori*, le juriste/juge peut les ignorer dans son travail de dogmaticien/praticien. Encore que la frontière entre simple vœu et norme<sup>95</sup>, entre discours historique (tourné vers le passé) et discours normatif (tourné vers le futur) est parfois ténue. Ainsi de l'énoncé à forte

90 C. Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1928, p. 25.

91 V. G. Anschütz, *Die Verfassung des deutschen Reichs*, Berlin, Stilke, 10<sup>e</sup> éd., 1929, p. 29 s. ; F. Giese, *Die Verfassung des deutschen Reichs*, Berlin, Heymann, 1931, p. 35 s. ; O. Böhler, *Die Reichsverfassung*, Leipzig, Teubner, 1929, p. 37 s. En Suisse, V. W. Burckhardt, *Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874*, Bern, Stämpfli, 1905, p. 43 s.

92 CEDH 21 févr. 1975, *Golder*. *Rec. CEDH* Série A, n° 18, § 34, p. 17 (« la prééminence du droit »).

93 V. les rapports nationaux suisse (G. Biaggini) et français (L. Heuschling) in H. Bauer *et al.* (dir.), *Demokratie in Europa*, Mohr, Tübingen, 2005.

94 États-Unis (Cour suprême, *Jacobson v. Massachusetts*, 197 US 11, 22 [1905]), Suisse, Allemagne, Inde, etc.

95 Si l'on part du présupposé que tout vœu d'une autorité supérieure est, en vérité, un ordre, il est loisible de lire dans le vœu du constituant berlinois de 1948/50 une obligation de moyen pesant sur les autorités de Berlin qui, au minimum, ne devaient rien entreprendre qui puisse contrecarrer la réalisation (même lointaine) de ce vœu.

tonalité historique de la première phrase du préambule français de 1946 – « Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau... » (début de phrase que d'ailleurs Vedel, dans son analyse de dogmatique juridique<sup>96</sup>, avait sature) –, le Conseil constitutionnel<sup>97</sup> semble avoir déduit non seulement que le principe de dignité humaine était l'autre à laquelle le constituant avait évalué le passé (le passé de certains régimes étrangers), mais aussi qu'il l'avait admis à titre de norme s'appliquant pour l'avenir à la France. Pourtant, le principe de « dignité humaine » n'est pas mentionné, dans la suite, parmi les principes à nouveau proclamés.

## 2. Son intérêt indirect : sur-détermination et légitimation

L'intérêt juridique du préambule peut aussi être indirect, en ce qu'il permet de penser la juridicité (validité, signification) des énoncés du corps du texte. Le terme « perme » est, en vérité, trop fort : le préambule y contribue à son niveau relativement modeste. En effet, toute dogmatique s'appuie sur des présupposés théoriques. Tout travail de définition du sens d'un texte se sert d'éléments extra-textuels. Il est impossible de lire, et de comprendre, un texte (juridique) sans mobiliser les règles de la grammaire (corpus normatif extérieur). Une indication de chiffres (« majorité », « soixante », etc.) ne prend sens que grâce au savoir extérieur des mathématiques. Autre exemple : si le mot « dignité humaine » figure dans le texte d'un nombre croissant de Constitutions, le sens n'y est point défini. Celui-ci doit être recherché « ailleurs » : dans le « contexte » (P. Häberle), ou ce que Gérard Timist appelle le phénomène de la « sur-détermination<sup>98</sup> ». C'est à ce niveau que le préambule peut agir.

Comprant sur l'hypothèse (en vérité aléatoire) que, suite à leur formation intellectuelle dans les facultés de droit, les praticiens du droit se référeront, en cas de difficulté d'interprétation, aux intentions de l'auteur du texte, le constituant est tenté d'inscrire dans le préambule les (méta-)principes qui l'ont guidé dans son travail d'encodage, afin que ceux-ci président également au futur travail de *décodage*<sup>99</sup>. Le constituant essaie de déterminer le droit à la fois par la matière première qu'est le texte (ici, le corps central) et par les outils devant servir à la lecture de ce texte (outils qui peuvent trouver leur place notamment, en amont, dans le préambule<sup>100</sup>). Ainsi, le constituant étranger (car, vu l'espace retreint du préambule, il ne peut guère faire davantage) le ou les système(s) de valeurs qui l'ont inspiré : Marx, Allah, le christianisme, les Lumières, les idées du père de la nation (« Atatürk »), etc. Concrètement, il opère un renvoi à d'autres discours

96. G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, 1949, p. 323.

97. Cons. const. 27 juill. 1994, n°94-343/344 DC, *Lois bioéthiques*.

98. G. Timist, *Les noms de la loi*, Paris, PUF, 1991.

99. Explicite : Turque (1982), préambule *in fine* (après révision de 1995).

100. Une autre technique, plus directe, que l'on trouve régulièrement dans le constitutionnalisme écrit des anciennes colonies britanniques, est de prévoir, dans le corps du texte, des dispositions longues et précises relatives à l'interprétation du texte.

externes, sans vouloir/pouvoir en définir le contenu (travail qui revient à d'autres lieux et acteurs). Une autre façon, pour lui, de peser sur le décodage est de qualifier son *opus* (V. *supra* 5.). En cas de doute, l'interprète est censé appliquer à ce texte le régime juridique général d'une Constitution ou d'un pacte constitutionnel (et non, par exemple, celui d'un traité ou d'un acte unilatéral<sup>101</sup>). Le savoir structurant et potentiellement prescriptif de la théorie générale de l'État/Constitution est érigé, pour utiliser (et détourner) la métaphore de Matthias Jestaed, en « Constitution derrière la Constitution<sup>102</sup> ».

Il est certain que l'intérêt juridique minimaliste que nombre de juristes/juges reconnaissent au préambule est de pouvoir contenir des directives d'interprétation<sup>103</sup>. D'autres posent toutefois deux conditions (Singh, Story) : d'une part, le corps du texte doit présenter une ambiguïté (on ne saurait mobiliser le préambule à l'encontre d'un article en soi clair) ; d'autre part, pour pouvoir servir de point d'orientation, le préambule doit lui-même être suffisamment clair (ce qui, dans le cas des méta-principes, ne va pas forcément de soi). Au final, les retombées jurisprudentielles sont, selon les systèmes, tantôt inexistantes (Suisse), tantôt importantes (États-Unis<sup>104</sup>, Conv. EDH), voire audacieuses. Ainsi, le préambule de la Constitution indienne a joué un rôle clé dans la célèbre affaire *Kesavananda* de 1973 : c'est à la lumière du préambule, éclairé à son tour par les circonstances spécifiques du processus constituant indien, que la Cour suprême a estimé que le pouvoir de révision établi par l'article 368 de la Constitution était implicitement limité par « l'identité de la Constitution » telle qu'elle ressortirait spécialement des méta-principes du préambule<sup>105</sup>.

Le préambule vise également à agir sur cet autre paramètre crucial qu'est l'idée que se font les destinataires de l'obligatorité de ce texte. Pour se faire obéir, un texte constitutionnel a besoin que son autorité (*autoritas*, c'est-à-dire son autorité morale) soit reconnue. C'est à l'établissement d'un tel rapport de légitimité que contribue le préambule en développant, conformément d'ailleurs à la théorie de Platon, un discours d'auto-justification (V. *supra* A, 1-4. et 6.). Pour autant, il ne convient pas de surevaluer l'impact d'un préambule. D'une part, il ne suffit pas, à tel locuteur, d'énoncer à son profit un devoir moral d'obéissance pour que celui-ci existe aussitôt dans l'esprit des destinataires.

<sup>101</sup>. C'est l'un des enjeux clés avancés par les défenseurs de la « constitutionnalisation » des traités de l'Union européenne.

<sup>102</sup>. M. Jestaed, *Die Verfassung hinter der Verfassung*, Paderborn, Schöningh, 2009. V. O. Lepsius, « Faut-il au droit constitutionnel une théorie de l'État ? », *RUDH*, 2003, p. 88 s. ; M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 239 s.

<sup>103</sup>. En ce sens déjà, V. J. Story, *Commentaries on the Constitution of the US*, vol. 1, Boston, Hilliard, 1833, p. 443.

<sup>104</sup>. Depuis ses débuts, la Cour suprême s'est servi du préambule dans plusieurs affaires cruciales (*Christobol v Georgia*, *McCulloch v Maryland*, *Martin v Hunter's Lessee*, etc.).

<sup>105</sup>. V. Singh, 1986, p. 25 s. Ce lien entre le préambule et le concept d'identité de la Constitution avait déjà été souligné par Carl Schmitt dans sa *Verfassungstheorie*. V. aussi l'art. 129 Rhénanie-Palatinat (1947), qui interdit au pouvoir de révision d'atteindre aux « principes consacrés dans le préambule, l'article 1 et l'article 74 », et l'art. 116 Népal.

Une autorité morale s'acquiert ; elle ne se décrète pas unilatéralement. La légitimité est un *rapport*, comme disait déjà Max Weber. D'autre part, si l'on élargit l'horizon du texte constitutionnel au système constitutionnel, il apparaît que le préambule n'est ni le seul vecteur, ni même le vecteur le plus stratégique pour déployer un tel discours. Comparé aux riches ressources et à la prééminence sociale d'autres discours de justification (véhiculés par les hommes politiques, les médias, l'école, les autorités religieuses, la doctrine juridique, etc.), le discours préambulaire fait figure de parent pauvre. Pour le dire crûment : ce n'est pas le discours d'un préambule qui va prévenir, et encore moins arrêter, un putsch.

Somme toute, si le préambule touche à des fonctions juridiques essentielles, son rôle reste toutefois assez modeste en général, mis à part certains cas spéciaux (France, Inde). Inversement, son absence n'a pas d'effets « désastreux » car, au sein du système, ce vide est généralement comblé par des discours situés soit dans le corps du texte, soit en dehors du texte.

## § 2 Une vue d'ensemble : le nombre et les types de normes de la Constitution formelle

Le statut du préambule étant clarifié, il est possible à présent de cerner la teneur des constitutions formelles dans leur globalité.

### A. Une analyse quantitative : à la recherche du nombre des normes

Une première façon de s'interroger, de manière globale, sur la teneur de la Constitution formelle est d'en rechercher le nombre de normes. L'intérêt cognitif est d'obtenir une première indication quant au « poids » de cette classe de normes d'un pays à un autre et aussi, à l'intérieur d'un système, par rapport à d'autres classes de normes (droit constitutionnel non-écrit, droit ordinaire, etc.). À cela peut s'ajouter une réflexion critique : Y a-t-il trop, ou trop peu, de normes constitutionnelles écrites ? Or un tel exercice, s'il est souvent esquissé par la doctrine, est rarement réalisé<sup>106</sup>. Il bute, il est vrai, sur des problèmes méthodologiques quasi insurmontables. Comment, en effet, compter des normes ? Faut-il compter les articles, comme il était d'usage dans le passé ? Or *quid* des alignés et phrases dont le nombre peut varier ? Faut-il compter les mots ou signes, comme le permet la technologie moderne ? Or, ce faisant, on compte des *énoncés* et

106. Deux tentatives notables : A. Lanza, *L'expression constitutionnelle de l'administration française*, Paris, LGDJ, 1984, p. 63 s. (le nombre de normes relatives à l'administration dans les constitutions françaises depuis 1791) ; K. Sobota, *Das Prinzip Rechtsstaat*, Tübingen, Mohr, 1997 (le nombre de normes inhérentes au méta-principe de l'État de droit en droit constitutionnel allemand, écrit et non-écrit).

non des normes. La norme est la *signification* véhiculée par un certain énoncé, sachant qu'une même norme peut être véhiculée par un énoncé verbal bref (« sortez ! »), long (« Je vous ordonne de quitter la salle ! ») ou même par un signe non verbal (geste). Autre question : Qu'est ce que *une* norme ? La difficulté surgit une fois qu'on se penche sur le cas de ce type particulier de normes que sont les méta-principes : d'un méta-principe, il est loisible de dégager une suite (potentiellement infinie) de principes, de sous-principes, de règles générales et, *in fine*, des normes individuelles ou particulières. Un principe tel celui de « la séparation des pouvoirs » ou, plus complexe encore, celui de « l'État de droit » doit-il compter pour une (et une seule) norme ? Comment comptabiliser et, au préalable, identifier les normes *implicites* ? Où situer la frontière entre normes écrites et normes *non-écrites* ?

Prise au sérieux, l'idée de calcul s'avère redoutable. Au mieux, si l'on se contente de compter les mots ou les signes, le chiffre obtenu n'est qu'un simple indice, *indirect* et *approximatif*, de l'importance du nombre de normes. Or de ce point de vue, et sous réserve des précautions énoncées, les chiffres parlent un langage assez clair. Alors que les premières Constitutions écrites élaborées dans les colonies américaines dans les années 1766-1780 comportaient – préambule compris – entre 925 mots, c'est-à-dire deux pages<sup>107</sup> (le cas minimaliste du New Hampshire, premier État à se doter d'une Constitution en 1776) et, au maximum, 11 429 mots, c'est-à-dire 21 pages (la Constitution, déjà plus sophistiquée, que se donne en 1780 le Massachusetts), la Constitution d'État la plus longue à l'heure actuelle (celle d'Alabama de 1901, modifiée à 798 reprises<sup>108</sup>) ne comporte pas moins de 365 221 mots, ce qui correspond à 645 pages. C'est de loin aux États-Unis, et même dans le monde, la Constitution la plus longue, comparée à celle d'autres pays réputés également pour leur logorrhée constitutionnelle : le Texas (1 876 – à l'heure actuelle : plus de 200 000 mots<sup>109</sup>), l'Inde (le texte anglais actualisé de la Constitution de 1949, avec les diverses annexes, compte plus de 117 000 mots<sup>110</sup>), le Brésil (68 613 mots<sup>111</sup>), la Californie (64 198 mots<sup>112</sup>), l'Autriche (36 488 mots<sup>113</sup>), le Portugal (32 251 mots<sup>114</sup>), etc. Il s'agit là toutefois de cas extrêmes (des « Constitutions XXL ») en comparaison avec des textes classiques tels que la Constitution fédérale des États-Unis (7 620 mots, à l'heure actuelle), le *Grundgesetz* allemand (la version à jour, incluant certains extraits de la Constitution de Weimar.

107. La détermination de ce qu'est une page s'est faite selon les critères suivants : police Times New Roman, taille 12, interligne simple. Sauf contre-indication, le calcul se fonde sur le texte en langage original.

108. <http://www.legislature.state.al.us/misc/history/constitutions/1901/1901.html>

109. <http://www.tlc.state.tx.us/pubs/legref/txconst.pdf>

110. <http://india.code.nic.in/coiweb/welcome.html>

111. Pour la version actualisée du texte de 1988. V. <http://www.senado.gov.br/sf/legisacao/const/>

112. Pour le texte mis à jour de la Constitution de 1879. V. <http://www.leginfo.ca.gov/const-toc.html>.

113. <http://www.bka.gva/site/4780/Default.aspx?Content> : ce chiffre ne correspond qu'au seul texte de la Loi constitutionnelle fédérale de 1920 (version actuelle). Il n'a été impossible d'inclure dans ce chiffre les centaines d'autres textes ou extraits à valeur constitutionnelle.

114. Constitution de 1976. V. <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>

totalise 21 757 mots) ou les cinq textes du bloc constitutionnel de la V<sup>e</sup> République (1 8 876 mots<sup>115</sup>).

## B. Une démarche qualitative : quelques typologies analytiques

L'enjeu est ici d'obtenir une image globale du contenu du support textuel de la Constitution. À cet effet, je propose de l'éclairer à la lumière de deux grilles d'analyse<sup>116</sup>.

### 1. Objets anciens, objets nouveaux<sup>117</sup>

Une façon d'aboutir à une définition matérielle descriptive des constitutions (du moins de leur support textuel) est d'opérer une distinction entre objets anciens et objets nouveaux. Si le gonflement du volume des textes se traduit, en partie, par l'existence d'une réglementation de plus en plus sophistiquée d'objets traditionnels – que l'on pense aux soins apportés par certains constitutants aux garanties et limites des droits fondamentaux, aux droits sociaux (art. 6 s., 193 s. Brésil (1988), Portugal), au pouvoir législatif (surtout en cas de redéploiement de celui-ci au sein d'un système politique à plusieurs niveaux), au rôle de l'exécutif (pivot des systèmes actuels), à la justice (État de droit oblige !), à l'administration (art. 37 s. Brésil), etc. –, il faut aussi reconnaître l'apparition de thématiques nouvelles. À ce sujet, il faudrait, dans une perspective historique et comparative, faire un inventaire approfondi afin d'établir une typologie<sup>118</sup>. Faute de temps, l'on peut tout au plus donner ici un aperçu « impressionniste », non dépourvu d'une certaine subjectivité.

Au cœur du texte constitutionnel d'aujourd'hui se situe toujours, et même nécessairement – sans cet élément minimal, il est impossible de parler de Constitution –, les règles fondamentales relatives aux institutions politiques centrales (organisation, fonctions, liens avec le monde externe, nomenclature et hiérarchie des sources du droit). À cela s'ajoute presque toujours, et même en amont, un projet de société. Celui-ci prend des contours différents selon la ligne idéologique du régime, même s'il faut constater que, sur le papier, le discours des droits de

115. Constitution du 4 octobre 1958 (initialement : 6 711 mots ; depuis 2008 : 11 129 mots). Déclaration de 1789 (785 mots), le préambule de 1946 (567 mots), la Charte de l'environnement de 2004 (432 mots), l'Accord de Nouméa (5 973 mots). C'est la plus longue Constitution formelle de France avant celle de l'an III. Pour un aperçu historique : 1791 (avec la Déclaration des droits de l'Homme : 12 665 mots), 1793 (4 188 mots), 1795 (14 345 mots), 1799 (3 930 mots), 1802 (3 373 mots, sans les tableaux en annexe), 1804 (8 115 mots), 1814 (2 704 mots), 1830 (1 975 mots), 1848 (5 015 mots), 1852 (texte initial sans la « proclamation » : 1 876 mots), 1875 (1 982 mots ; après les trois révisions : 1 746 mots), 1946 (6 041 mots).

116. Une autre grille utile a trait à la structure logique des normes. V. à ce sujet la contribution du Pr. Ruiz Manero.

117. P. Haberle, *Rechtswegleitung*, op. cit., p. 3 s., p. 228 s. ; H. Roussillon, X. Biay, S. Mouton (dir.), *Les nouveaux objets du droit constitutionnel*, Toulouse, 2005.

118. Pour cerner l'étendue d'une certaine standardisation des contenus, il faudrait établir d'abord des théories (descriptives) à portée nationale, puis à portée régionale (s'appuyant sur l'existence de rapprochements culturels, idéologiques, socio-économiques, etc.) afin de déboucher *in fine* sur une théorie générale (universelle) plus ou moins épaisse.

l'homme s'impose de nos jours partout, y compris dans les dictatures (V. Chine (1982) ; art. 33 ; Iran (1979), etc.), quitte à ce que ce discours soit aussitôt limité/contredit par d'autres dispositions constitutionnelles<sup>119</sup>. À ces deux pôles s'ajoutent aujourd'hui, dans les régimes libéraux-démocratiques, des éléments de plus en plus riches. Qu'il suffise ici d'évoquer, péle-mêle, les problématiques suivantes : les partis politiques, le statut de l'opposition, la démocratie semi-directe et locale, l'organigramme ministériel, les capitales, les symboles de l'État (drapeau, hymne, devise, armoiries), les pouvoirs exceptionnels, les dispositions transitoires et abrogatoires, la création d'une nouvelle Constitution (art. 146 Loi fondamentale ; Afrique du Sud (1993)), la banque centrale indépendante, les autorités administratives indépendantes, les conseils supérieurs de la magistrature, les cours constitutionnelles, les règles d'interprétation de la Constitution (art. 366 et 367 Inde ; art. 39 Afrique du Sud (1996) ; art. 10, 19, 20, 259, 260 Kenya (2010)), la globalisation et les transferts de souveraineté, la coopération administrative transfrontalière, la réglementation de l'usage des langues (art. 3 Espagne), la « dignité humaine » (art. 1 al. 1 de la Loi fondamentale) – certains constitutants évoquent aussi la « dignité de l'État » (art. IV sect. 20 Ohio (1851)), ou celle du « peuple » (art. 130 Pologne (1997)), voire celle de « l'animal » (« *Würde der Kreatur* », art. 120 al. 2 Suisse (1999)) –, le droit à la vie, le droit de vivre en paix et le pacifisme (préambule, art. 9 Japon (1946)), les droits des peuples indigènes (Bolivie (2009)), les droits des enfants (art. 6 Finlande (1999), art. 227 Brésil), les discriminations positives (art. 9 Afrique du Sud (1996)), la parité, les droits des handicapés (art. 7 al. 1 Autriche (1920) ; art. 28 Estonie (1992) ; art. 59 al. 2 Portugal (1976) ; art. 26 Bénin (1990)), les droits des consommateurs (art. 60 Portugal), les droits des victimes d'infractions pénales (art. 1, sect. 28 Californie), le droit d'accès aux documents administratifs (art. 12 al. 2 Finlande), la santé et les retraites, les jours de fête (art. 139 Allemagne (1919) ; art. 32 Hesse (1946)), la protection des animaux (art. 20a de la Loi fondamentale ; art. 39 al. 3 Brandebourg (1992)), la culture, le sport (art. 217 Brésil), l'écologie, l'eau et les ressources maritimes, les « droits de la nature » ou de la « Terre-mère (*Pacha mama*) » (art. 71 Équateur (2008)), la protection de la culture de la coca (art. 384 Bolivie (2009)), la gestion et l'importation de déchets toxiques (art. 28 et 29 Bénin), le principe de précaution, la recherche biomédicale, les objectifs de l'éducation des enfants (art. 14 al. 5a Autriche (1920) ; art. 131 Bavière (1946)), la formation dans un esprit humaniste des forces armées (art. 40 Bénin), la consécration d'institutions sociales depuis le *Kindergarten* jusqu'à la mention nominale de telle université prestigieuse (Harvard, University of California, etc.), le mécénat et les bibliothèques publiques (art. XII Rhode Island), la définition du mariage (sous l'angle des races et/ou des genres : art. I sect. 7.5 Californie ; sect. 102 Alabama, art. 110 Lettonie (1922)), les droits des homosexuels (art. 9 Afrique du Sud (1996) ; art. 14 Fribourg (2004)), le régime de séparation des biens (art. I sect. 21 Californie), les causes de divorce

119. V. en Chine la prédominance de l'intérêt de l'État socialiste sur les libertés individuelles (art. 51, 22, 28), intérêt défini par le seul parti communiste.

(art. XVII, sect. 3 Caroline Sud), la prostitution, les jeux d'argent, l'interdiction du duel, les banques (V. l'Alabama pour ces quatre derniers sujets), le niveau maximum de la dette publique (art. 126 Suisse (1999) ; art. 109 al. 5, 115 al. 2 de la Loi fondamentale), etc.

## 2. La « Constitution-moteur », la « Constitution-trésor »

Une seconde perspective intéressante est d'étudier cette masse de normes sous l'angle de leur écart avec le droit ordinaire (*infra*-constitutionnel) et avec les pratiques politiques. Ici s'opposent deux *idéaux-types* de Constitution dont l'enjeu se révèle dans la tournure prise par le phénomène de « constitutionnalisation<sup>120</sup> ». Si le texte constitutionnel consacre des idéaux dont le contenu tranche radicalement avec l'esprit du droit ordinaire et des traditions politiques, la Constitution devient – à condition que les divers organes chargés de sa mise en œuvre s'acquittent de leur tâche – un instrument proprement révolutionnaire. C'est de la Constitution que viennent les impulsions d'un nouvel ordre juridique : elle en est, sur le fond, véritablement le point de départ. L'exemple paradigmatique est le cas d'un pays qui, après une longue dictature dont il a hérité tout le droit ordinaire, se dote d'une nouvelle Constitution à tonalité libérale et démocratique<sup>121</sup>. À l'inverse, dans le cas de figure diamétralement opposé, le texte constitutionnel est non pas le point de départ, mais l'aboutissement d'un long processus<sup>122</sup>. La Constitution joue le rôle non pas d'un stimulus, d'un ressort dynamique du système, mais d'un conservateur en ce qu'elle sert à recueillir – à *élever* – les solutions juridiques qui ont fait leurs preuves en droit ordinaire ou dans la pratique politique<sup>123</sup>. La Constitution devient le garde-trésor – la « vitrine » – des solutions éprouvées qu'elle protège contre toute remise en cause. Alors que, dans le modèle précédent, le concept de constitutionnalisation vise une dynamique de *transformation* du droit qui, dans la hiérarchie des normes, va *de haut vers le bas*, dans le second modèle, le processus de constitutionnalisation reflète surtout un mouvement de *conservation* (d'élevation) allant *du bas vers le haut*. Il y a, certes, un impact vertical vers le bas, mais cet effet consiste à rigidifier le droit inférieur. Bref, dans le premier cas,

c'est le droit ordinaire qui est adapté à la Constitution ; dans le second, c'est la Constitution qui est adaptée au droit ordinaire<sup>124</sup>.

## BIBLIOGRAPHIE

- L.K. Adamovitch, B.C. Funk, G. Holzinger, *Österreichisches Verfassungsrecht*, t. 1, Wien, Springer, 1997.
- D. Baranger, *Écrire la Constitution non écrite*, Paris, PUF, 2008 (Baranger, 2008).
- H. Dreier, « Präambel », in *id.* (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, t. 1, 2<sup>e</sup> éd., Mohr, Tübingen, 2004, p. 1s. (Dreier, 2004).
- Dreier H., « Art. 79 Abs. 1 », in *id.* (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, 2<sup>e</sup> éd., Mohr, Tübingen, 2006, p. 1759 s. (Dreier, 2006).
- L. Favoreu, « La constitutionnalisation du droit », in *Mélanges Roland Drago*, Economica, Paris, 1996, p. 25 s. (Favoreu, 1996).
- P. Häberle, « Präambeln im Text und Kontext von Verfassungen » (1982), in *id.*, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, Berlin, Duncker & Humblot, 1992, p. 176 s. (Häberle, 1982).
- FA. von Hayek, *Droit, législation et liberté*, t. 1 *Règles et ordre* (1973), Paris, PUF, 1995 (Hayek, 1995).
- L. Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, 2002 (Heuschling, 2002).
- C. Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, PUF, 1996 (Klein, 1996).
- A. Le Divellec, « Un ordre constitutionnel confus. Indivisibilité et incertitudes de la Constitution française », in D. Chagnollaud (dir.), *Les 50 ans de la Constitution, 1958-2008*, Paris, L'Hic, 2008, p. 147 s. (Le Divellec, 2008).
- J. de Maistre, *Considérations sur la France*, 1797 (de Maistre, 1797).
- B. Mathieu, J.-P. Machelon, F. Mélin-Soucramanian, D. Rousseau, X. Philippe (dir.), *Les grandes délibérations du Conseil constitutionnel 1958-1983*, Paris, Dalloz, 2009 (Mathieu et al., 2009).
- Th. Öhlinger, *Verfassungsrecht*, 8<sup>e</sup> éd., Wien, Facultas, 2009 (Öhlinger, 2009).
- L. Orgad, « The Preamble in Constitutional Interpretation », *J-COIN*, vol. 8, 2010, p. 714 s.
- Th. Paine, *Rights of Man, Being an Answer to Mir Burke's Attack on the French Revolution*, 1791 (Paine, 1791).

120. Sur ce qui suit : V. Favoreu, 1996 ; Vedel, 1998 ; G.F. Schuppert, Ch. Buntke, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, Baden-Baden, Nomos, 2000 ; en droit comparé : L. Heuschling, « Verwaltungsrecht und Verfassungsrecht », in A. von Bogdandy, S. Cassese, P.M. Huber (dir.), *Ius publicum Europaeum*, t. III, 2010, p. 505 s.

121. V. le rôle des constitutions sous la Révolution française, en Europe centrale et orientale après la chute du communisme ou encore en Amérique latine.

122. V. P. Ferreira da Cunha, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Bruyas, 2010, p. 26, qui distingue la « Constitution-programme » de la « Constitution-bilan ».

123. Trois exemples parmi d'autres : la consécration formelle du régime parlementaire qui s'est d'abord développé dans la pratique politique ; l'inscription en France, en 2007, de l'interdiction de la peine de mort (étahlée par voie législative dès 1981) dans l'article 66-1 de la Constitution de 1958 ; la catégorie même des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

124. Cet antagonisme ressort en particulier dans la question suivante : lorsque la Constitution formelle consacre des notions clés des diverses branches du droit (« famille », « service public », etc.), est-elle censée s'être contentée d'en reprendre (d'en bas) la définition classique, établie dans les textes et/ou les jurisprudences ordinaires, ou consacrer-elle un concept autonome, dont le sens doit être cherché « en haut » (quelque part dans la strate constitutionnelle), sens qui pourrait se révéler différent (en avance) sur le sens retenu en droit ordinaire ? Est en jeu ainsi la place du juge constitutionnel, surtout lorsqu'il s'agit d'une Cour constitutionnelle différenciée des juges ordinaires : la Cour peut-elle imposer au juge civil, ou administratif une nouvelle définition de la « famille » ou du « service public » ? Pour une réponse négative, V. Vedel, 1998.

## Traité international de droit constitutionnel

- Th. Paine, 1792, *Rights of Man. Part The Second Combining Principle and Practice*, 1792 (Paine, 1792).
- A. Roblot-Troizier, « Réflexions sur la constitutionnalité par renvoi », *Cah. Cons. Const.* 2007, 303 s. (Roblot-Troizier, 2007).
- W. Rothschild, *Der Gedanke der geschriebenen Verfassung in der englischen Revolution*, Tübingen, Mohr, 1903 (Rothschild, 1903).
- G.P. Singh, « Preamble » in M. Hidayatullah (dir.), *Constitutional Law of India*, vol. 1, Liverpool, Lucas Publ., 1986, p. 14 s. (Singh, 1986).
- G. Vedel, « Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge », in *Mélanges M. Waline*, Paris, LGDJ, 1974, p. 777 s. (Vedel, 1974).
- G. Vedel, « Propos d'ouverture », in B. Mathieu, M. Verpeaux (dir.), *La constitutionnalisation des branches du droit*, Paris, Economica-PJAM, 1998, p. 13 s. (Vedel, 1998).
- E. Wiederin, « Über Inkorporationsgebote und andere Strategien zur Sicherung der Einheit der Verfassung », *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2004, p. 175 s. (Wiederin, 2004).
- B. Wieser, *Vergleichendes Verfassungsrecht*, Wien, Springer, 2005 (Wieser, 2005).