

# La notion de Constitution

## I. La Constitution dans la hiérarchie des normes

La théorie de la hiérarchie des normes est attribuée à Hans Kelsen, juriste autrichien, membre du Cercle de Viennes. Cependant sa vision est partagée par une grande partie de la doctrine avec des approches parfois différentes. Il faudra donc distinguer la théorie de la hiérarchie des normes de Kelsen avec les autres théories du droit pouvant admettre une vision systémique et hiérarchique du droit.

Prenons l'exemple de la différence entre un voleur et un huissier pour comprendre la théorie des normes selon Hans Kelsen. Les deux (le voleur et l'huissier) émettent un même commandement, à savoir la dépossession d'un bien à autrui. Par conséquent, la différence entre les deux n'est pas dans le contenu.

Les deux sont des commandements, seulement l'un d'entre eux est fait en application de la loi. **Par conséquent, seul le commandement de l'huissier est une norme valide car il est conforme à la loi. La loi est elle-même une norme valide car loi est prise par le Parlement. Le Parlement est lui-même un organe conforme au droit, car il est habilité à adopter des lois en vertu de la Constitution.**



Ce mécanisme de la validité d'une règle par rapport à sa conformité à la norme conforme qui lui est supérieure renvoie directement à la logique de Kelsen et celle de la hiérarchie des normes. Une norme est valide si elle est conforme à une norme supérieure et ainsi de suite. **Il s'agit d'un système hiérarchisé de normes.**

Ainsi un contrat est valide parce qu'il se fait en conformité avec la loi (article 1134 Code civil). Cette loi est valide parce qu'elle se fait en conformité avec la Constitution. **Une norme ne devient dès lors juridique que si elle s'insère dans un système normatif juridique.**

Ainsi l'interdiction de fumer faite par votre médecin ne s'inscrit dans aucune hiérarchie juridique, par contre l'interdiction de fumer dans les restaurants a été introduite par une loi, selon les procédures prévues par la Constitution en vigueur de sorte qu'il s'agit d'une norme juridique.

Deux problèmes demeurent :

- 1) La hiérarchie fonctionne dans un ordre étatique. Quid dès lors de l'Union européenne qui n'est pas un Etat alors que les normes européennes sont directement applicables en France ?
  - **On constate de plus en plus que le droit n'est pas vraiment pensé au moyen de la pyramide des normes, mais qu'il est pensé de plus en plus comme un "réseau", car plusieurs organes discutent entre eux. Cette théorie du réseau permet de mieux appréhender l'insertion du droit européen dans l'ordre juridique interne des États membres de l'Union européenne. Toutefois, cette nouvelle manière de théoriser le droit remet en cause la théorie de Kelsen.**
- 2) **Quid de la validité de la Constitution dont la validité juridique ne peut être issue d'une norme supérieure puisqu'elle est déjà la norme suprême de l'ordre juridique.**
  - **Explication :** Kelsen, ici se comporte comme un pur positiviste. Il pose une hypothèse scientifique. L'hypothèse selon laquelle la Constitution est valide. Cette hypothèse s'appelle la *GrundNorm* ou norme fondamentale. C'est une hypothèse scientifique comme il en existe de nombreuses dans les sciences dures. Toutes les mathématiques partent du principe que deux parallèles ne se touchent jamais, mais c'est une vue de l'esprit, une convention, qu'on admet que deux parallèles ne se toucheront jamais. Idem pour la pomme de
  - Newton.

Cette vision hiérarchique implique une justification du contrôle de constitutionnalité des lois. Le juge civil contrôle la validité des Contrats par exemple à la loi, le juge administratif mesure la validité des règlements à la loi ; il faut donc un juge constitutionnel pour contrôler la validité de la loi à la Constitution.

## **II. La définition de la Constitution.**

Nous pouvons définir la Constitution en s'attachant à deux critères. Le critère formel et le critère matériel.

**A. La Constitution au sens formel :** Elle se définit comme l'ensemble des règles édictées et modifiées par une procédure spéciale plus difficile à mettre en œuvre que celle utilisée pour les autres normes, notamment la loi ordinaire.

Cette conception de la Constitution garantit sa primauté sur les autres normes en vertu de plusieurs critères :



- 1) **Le critère instrumental** : le caractère **écrit** de la Constitution, c'est ce qui permet de l'identifier, de la protéger. Le caractère écrit est plus difficile à changer. Cependant, il n'est pas toujours nécessaire (cf. la force juridique des coutumes au Royaume-Uni).
- 2) **Le critère procédural** : Cela signifie que la modification de la norme constitutionnelle est plus complexe. Cela renvoie directement à une qualité importante de la Constitution : **sa rigidité**.
  - i. Exemple : en France pour modifier la Constitution il faut soit un referendum avec la majorité absolue, soit réunir le Congrès à la majorité des 3/5 des suffrages exprimés selon l'article 89 de la Constitution.
- 3) **Le critère organique** : Ce critère découle du précédent. C'est un organe particulier qui édicte la Constitution, et un autre organe particulier qui la modifie. **Ce critère permet de distinguer le pouvoir constituant qui crée la Constitution et la modifie et l'ensemble des pouvoirs constitués qui sont créés par la Constitution.**
  - i. Voir la séance « Vie des Constitutions et pouvoir constituant »

**B. La Constitution au sens matériel :** Il s'agit de l'ensemble des règles les plus importantes de l'Etat, qui sont considérées indépendamment de leur place dans la hiérarchie des normes juridiques.

Le contenu de la Constitution au sens matériel dépend des auteurs.

- **Pour Hans Kelsen** par exemple la Constitution matérielle c'est l'ensemble des règles de procédures permettant de prendre des lois ordinaires et les règlements. **Critique : Vision toujours formelle car pas de regard sur le contenu des normes.**



Il n'y a pas de textes constitutionnels [...] qui puissent faire qu'en France un chef de l'État en soit véritablement un s'il procède, non point de la confiance profonde de la nation, mais d'un arrangement momentané entre professionnels de l'astuce

De Gaulle, 17 décembre 1965

- **Pour Carl Schmitt**, caractère et forme de l'unité politique d'un peuple.
  - Organisation du pouvoir ; fonctionnement ; principes idéologiques ou politiques, protection des droits...
  - Il ajoute également les principes idéologiques et politiques, et en réalité ce que le Constituant considère comme fondamentale (cf. Drapeau, hymne etc...)
  - **Article 16 de la DDHC** : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de Constitution. »

### **III. Les rapports entre définition formelle et matérielle**

**Principe :** De nos jours les deux critères se recoupent. Les règles les plus importantes de l'Etat (critère matériel) bénéficient du régime juridique supérieur (critère formel).

**Exceptions :** Il peut s'avérer que certaines Constitutions intègrent des dispositions marginales, pas matériellement constitutionnelles, comme par exemple la Constitution française détermine le drapeau, l'hymne et la devise.

**Article 2 de la Constitution de 1958 :** « La langue de la République est le français. L'emblème national est le drapeau tricolore, bleu, blanc, rouge. L'hymne national est « La Marseillaise ». La devise de la République est « Liberté, Egalité, Fraternité ». Son principe est : gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple. »

**A l'inverse il se peut que certaines dispositions intégrant la définition matérielle de la Constitution, ne soient pas intégrées dans la Constitution formelle.**

Exemple : En France le mode de scrutin est contenu dans le Code électoral qui a valeur législative. Sauf pour le Président de la République. Cf. Article 25 de la Constitution qui renvoie à **plusieurs éléments** concernant l'élection des députés à une loi organique, durée des pouvoirs de chaque assemblée, éligibilité... **Il se peut également qu'un Etat ne soit pas doté d'une constitution formelle.** (Angleterre, Israël)

### **IV. Le droit constitutionnel non écrit**

**Le contenu d'une constitution est-il forcément entièrement écrit ?**

On distingue la Coutume et la pratique politique (conventions de la Constitution)

- **La coutume est caractérisée par deux éléments :**
  - **Elément objectif :** pratique répétée pendant une durée assez longue
  - **Elément subjectif :** sentiment que cette pratique est obligatoire

Cependant ces éléments posent problème, tout d'abord sur la question de savoir à partir de quel moment (quelle durée) une pratique devient-elle une coutume juridique ? L'absence de norme au-dessus de la constitution pose le problème du fondement de la coutume, problème qui ne se pose pas dans les autres droits. Si le droit est issu de la volonté humaine, comment la coutume peut-elle être créée sans véritable volonté identifiable ? **Enfin se pose le problème de la conciliation entre le droit écrit et la coutume. La doctrine considère que la coutume ne peut jamais modifier ou abroger une disposition constitutionnelle écrite et précise. Car sinon problème de la volonté et de la norme supérieure, ou problème de la révision de la Constitution sans passer par la rigidité voulue.**

La coutume peut remplir deux objectifs :

- **La coutume interprétative**, permet l'interprétation de la Constitution écrite en cas d'incertitude. Programme et déclaration de politique générale du gouvernement signifiait la même chose (article 49 al. 1 de la Constitution)
- **La coutume supplétive**, vient palier les lacunes, les silences de la Constitution écrite. Ex : incompatibilité entre la fonction de chef de l'Etat et tout mandat public ou activité privée.



- **La pratique politique** comme le mentionnait Charles de Gaulle, « *une Constitution c'est un esprit, des institutions, et une pratique* ». La pratique politique peut parfois modifier profondément la Constitution.

Exemple : En principe, en suivant le texte de la Constitution, le Président de la République ne peut pas révoquer le premier ministre,. Toutefois depuis le début de la Ve, c'est le cas.

**Problème : On a du mal à voir la différence entre coutume et convention de la Constitution. La coutume a une valeur juridique alors que la pratique politique peut très bien être changée et n'engage personne. La pratique politique est dans le domaine du fait, la coutume est une règle juridique sanctionnée.**