
À quoi sert une Constitution?

(Sujet commissaire de Police 2007)

Au sens matériel, une Constitution se définit comme l'ensemble des règles qui déterminent la dévolution et l'exercice du Pouvoir, qu'elles figurent ou non dans un ou plusieurs textes écrits et, dans l'affirmative, quelle que soit la nature juridique de ce ou ces documents. Au sens formel, la Constitution s'entend comme le document dont le nom peut varier (Constitution, Loi Fondamentale) qui a reçu une forme distincte et qui ne peut être édicté ou révisé que par un organe spécifique et selon une procédure particulière qui le distinguent des lois ordinaires (par exemple article 89 de la Constitution de 1958). La définition formelle ne présente de l'intérêt que dans la mesure où, outre le caractère écrit de la Constitution qu'elle postule, elle prévoit une procédure d'adoption et de révision plus rigoureuse que pour les lois ordinaires - on parlera alors de Constitution rigide. C'est de cette manière seulement que les Constitutions, à la condition expresse que le contrôle de la constitutionnalité des autres normes existe, fondent l'ordre juridique interne des États.

Reflet de leur époque, les vagues successives de Constitutions intervenues depuis l'adoption de la Constitution de la Virginie en juin 1776 sont marquées par l'émergence de préoccupations qui ont évolué au fil des temps. D'abord essentiellement conçues comme un corps de règles institutionnelles destiné à préciser la nature et les relations des principaux pouvoirs publics, elles ont progressivement recouvert une dimension de plus en plus substantielle qui correspond à la volonté d'énoncer et de protéger les droits et libertés individuels et collectifs fondamentaux. En Europe occidentale, les Constitutions sont en outre tenues de se mettre en conformité avec la construction communautaire et l'élaboration progressive d'un système juridique supranational.

Soucieuses de répondre à cette nécessité permanente d'adaptation aux exigences de leur temps, les Constitutions ont acquis une autorité toujours croissante dont la meilleure expression est le développement des procédures de contrôle de constitutionnalité des règles de droit interne qui vise à donner un caractère effectif à la primauté de la Constitution et à prévenir ou sanctionner toute violation. Cette préoccupation moderne de fonder le fonctionnement des États sur le Droit vise en premier à protéger les libertés fondamentales auxquelles est de plus en plus systématiquement reconnue une valeur constitutionnelle.

1) La Constitution, condition de la souveraineté du peuple

L'édition de la Constitution, qui se réalise selon une méthode plus (élection d'une Assemblée constituante et/ou référendum constituant telle la Constitution française de la IV^e République combinant les deux modalités ou telle la Constitution française de V^e République ne comprenant que la seconde) ou moins (rédaction unilatérale telles la Charte «octroyée» française de 1814, la Constitution russe de 1905 et les Constitutions de Monaco de 1911 et de 1962) démocratique, permet de s'affranchir de l'absolutisme (royal) pour consacrer la souveraineté du peuple (A) et organiser la participation citoyenne (B).

A) Le passage de l'absolutisme à la souveraineté du peuple

Pour John Rawls, une Constitution démocratique «*exprime, à travers la loi fondamentale et en se fondant sur des principes, l'idéal politique d'un peuple qui se veut gouverner lui-même selon certaines formes. Le but de la raison publique est d'articuler cet idéal. Certains des objectifs de la société politique peuvent être énoncés dans un Préambule et certaines contraintes se trouvent exprimées dans une Déclaration des droits ou, implicitement, dans une structure de Gouvernement*»¹ et pour Michel Troper «*Nous pouvons donc concevoir la Constitution comme un ordre juridique partiel soit de manière formelle - c'est le système des normes qui ne trouvent le fondement de leur validité que dans une norme fondamentale supposée - soit de façon matérielle comme l'ensemble des normes ayant pour objet la matière constitutionnelle, elle-même définie de telle ou telle manière, par exemple l'organisation du pouvoir ou la*

¹ «Libéralisme politique», P.U.F., «Quadrige», 2001.

*production des normes*². Carl Schmitt a approfondi l'analyse en expliquant que «*Le mot de «constitution» revêt des sens différents. Le mot de «constitution» doit être restreint à la constitution de l'Etat, c'est-à-dire à l'unité politique d'un peuple si l'on veut arriver à s'entendre sur ce terme ... Dans ce sens restreint, ce mot ... signifie alors la structure globale de l'unité et de l'ordre politiques. Mais la «constitution» peut aussi signifier un système clos de normes et définit alors encore une fois une unité. Dans les deux cas, la notion de constitution est absolue parce qu'elle indique une totalité. Par ailleurs, on voit prédominer aujourd'hui des expressions qui qualifient de constitution une série de lois d'un certain type. On traite ainsi la constitution et la loi constitutionnelle comme une seule et même chose. De cette façon, toute loi constitutionnelle particulière peut être considérée comme constitution. La notion devient ainsi relative: elle ne désigne plus une totalité, un ordre et une unité, mais des dispositions légales particulières d'une nature spécifique*»³. Au-delà des diverses significations du concept de Constitution, les Professeurs Denys de Béchillon et Nicolas Molfessis constatent que «*les systèmes de droit moderne ne se conçoivent pas sans référence à une hiérarchie des normes, et la Constitution se voit conférer le sommet de cette hiérarchie-là*»⁴.

Par la Constitution, le peuple décide d'encadrer le pouvoir, de le contrôler et de le contingerer dans le cadre d'une prise de conscience collective. La démarche rompt de la sorte avec l'absolutisme royal à caractère liberticide et coutumier (organisé autour des Lois Fondamentales du Royaume tirées des capitulaires carolingiens et des ordonnances royales capétiennes⁵). Depuis l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 («*Toute société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*»), la Constitution est ainsi l'élément central de tout Etat de droit fonctionnant par référence à des règles juridiques reconnaissant des droits et des obligations aux citoyens et sanctionnant les atteintes portées à ces droits et obligations (même s'il existe des Etats de droit sans Constitution écrite, comme l'Angleterre par exemple). Le IX^e amendement à la Constitution des Etats-Unis adoptée le 17 septembre 1787 pose d'ailleurs le principe cardinal en vertu lequel «*L'énumération de certains droits dans la Constitution ne devra pas être interprétée comme annulant ou restreignant d'autres droits conservés par le peuple*».

B) La garantie de la participation citoyenne

Selon Jean-Jacques Rousseau, la Constitution est la mise en forme du «*pacte social*» par l'intermédiaire duquel les individus décident d'organiser leurs relations, de mettre en forme une vie sociale stable. Par ce pacte, les hommes ont fondé une société et ont organisé le pouvoir. Pour le Professeur Georges Burdeau, «*Juridiquement et politiquement la Constitution est créatrice d'ordre et d'unité. Juridiquement, elle introduit dans la multiplicité des règles le principe d'une hiérarchie en se présentant comme la norme initiale dont toutes les autres découlent. Elle est ainsi la condition d'existence d'un «système»*»⁶.

Les pouvoirs publics, légitimés par une désignation populaire, vont mettre en place une politique de la nation, politique à laquelle le peuple devra adhérer selon des modalités arrêtées dans la Constitution (élections, référendums). Le même Georges Burdeau poursuivait son analyse en expliquant que «*Politiquement, expression d'une idée de droit, elle légitime le Pouvoir appelé à en être l'instrument et unifie les sources d'inspiration politique en instituant les organes de l'autorité. Sans doute la raison d'être essentielle de la Constitution est-elle de limiter le Pouvoir, mais, dans la mesure où elle le limite, elle le consacre: c'est lui, et à nul autre qu'elle accorde la mise en œuvre de la puissance de l'Etat*». Dès lors, la notion de

² «*La Constitution comme système juridique autonome*», *Droits*, 2002, n° 35 (voir aussi Denis Baranger, «*Les Constitutions de Michel Troper*», *Droits*, 2003, n° 37, et Dmitri Georges Lavroff, «*À propos de la Constitution*», *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, «*L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs*», Dalloz, 2003).

³ «*Théorie de la Constitution*», P.U.F., «*Léviathan*», 1993.

⁴ «*Le Conseil constitutionnel et les diverses branches du droit. Propos introductifs*», *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2004, n° 16.

⁵ Pour Stéphane Rials, la Constitution de l'Ancien Régime «*comportait une référence décisive à la supra-constitutionnalité: les lois fondamentales du royaume étaient ... subordonnées aux lois divines et naturelles*» («*Supraconstitutionnalité et systématicité du Droit*», *Archives de philosophie du Droit*, tome 31, Sirey, 1986).

⁶ «*Droit constitutionnel*», L.G.D.J., 1988.

Constitution repose sur un triple fondement: «*D'une part, l'unité d'un système juridique dont les règles bénéficient du monopole de la contrainte étatique; d'autre part, l'officialisation d'une idée de droit tenue pour l'inspiratrice de l'ordre social à réaliser; enfin un Pouvoir qui, en contrepartie de sa consécration légale, accepte de se plier aux garanties dont son exercice est entouré*». La théorie de Carl Schmitt rejoint ce point en affirmant qu'«*Une constitution est légitime lorsque le pouvoir et l'autorité du pouvoir constituant dont la décision fonde cette constitution sont reconnus*».

II) La Constitution, «clé de voûte» de l'Etat de droit

En tant que «clé de voûte» de l'Etat de droit, la Constitution va se placer au sommet de la hiérarchie des normes d'Hans Kelsen (A) pour devenir au surplus la source de tous les droits dans un mouvement de «*constitutionnalisation*» (B).

A) La Constitution, sommet de la hiérarchie des normes

Le juge administratif considère que la suprématie conférée aux engagements internationaux sur les lois par l'article 55 de la Constitution de 1958 ne peut, dans l'ordre interne, être étendue «*aux dispositions de nature constitutionnelle*», refusant ainsi d'entrer dans la voie d'un contrôle de conventionnalité de la Constitution comme les requérants l'y invitaient (CE Ass. 30 octobre 1998, *M.Sarran, M.Levacher et autres*, confirmé par CE 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*; repris par Cass. ass. plén. 2 juin 2000, *Mlle Pauline Fraisse*: «*La suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas dans l'ordre interne aux dispositions de valeur constitutionnelle*»)⁷. Le Haut Juge reconnaît donc à la Constitution la qualité de norme suprême dans l'ordre juridique français, confirmant la solution implicitement contenue dans l'arrêt *Moussa Koné* (CE Ass. 3 juillet 1996) où le juge administratif inaugure un «*contrôle de constitutionnalité par ricochet des traités*» selon la formule du Professeur Dominique Chagnollaud⁸, puis réaffirmée dans un arrêt *S.A.R.L. du parc d'activités de Blotzheim et S.C.I. Haselaecker* (CE Ass. 18 décembre 1998) dans lequel le juge administratif accepte de contrôler si la procédure de ratification ou d'approbation est conforme à l'article 53 de la Constitution. Les traités n'ont donc qu'une valeur supralégislative mais infraconstitutionnelle en Droit interne ce qui ne remet pas en cause leur suprématie dans l'ordre juridique international⁹.

Cette solution jurisprudentielle ne semble pas si déroutante d'une part, car l'article 55 de la Constitution n'accorde aux traités qu'une autorité supérieure aux lois d'autre part, car l'article 54 du même texte établit une hiérarchie favorable à la Constitution puisqu'il prévoit qu'un traité contraire à la Constitution ne peut être ratifié (ce n'est pas la Constitution qui est contrainte de s'adapter au traité à travers une révision mais le traité qui ne peut être ratifié). À partir du moment où la Constitution a imposé une hiérarchie des normes, le Conseil d'Etat qui ne tire son existence et sa légitimité que de la Constitution, ne pouvait que se conformer à cet ordre. Finalement, les deux Hautes Juridictions françaises ont dégagé une solution cohérente et en rien contradictoire au regard du monisme juridique car d'une part, «*si le juge fait*

⁷ Selon Jean-Bernard Auby toutefois, «*Le Conseil d'Etat a beau dire que la Constitution leur reste supérieure (aux normes supranationales), nous sommes tous un peu sceptiques, parce que sachant que le juge européen est d'un avis contraire et parce que constatant que le Conseil d'Etat lui-même accepte aujourd'hui presque volontiers d'écarter des lois au profit de règles internationales, alors qu'il se refuse toujours à faire la même opération au profit des règles constitutionnelles, qu'il considère théoriquement pourtant comme de niveau plus élevé!*» («*La bataille de San Romano*», *Actualité Juridique de Droit Administratif*, 2001, n° 11). De surcroît, l'article I-6 du Traité constitutionnel européen dispose que «*La Constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union, dans l'exercice des compétences qui sont attribuées à celles-ci, priment le droit des Etats membres*», avec une Déclaration n° 1 annexée au traité indiquant que «*la Conférence constate que l'article I-6 reflète la jurisprudence existante de la Cour de justice des Communautés européennes et du Tribunal de première instance*» et avec l'article I-5 du traité qui limite la portée de l'article I-6 précité en indiquant que «*l'Union respecte ... leur identité nationale inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles ... Elle respecte les fonctions essentielles de l'Etat, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale*» (voir sur ce point Paul Cassia, «*L'article I-6 du traité établissant une Constitution pour l'Europe et la hiérarchie des normes*», *La Semaine Juridique, Administrations et Collectivités territoriales*, 2004, n° 48).

⁸ «*Le Conseil d'Etat et le Droit constitutionnel: Sherlock Holmes au Palais Royal*», *Mélanges Pierre Avril, «La République»*, Montchrestien, 2000.

⁹ D'autres pays européens, comme les Pays-Bas notamment avec l'article 94 de la Constitution néerlandaise issue de sa révision de 1983, accordent à l'inverse au Droit international une suprématie sur toutes les normes de Droit interne quel que soit leur rang.

prévaloir une disposition internationale et lui confère une applicabilité directe en raison de son caractère autoexécutoire, c'est parce qu'il s'agit d'une obligation constitutionnelle ... C'est tout simplement le droit interne qui donne son véritable rang au droit communautaire et non ce dernier qui réduit la place du premier» d'autre part, «l'impossible efficacité des normes internationales commande elle-même de consacrer une supériorité de la Constitution à l'égard des traités internationaux»¹⁰. D'autres auteurs regrettent à l'inverse cette position au motif qu'elle serait contradictoire au regard de l'évolution du Droit et source de désordre pour l'ordre juridique¹¹, qu'elle contesterait le monisme juridique et irait donc contre l'ordre communautaire¹², ou encore qu'elle manifesterait «une attitude souveraine attachante» mais néanmoins subsidiaire au regard de l'influence incontestable du Droit international à l'égard du Droit national¹³.

B) La Constitution, source des Droits

Pour le Professeur Dominique Rousseau, dans la société moderne, «La Constitution prend la forme d'un système en ce qu'elle est présentée comme le principe d'ordre donnant unité et sens à l'ensemble des règles juridiques organisant la vie des hommes. Toutes les règles s'ordonnent sous la Constitution, tout le droit procède de la Constitution: les actes individuels des actes réglementaires, les actes réglementaires des lois, les lois de la Constitution. Pensée comme la norme initiale, elle est à la fois la condition de possibilité du système et sa clôture dans la mesure où elle renferme et referme le droit sur lui-même. Point besoin de chercher ailleurs les raisons des règles et des comportements des hommes dans leurs différentes activités sociales - parent, citoyen, administré, consommateur, usager, - les réponses à toutes les questions sur les multiples formes du «sujet de droit» sont dans la Constitution. S'interroge-t-on sur le sujet saisi par le droit pénal? Il existe un droit constitutionnel pénal! Sur le sujet saisi par le droit du travail? Il existe un droit constitutionnel du travail! Et ainsi, pour toutes les divisions de la vie sociale: un droit constitutionnel économique, de la fonction publique, de la famille, des partis politiques, de la fiscalité ... La Constitution fait système»¹⁴. La Constitution introduit ordre, cohérence, raison, en devenant un appareil de répression du corps politique quand bien même le Professeur Pierre Avril avance qu'un tel texte n'organise rien, ne commande rien, n'oblige à rien, ne garantit rien («Littéralement, le texte de la Constitution ne «veut» rien «dire», ce sont ses lecteurs qui le font parler, et plus précisément les lecteurs qu'elle a désignés elle-même en les habilitant à l'appliquer»¹⁵) dans la mesure où son application s'inscrit dans le cadre de «conventions de la Constitution» parfois éloignées de la lettre dudit texte.

Au-delà de ce contenu organisationnel et procédural d'une Constitution, selon le même Professeur Dominique Rousseau, «depuis les années 1971-1974, tous les observateurs s'accordent pour constater que la Constitution devient de plus en plus jurisprudentielle; un acte toujours écrit sans doute, mais écrit par le juge constitutionnel ... Le Droit constitutionnel jurisprudentiel signerait-il ainsi l'acte de décès de la notion de Constitution? D'une certaine idée, oui; de la notion même de Constitution, certainement pas. Plus précisément, le Conseil constitutionnel est au principe d'une nouvelle idée de Constitution qui repose sur un triple fondement: la garantie des droits des gouvernés, l'officialisation d'une idée de droit, la création d'un espace ouvert à la reconnaissance indéfinie de droits et libertés»¹⁶. Cette seconde mission, plus récente, dévolue à la Constitution, à savoir la protection des droits et des libertés fondamentaux, se réalise aussi bien dans le corpus même de la Constitution tel l'article 66 alinéa 1^{er} de la Constitution de 1958 prévoyant que «Nul ne peut être arbitrairement détenu»

¹⁰ Selon les propos de Bernard Beignier et Stéphane Mouton, «La Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme, rang et fonction», *Recueil Dalloz*, 2001, n° 21.

¹¹ Voir sur ce point Bertrand de Lamy et Pascale Deumier, «La hiérarchie des normes: une pyramide à géométrie variable», *Les Petites Affiches*, 2000, n° 201.

¹² Voir sur ce point Anne-Clémence de Foucauld, «La suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas dans l'ordre interne aux dispositions de valeur constitutionnelle», *La Semaine Juridique*, 2001, n° 2.

¹³ Voir sur ce point Rémy Libchaber, «La vision du monde de la Cour de cassation», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 2000, n° 2.

¹⁴ «Question de Constitution», *Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, «Le nouveau constitutionnalisme», *Economica*, 2000, précité.

¹⁵ «Le juge et le représentant», *Le Débat*, 1993, n° 74.

¹⁶ «Une résurrection: la notion de Constitution», *La Revue du Droit Public*, 1990, n° 1.

ou l'article 66-1 disposant que «*Nul ne peut être condamné à la peine de mort*» que dans le Préambule de celle-ci (celui de 1958 renvoie à celui de 1946 et fait expressément référence à la Déclaration de 1789). Pour la Professeure Danièle Lochak, l'émergence des droits résulte tout d'abord de la reconnaissance de la primauté de l'individu ou, autrement dit, de la disparition des conceptions holistes qui font primer le tout, l'organe, sur le particulier, l'individu. Ce sont ensuite les mutations subies par la notion de Droit naturel qui substitue à la volonté divine, la nature humaine. C'est enfin l'affirmation de droits subjectifs, droits opposables au pouvoir¹⁷.

Dans un tel contexte, la Constitution devient donc la Règle, sanctionnée par un juge dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité des lois et des traités, qui organise la production d'autres règles notamment celles orientées sur la protection des libertés. De la Constitution jailli toutes les autres composantes du Droit, générant ce faisant un Droit constitutionnel pénal, un Droit constitutionnel administratif, etc., dans un mouvement de «*constitutionnalisation des branches du Droit*». À travers elle, le Droit constitutionnel (re)devient le Droit des libertés tel qu'il était perçu en 1787 aux Etats-Unis et deux ans plus tard en France. Il se juridicise parce qu'il est juridictionnalisé depuis 1958 et est érigé en Droit fondamental de la Constitution sanctionné par un juge. À ce titre, le Droit constitutionnel modifie profondément sa substance en devenant un Droit des libertés symbolisé par le «*bloc de constitutionnalité*» issu de la décision du 16 juillet 1971. Dorénavant, ce Droit de la Constitution est autant voire plus orienté sur les relations entre l'Etat et les citoyens que sur les rapports des pouvoirs publics entre eux.

© Copyright ISP

¹⁷ «*Les droits de l'homme*», La Découverte, 2002.