

Titre VII

Les cahiers du Conseil constitutionnel

N° 8 - avril 2022

La classification des normes constitutionnelles

Écrit par

Yaniv ROZNAI



Professeur associé, Faculté de droit Harry
Radzyner, Université Reichman

A) Introduction

À première vue, la classification des normes constitutionnelles semble une tâche aisée. Après tout, les normes constitutionnelles sont celles qui se situent au niveau constitutionnel, dans la hiérarchie des normes. Cependant, une analyse plus approfondie montre que la question est plus complexe. Dans certains pays, des normes constitutionnelles peuvent être adoptées non pas à titre de modifications formelles du texte constitutionnel, mais de lois constitutionnelles séparées. En outre, le texte constitutionnel lui-même ne contient pas toujours l'ensemble des normes constitutionnelles. Ainsi, une décision de justice, reconnaissant la protection constitutionnelle d'un droit implicite, ajoute une norme constitutionnelle qui n'est pas explicitement inscrite dans le texte constitutionnel. Par ailleurs, il se peut que des normes constitutionnelles ne soient tout simplement pas appliquées ou n'aient pas de force contraignante. Sont-elles encore des normes constitutionnelles ? Il convient de considérer également le cas d'une norme légale située à un niveau infra-constitutionnel qui modifie la Constitution et lui est contraire, mais qui n'a pas été contestée en justice, qui reste en vigueur et est toujours appliquée. Elle devrait pourtant être inconstitutionnelle. Or, elle crée un changement dans la sphère constitutionnelle. Est-elle une norme constitutionnelle ?

Dans cet article, nous proposons une classification des différentes normes constitutionnelles possibles, qui ont été observées dans divers pays.

B) Généralités sur les normes constitutionnelles

De manière générale, les normes constitutionnelles sont celles situées au niveau normatif constitutionnel, au sein de la Constitution. Une Constitution est l'ensemble des principes et des règles, habituellement consacrés dans un texte écrit, définissant et régissant les modalités d'organisation et les pratiques des institutions de l'État et exprimant les valeurs suprêmes de la nation⁽²⁾. Les normes constitutionnelles sont les règles exprimées par des dispositions constitutionnelles écrites - énoncées dans une Constitution écrite ou découlant implicitement d'une Constitution - ou par des conventions constitutionnelles acceptées, mais non écrites. Nous utilisons le terme de « normes constitutionnelles » pour désigner l'ensemble des règles constitutionnelles (directives constitutionnelles qui, par nature, exigent un respect strict) et des principes plus généraux qui peuvent être mis en balance avec d'autres principes et appliqués à divers degrés⁽³⁾.

Sur le fond, les Constitutions comprennent généralement les éléments suivants : les valeurs et les engagements fondamentaux, les pouvoirs et les fonctions des principaux organes et institutions de l'État, ainsi que les relations entre eux. Elles contiennent donc les règles et les principes qui définissent et limitent les pouvoirs de l'État, en incluant les caractéristiques liées à l'identité, telles que la langue, le drapeau et autres symboles, ainsi que les mécanismes de modification formelle de la Constitution⁽⁴⁾.

Presque tous les pays ont promulgué un texte portant le nom de « Constitution », « Loi fondamentale » ou autre indiquant explicitement sa valeur constitutionnelle suprême. La Constitution est généralement considérée comme un texte ou un ensemble de textes écrits formels qui a un statut normatif supérieur aux textes de lois ordinaires. Elle est au sommet de la hiérarchie des normes. Les autres textes normatifs se situent donc à un rang inférieur ⁽⁵⁾. En outre, elle est généralement associée à une certaine forme d'intangibilité. Nous disons « généralement », car les trois caractéristiques énumérées plus haut (forme écrite, rang suprême et intangibilité) n'existent pas toujours, ou du moins, ne sont pas suffisantes pour identifier une norme constitutionnelle ⁽⁶⁾. Une norme peut être intangible sans être constitutionnelle ou être constitutionnelle sans être intangible. Ainsi, une majorité ordinaire suffit à modifier la Loi constitutionnelle de Nouvelle-Zélande (*Constitution Act*) de 1986, la Déclaration canadienne des droits de 1960 et la Loi fondamentale d'Israël sur la dignité humaine et la liberté (*Human Dignity and Liberty*) de 1992. Ces textes ont une fonction constitutionnelle suprême et sont considérés comme constitutionnels, alors qu'ils ne sont pas intangibles. Une norme peut aussi être non écrite et être constitutionnelle. Par exemple, la liberté d'expression est reconnue comme un droit constitutionnel en Israël, alors qu'elle n'est pas inscrite dans les lois fondamentales du pays.

À notre époque, « *l'existence d'une Constitution formelle est presque devenue une mode universelle, un symbole de modernité* » ⁽⁷⁾. Comme l'historienne Linda Colley le souligne, « *en 1914, les Constitutions écrites étaient déjà en passe d'être la norme sur tous les continents* » ⁽⁸⁾. Aujourd'hui, les Constitutions formelles sont la norme dans une grande majorité d'États ⁽⁹⁾. Les pays qui ne disposent pas d'une Constitution formelle, comme le Royaume-Uni ou la Nouvelle-Zélande, font figure d'exception ⁽¹⁰⁾. Ainsi, le texte *constitution*, dans le contexte britannique, désigne « *l'ensemble des lois, des règles et des pratiques qui créent les institutions fondamentales de l'État et de ses éléments et organes connexes, et qui définissent les pouvoirs de ces institutions, ainsi que les relations entre les différentes institutions et entre ces institutions et les personnes* » ⁽¹¹⁾. Il s'agit d'une Constitution non codifiée.

Évidemment, tous les États dotés d'une Constitution formelle ne sont pas des États constitutionnalistes ⁽¹²⁾. Comme Karl Loewenstein le fait remarquer, toutes les Constitutions ne sont pas « *normatives* », c'est-à-dire appliquées et effectives. Certaines sont « *nominales* » ou « *sémantiques* », dans la mesure où elles n'ont pas d'effet, expriment un vœu pieux et sont détachées de la réalité, ou ne sont qu'un simple masque ⁽¹³⁾, ce que nous appelons des « *Constitutions de façade* » ⁽¹⁴⁾.

C) Normes constitutionnelles écrites et non écrites

Dans le passé, les juristes faisaient une distinction entre Constitutions écrites et non écrites. Lord James Bryce a critiqué cette classification parce que de nombreuses Constitutions non écrites issues de la coutume intègrent ensuite des lois, et qu'une coutume, une fois écrite, peut difficilement être qualifiée de non écrite. Par ailleurs, toutes les Constitutions écrites comportent aussi des éléments non écrits ⁽¹⁵⁾.

La question de savoir si un texte relève de la Constitution semble *a priori* facile, tout au moins dans les États dotés d'une Constitution écrite formelle. Comme Jeremy Waldron le souligne, « *le grand avantage d'une Constitution écrite est d'offrir un texte clair permettant de distinguer les règles qui relèvent du droit constitutionnel de celles qui n'en relèvent pas* » ⁽¹⁶⁾. Mais, comme nous le développons dans cet article, la Constitution écrite n'apporte pas, en réalité, une réponse claire à la question de savoir ce qui appartient ou pas au champ constitutionnel.

Le texte constitutionnel n'est pas à lui seul un tableau complet de la Constitution, puisque de nombreuses hypothèses essentielles y sont implicitement cachées, comme si elles étaient écrites à l'encre invisible. En effet, toutes les Constitutions reposent et fonctionnent sur des hypothèses et des idées préconstitutionnelles, non écrites et extrajuridiques ⁽¹⁷⁾.

Au chapitre suivant, nous présentons les différentes catégories de normes constitutionnelles écrites et non écrites.

D) Catégories de normes constitutionnelles

1. Normes constitutionnelles explicites

1.1. La Constitution

La première catégorie de normes constitutionnelles comprend les normes constitutionnelles explicites. Ces normes sont expressément prévues dans des dispositions écrites contenues dans le texte constitutionnel. Elles peuvent être inscrites dans la Constitution initiale, créée par le pouvoir constituant primaire. Elles peuvent aussi être ajoutées à la Constitution par des modifications constitutionnelles formelles apportées au texte constitutionnel par l'exercice du pouvoir d'amendement, au moyen de la procédure spéciale prévue dans le texte constitutionnel pour sa modification ⁽¹⁸⁾.

Dans les pays fédéraux, les normes constitutionnelles sont inscrites dans la Constitution fédérale, mais aussi dans les Constitutions des États ⁽¹⁹⁾. Bien

que ces « sous-Constitutions » aient tendance à être plus vastes et plus souples que la Constitution fédérale, les deux types de textes convergent généralement en ce qui concerne les éléments fondamentaux de l'organisation institutionnelle et des droits ⁽²⁰⁾.

Dans certains pays, il n'existe pas un texte unique, intitulé Constitution, mais plusieurs lois constitutionnelles qui ont une valeur constitutionnelle. En Suède, par exemple, il existe cinq textes constitutionnels, dont l'Instrument de Gouvernement (1974) et la Loi fondamentale sur la liberté d'expression (1991). Ces textes ont une valeur constitutionnelle supérieure aux autres lois ou ordonnances, qui ne peuvent pas entrer en conflit avec eux. Le Règlement du Riksdag (Diète) de 1974 revêt également une importance constitutionnelle puisqu'il a une valeur quasi constitutionnelle, située entre une loi constitutionnelle et une loi ordinaire. Pour le modifier, une majorité qualifiée est nécessaire ⁽²¹⁾.

Israël est un autre exemple de pays doté de normes constitutionnelles explicites, même s'il ne possède pas de texte unique, intitulé « Constitution ». Il s'agit d'un ensemble de lois fondamentales qui, selon la jurisprudence de la Cour suprême, ont une valeur constitutionnelle et fonctionnent comme une Constitution écrite, bien qu'incomplète. La majorité de ces dispositions ne sont pas intangibles. Comme au Royaume-Uni, elles peuvent être adoptées et modifiées selon la même procédure que les lois ordinaires. Mais, contrairement au Royaume-Uni, les lois fondamentales ont un statut normatif supérieur aux lois ordinaires et ne peuvent être modifiées que par d'autres lois fondamentales. En cas de contradiction entre les lois ordinaires et les lois fondamentales, ces dernières prévalent et les lois conflictuelles peuvent être invalidées à l'issue d'un contrôle judiciaire approfondi ⁽²²⁾.

1.2. Les lois constitutionnelles et les lois organiques

Dans certains États, la Constitution écrite ne comprend pas la totalité des normes constitutionnelles, mais est complétée par un autre type de lois constitutionnelles. C'est le cas en Azerbaïdjan, au Kirghizistan, en Pologne, en Russie, en République tchèque et au Kazakhstan.

Les lois constitutionnelles, à l'instar de la Constitution, ont un contenu constitutionnel. De même, elles ont un statut normatif particulier, supérieur à celui des lois ordinaires. La différence réside dans le fait qu'elles ne sont pas formellement inscrites dans la Constitution unifiée, mais fonctionnent « parallèlement » à la Constitution.

Ainsi, la Constitution tchèque dispose que les lois constitutionnelles peuvent contenir non pas des normes, mais des instructions, par exemple, pour modifier les frontières d'État. C'est pourquoi le système constitutionnel tchèque est qualifié de « *poly-légal* » ⁽²³⁾. Ce concept est fondé sur le système autrichien. La Constitution de 1867 était composée de sept lois constitutionnelles, chacune régissant une branche du pouvoir de l'État, ainsi que la fédéralisation et les droits civiques. Ainsi, la Constitution autrichienne est issue d'un recueil de différentes lois. Aujourd'hui encore, les « lois constitutionnelles fédérales » doivent être adoptées par le pouvoir législatif à une majorité qualifiée des deux tiers et ne peuvent être modifiées également qu'à une majorité qualifiée ⁽²⁴⁾. De même, en République slovaque, il existe des lois constitutionnelles, outre la Constitution, qui doivent être distinguées des lois ayant une valeur juridique différente ⁽²⁵⁾.

Dans les systèmes romano-germaniques, il existe une catégorie spécifique de lois constitutionnelles, les « lois organiques ». Selon la Constitution française, l'Assemblée nationale peut adopter trois types de lois : les lois constitutionnelles, les lois organiques (dont l'objet est prévu par la Constitution) et les lois ordinaires. L'article 203 de la Constitution du Vénézuéla de 1999 dispose que « *les lois organiques sont celles qui sont désignées comme telles par la présente Constitution, celles qui sont adoptées pour organiser les pouvoirs publics ou développer les droits constitutionnels et celles qui servent de cadre normatif à d'autres lois* ». Ainsi, les lois organiques visent à prévoir et à définir de manière plus détaillée les règles générales inscrites dans la Constitution. Elles fixent des normes relatives aux institutions constitutionnelles et juridiques les plus importantes ⁽²⁶⁾. Elles sont généralement adoptées selon une procédure spéciale, mais relativement souple, sans modification de la Constitution. Elles ont habituellement une valeur intermédiaire entre la Constitution et la loi ordinaire. Elles sont organiques parce qu'elles forment un « corps » dans le prolongement de la Constitution. Prises dans leur ensemble, avec la Constitution, ces lois constitutionnelles (ou « lois organiques ») sont souvent désignées sous le terme de « bloc de constitutionnalité » ⁽²⁷⁾.

1.3. Les normes quasi constitutionnelles

Les normes quasi constitutionnelles sont un autre type de normes constitutionnelles. Elles ressemblent à des lois ordinaires, mais sur le fond et en raison de leur importance, elles s'apparentent à des lois constitutionnelles. Ainsi, au Royaume-Uni, le terme de *constitutional statute* désigne une loi qui « (a) conditionne la relation juridique entre les citoyens et l'État de manière générale ou qui (b) élargit ou resserre la portée de ce que nous considérerions aujourd'hui comme des droits constitutionnels fondamentaux » ⁽²⁸⁾.

Au Canada, la Cour suprême estime que la législation relative aux droits de l'homme est d'une valeur supérieure aux lois ordinaires, même si elle n'est pas « *tout à fait constitutionnelle* ». Elle décrit la Charte québécoise des droits et libertés de la personne comme un texte garantissant « *une protection quasi constitutionnelle* » au droit au respect de la vie privée ⁽²⁹⁾.

Sur le plan formel, ces lois ne sont pas différentes des lois ordinaires. Toutefois, leur contenu est constitutionnel. C'est pourquoi elles ne sont pas interprétées par les juridictions comme des lois ordinaires et ne sont pas soumises à la doctrine de l'abrogation implicite⁽³⁰⁾.

Aux États-Unis, William Eskridge, Jr. et John Ferejohn ont montré que certaines lois, adoptées dans le cours normal de la procédure législative, ont une valeur quasi constitutionnelle (dite de « super-loi »), en raison de quatre critères. En premier lieu, elles introduisent un nouveau principe ou une nouvelle politique dont l'effet est substantiel. En deuxième lieu, le nouveau principe ou la nouvelle politique ont une valeur fondamentale ou axiomatique pour les acteurs politiques. En troisième lieu, ces lois résultent de longs débats publics délibératifs et d'une réflexion sur le fond des acteurs politiques. En quatrième lieu, elles exigent une explicitation de la part des fonctionnaires et des juges pour atteindre l'effet requis. Selon ces deux juristes, la loi antitrust (*Sherman Antitrust Act*) de 1890 ou la loi sur les droits civiques (*Civil Rights Act*) de 1964 en sont des exemples. Ces super-lois peuvent parfois modifier la règle constitutionnelle en supplantant la législation ordinaire. Bien qu'elles restent inférieures à la loi constitutionnelle et puissent être abrogées par une simple loi, leur importance publique incite les législateurs et les juges à leur accorder une attention particulière⁽³¹⁾.

2. Normes constitutionnelles implicites

La Constitution n'est pas seulement explicite, elle est aussi implicite. Le sens implicite d'un texte fait autant partie de la Constitution que son sens explicite. L'essentiel au regard de l'implicite constitutionnel est l'appréciation de la structure de la Constitution⁽³²⁾.

En Hongrie, par exemple, la Constitution postérieure à 1989 avait été une réécriture de la Constitution de l'ère communiste. Elle comportait des incohérences internes et était entachée de lacunes. Pendant la période de transformation ultérieure, la Cour constitutionnelle a joué un rôle substantiel en développant des principes et une méthodologie désignés sous le terme de « Constitution invisible ». Selon cette théorie, la Constitution devait être considérée comme un tout, formé de principes et de règles. La Constitution invisible était l'ensemble des principes sous-jacents nécessaires à assurer la cohérence du texte écrit et du droit constitutionnel⁽³³⁾. En vertu de cette théorie, la Cour a reconnu des droits qui n'étaient qu'implicites dans la Constitution⁽³⁴⁾. De même, en Australie, malgré l'absence d'une déclaration des droits, la Cour suprême a estimé que certains droits, comme la liberté d'expression politique, étaient constitutionnellement reconnus⁽³⁵⁾.

Nous allons nous pencher maintenant sur les éléments de l'implicite, tels que les principes non écrits, les hypothèses non écrites, l'interprétation, les conventions constitutionnelles et les normes inconstitutionnelles infra-constitutionnelles.

2.1. Les principes non écrits

Une Constitution est « *une mine de principes* »⁽³⁶⁾. Les principes constitutionnels peuvent être inscrits dans le texte constitutionnel (souvent dans une disposition spécifique intitulée « principes généraux ou fondamentaux ») ou être non écrits. En effet, il se peut qu'il n'y ait aucune référence explicite aux principes non écrits dans les termes de la Constitution. Toutefois, même s'ils ne découlent pas d'une Constitution codifiée, les principes constitutionnels non écrits sont utilisés dans de nombreux pays pour développer le droit constitutionnel. Traduits dans le domaine constitutionnel, ces principes non écrits représentent un autre type de normes constitutionnelles. Dans l'affaire *Cherry/Miller (II)*, la Cour suprême du Royaume-Uni a statué que la demande formulée par le Premier ministre à la Reine d'autoriser la suspension du Parlement était illégale. Elle a estimé que la Constitution britannique « *comprend de nombreux principes de droit qui sont applicables par les juridictions de la même manière que d'autres principes de droit. Ce faisant, les juridictions sont chargées de sauvegarder les valeurs et les principes de notre Constitution et d'assurer leur effectivité* »⁽³⁷⁾. En l'espèce, la Cour a protégé les principes de séparation des pouvoirs et de souveraineté du Parlement. Plusieurs études de droit constitutionnel comparé montrent que les principes non écrits jouent différentes fonctions, notamment d'aide à l'interprétation pour la législation en comblant les vides de la Constitution⁽³⁸⁾.

Ainsi, dans une affaire récente, la Cour suprême du Canada a précisé son approche des principes constitutionnels non écrits : « *Les principes constitutionnels non écrits ne sont pas des « dispositions de la Constitution ». Leur effet juridique réside dans leur énoncé de principes généraux dans le cadre duquel fonctionne notre ordre constitutionnel et, en conséquence, dans le cadre duquel il faut donner effet aux termes écrits de la Constitution, qui sont ses dispositions* »⁽³⁹⁾. Bien que les principes non écrits ne puissent pas être appliqués de manière indépendante pour invalider une loi, ils peuvent être utilisés de deux façons : ils aident à l'interprétation téléologique des dispositions constitutionnelles et ils « *permettent d'élaborer des doctrines structurelles non énoncées en soi dans la Constitution écrite, mais nécessaires à la cohérence et découlant implicitement de son architecture* »⁽⁴⁰⁾.

2.2. Les hypothèses non écrites

Toutes les Constitutions sont fondées sur des hypothèses non écrites. En conséquence, il ne suffit pas de se pencher sur la lettre du texte. Comme Marl Graber l'explique clairement, « *toutes les Constitutions nécessitent des fondations qu'aucun texte écrit ne peut établir à lui seul* »⁽⁴¹⁾. Pour lui, la

Constitution des États-Unis, par exemple, contient des dispositions qui ne sont opérantes que dans certaines conditions non écrites. Il donne un exemple qui l'illustre bien : la disposition constitutionnelle selon laquelle « *le Sénat des États-Unis est composé de deux sénateurs de chaque État* » est en soi insuffisante pour déterminer si la Californie restera un État lorsqu'elle n'existera plus physiquement. L'interprète doit donc toujours faire une analyse extratextuelle pour déterminer si le texte contient un présupposé implicite.

2.3. L'interprétation

Le texte constitutionnel, comme tout autre texte de loi et peut-être encore plus en raison de son caractère vague et général, doit faire l'objet d'une interprétation. D'aucuns ont fait valoir qu'à sa simple lecture, il ne peut pas être compris, car il contient de nombreuses hypothèses essentielles implicites, qui sont non dites, écrites entre les lignes de manière « *invisible* »⁽⁴²⁾. On peut soutenir que l'interprétation constitutionnelle n'entre pas dans le champ de ce chapitre, mais dans celui des normes constitutionnelles explicites. Lorsqu'une juridiction interprète une disposition constitutionnelle, elle donne un sens à une norme explicite. Toutefois, elle interprète très souvent des normes, dans le cadre (ou en dehors) de la Constitution, qui ne figurent pas explicitement dans le texte. En outre, certaines interprétations judiciaires peuvent introduire une telle transformation qu'elles devraient être considérées comme des modifications informelles de la Constitution⁽⁴³⁾.

Il est évident qu'une décision de justice, notamment sous la forme d'une modification interprétative du texte constitutionnel, peut souvent avoir un effet plus important sur le système constitutionnel qu'une modification constitutionnelle formelle. Le célèbre arrêt rendu dans l'affaire *Marbury v. Madison* est un exemple souvent cité de décision de justice introduisant une modification informelle de la Constitution des États-Unis⁽⁴⁴⁾. L'affaire *United Mizrahi Bank*, jugée en Israël en 1995, est un autre exemple illustratif. La décision de justice rendue est d'une importance capitale. En effet, la Cour suprême israélienne a statué que les deux lois fondamentales sur les droits de l'homme avaient une valeur constitutionnelle suprême, que la Knesset n'avait que des pouvoirs législatifs limités et que la Cour était compétente pour mener un contrôle judiciaire de la loi et invalider les lois contraires aux dispositions de fond prévues dans les lois fondamentales⁽⁴⁵⁾.

Examinons les faits survenus ultérieurement en Israël. Pour des raisons historiques et politiques, les lois fondamentales sur les droits de l'homme ne contenaient pas une liste exhaustive des droits politiques et sociaux. Dans le cadre d'un compromis politique ayant permis leur adoption, elles excluaient intentionnellement l'égalité, la liberté d'expression, la liberté de religion et d'autres droits. Toutefois, par une interprétation large du droit à la dignité, la Cour a estimé que si l'autonomie était au cœur de la dignité de la personne, d'autres droits tels que l'égalité et la liberté d'expression faisaient implicitement partie de la dignité humaine. Ainsi, par cette interprétation, la Cour a reconnu implicitement des normes constitutionnelles qui n'étaient pas explicitement incluses dans le texte écrit⁽⁴⁶⁾.

2.4. Les conventions constitutionnelles

Les conventions régissent la conduite des agents publics ou la structure et l'organisation de l'État⁽⁴⁷⁾. Elles peuvent représenter une autre forme de norme constitutionnelle, bien qu'uniquement subsidiaire, puisque leur force exécutoire est discutable⁽⁴⁸⁾.

Comment savoir s'il existe une convention ? Dans plusieurs pays de *common law*, les juridictions ont adopté les critères proposés par Sir Ivor Jennings : « *Premièrement, quels sont les précédents ? Deuxièmement, les acteurs de ces précédents ont-ils estimé qu'ils étaient liés par une règle ? Troisièmement, cette règle est-elle justifiée ?* »⁽⁴⁹⁾. En conséquence, s'il existe un précédent et pas simplement une pratique, si les acteurs concernés ont estimé qu'ils devaient respecter et renforcer ce précédent, et enfin, s'il existe un principe justifiant cette pratique, alors il existe une convention.

La question la plus importante est de savoir si les conventions ont force exécutoire. L'approche qui prévaut dans le Commonwealth est de considérer que les juridictions peuvent reconnaître les conventions constitutionnelles, mais ne peuvent pas les appliquer⁽⁵⁰⁾. Toutefois, Farrah Ahmed, Richard Albert et Adam Perry ont montré que cette opinion dominante est erronée et que certaines juridictions dans le Commonwealth appliquent des conventions pour résoudre les litiges dont elles sont saisies. Ces auteurs analysent les décisions des juridictions siégeant au Canada, en Inde et au Royaume-Uni pour illustrer les différents types d'application judiciaire. Au Royaume-Uni, les juges reconnaissent les conventions pour les utiliser dans leur raisonnement juridique. Au Canada, les juges admettent l'existence de conventions, qui leur servent à régler les litiges, notamment pour interpréter une loi ou une partie codifiée de la Constitution. Et en Inde, la Cour suprême a reconnu des conventions constitutionnelles et les a utilisées non seulement pour comprendre le sens du texte de la Constitution, mais aussi pour combler des vides de la Constitution, grâce à leur interprétation⁽⁵¹⁾. Comme le juge Kuldip Singh l'a écrit : « *[D]ès lors qu'il est établi en justice qu'une convention existe et que les juges constitutionnels la considèrent comme un précédent contraignant, il n'y a pas de motif valable pour refuser à cette convention la valeur d'une loi* » et il n'y a « *aucune distinction entre la « loi constitutionnelle » et une « convention constitutionnelle » établie* »⁽⁵²⁾. Ainsi, les conventions constitutionnelles peuvent avoir force exécutoire et représentent une catégorie importante de normes constitutionnelles.

Les conventions peuvent aussi être intégrées à un texte codifié. C'est le cas dans plusieurs anciennes colonies du Royaume-Uni, comme les pays et territoires du Commonwealth des Caraïbes, qui ont codifié de nombreuses conventions constitutionnelles du Royaume-Uni, les transformant ainsi en

normes constitutionnelles explicites ⁽⁵³⁾.

2.5. Les normes inconstitutionnelles infra-constitutionnelles

Une autre norme constitutionnelle implicite mérite notre intérêt : celle qui ne figure pas au niveau constitutionnel, mais au niveau infra-constitutionnel. Prenons l'exemple d'une loi ordinaire qui est contraire à la Constitution. Elle modifie de fait implicitement la Constitution. Or, elle n'a pas été contestée en justice ou n'a pas été déclarée inconstitutionnelle par une juridiction. Ce cas de figure donne naissance à ce que Carlos Bernal appelle les normes infraconstitutionnelles ⁽⁵⁴⁾.

Ces normes sont situées à un rang inférieur à celui des normes fondées sur des dispositions constitutionnelles. Elles doivent être déclarées inconstitutionnelles si elles sont contraires à la Constitution. Néanmoins, si elles sont acceptées dans la pratique, n'étant pas déclarées inconstitutionnelles, elles viennent remplacer implicitement les normes constitutionnelles contraires et doivent donc être considérées comme une autre catégorie de normes constitutionnelles.

3. Normes constitutionnelles supra-constitutionnelles, inconstitutionnelles et ineffectives

3.1. Les normes constitutionnelles supra-constitutionnelles

Certaines normes constitutionnelles sont jugées d'une valeur supérieure aux autres. La jurisprudence allemande est instructive sur ce point. La Loi fondamentale allemande est considérée comme un ensemble hiérarchisé de principes qui comprend les règles fondant l'ordre étatique et les droits de l'homme, avec la dignité humaine au sommet ⁽⁵⁵⁾. De fait, certaines normes constitutionnelles sont souvent considérées comme dotées d'une valeur supra-constitutionnelle, au-dessus du pouvoir de modification de la Constitution, et non susceptibles d'être modifiées. Ainsi, le paragraphe 3 de l'article 79 de la Loi fondamentale de 1949 interdit toute modification qui toucherait à l'organisation de la Fédération en Länder, à la dignité humaine, à l'ordre constitutionnel et aux principes institutionnels fondamentaux décrivant l'Allemagne comme un État fédéral démocratique et social.

Il ne s'agit pas là d'une norme constitutionnelle exceptionnelle. Dans le monde, environ 40 % des Constitutions comprennent aujourd'hui de telles dispositions non modifiables, qui protègent de toute modification les normes constitutionnelles les plus fondamentales, considérées comme les piliers de l'ordre constitutionnel et garantissant à la Constitution son identité ou son esprit ⁽⁵⁶⁾.

Les normes fondamentales les plus importantes sont souvent associées à un niveau d'intangibilité plus élevé. Rosalind Dixon et David Landau désignent ce principe sous le terme de conception constitutionnelle à plusieurs niveaux ⁽⁵⁷⁾. Les normes fondamentales de l'ordre constitutionnel sont ainsi préservées, puisqu'il est plus difficile de les modifier que les normes constitutionnelles ordinaires, même si cela n'est pas totalement impossible. Par exemple, la Constitution du Nicaragua de 1987 prévoit différentes procédures pour une réforme partielle et une réforme totale. Une distinction procédurale semblable entre réforme et modifications figure dans la Constitution du Paraguay de 1992. Par ailleurs, certains principes ne peuvent être modifiés que par référendum, comme en Biélorussie (1994), en Estonie (1992), en Lettonie (1992) ou en Lituanie (1992). Ainsi, le degré d'intangibilité peut varier non seulement entre les différentes Constitutions, mais aussi au sein d'un même texte constitutionnel pour différents principes et dispositions ⁽⁵⁸⁾.

La supra-constitutionnalité peut aussi être implicite. Le fait qu'une Constitution ne contienne pas de parties qui soient expressément non modifiables ne signifie pas nécessairement que le pouvoir de modification constitutionnelle soit absolu et que toutes les parties de la Constitution soient modifiables. Dans le monde, plusieurs cours constitutionnelles ont déclaré que certains principes ou certaines caractéristiques fondamentales de la Constitution étaient si impératifs pour l'ordre constitutionnel qu'ils se situaient au-delà du pouvoir de modification, et ce, même sans limitation explicite. L'exemple le plus célèbre de cette doctrine judiciaire d'interdiction implicite de modification est celui de l'Inde, où la Cour suprême a estimé que le pouvoir du Parlement indien « *de modifier la Constitution ne comprend pas le pouvoir de modifier la structure fondamentale ou le cadre de la Constitution de manière à modifier son identité* » ⁽⁵⁹⁾. Cette interdiction implicite de modification est apparue dans la jurisprudence d'autres cours, notamment au Bangladesh, au Pakistan, au Belize et en Slovaquie.

3.2. Les normes constitutionnelles inconstitutionnelles

Certaines normes constitutionnelles sont en fait des normes constitutionnelles inconstitutionnelles ⁽⁶⁰⁾. Au point précédent, nous avons indiqué comment différentes Constitutions prévoyaient que certaines normes constitutionnelles soient considérées comme non modifiables. Il s'ensuit, dans de nombreux cas, que si une modification constitutionnelle viole ces normes protégées, une telle action peut être déclarée inconstitutionnelle et nulle. Ainsi, bien que la norme ait été intégrée dans la Constitution (si elle a été régulièrement adoptée), elle est déclarée inconstitutionnelle en raison d'une irrégularité de fond ⁽⁶¹⁾.

L'irrégularité et la déclaration d'inconstitutionnalité d'une norme constitutionnelle peuvent aussi être fondées sur des motifs procéduraux. C'est le cas lorsqu'une modification n'a pas été adoptée selon la procédure.

Ainsi, en Autriche, la Loi constitutionnelle fédérale de 1920 fait une distinction procédurale entre la révision partielle et la révision totale. La première est soumise à une adoption par le Parlement et la deuxième est soumise à une adoption et à un référendum (article 44). Dans une décision rendue en 2001, la Cour constitutionnelle a annulé une modification constitutionnelle qui dispensait certaines lois des Länder d'un contrôle judiciaire. La Cour constitutionnelle a estimé que cette privation de l'autorité normative de la Constitution violait le principe fondamental de l'État de droit. Elle a jugé que la modification était en fait une révision totale qui requérait un référendum. Dès lors que la modification avait été adoptée par le Parlement sans référendum, elle devait être déclarée inconstitutionnelle et a été annulée⁽⁶²⁾. Dans une décision plus récente, la Cour suprême du Kenya a estimé qu'une modification constitutionnelle proposée par le président Uhuru Kenyatta était inconstitutionnelle, car le président ne pouvait pas proposer une modification de la Constitution par la voie d'une initiative populaire⁽⁶³⁾.

Dans une étude récente, Michael Hein s'est penché sur le contrôle judiciaire des modifications constitutionnelles dans 49 pays européens dotés d'une Constitution intangible, de 1945 à 2016. Il a dénombré 154 décisions sur la constitutionnalité des modifications de la Constitution. Selon son analyse, dans 44 d'entre elles, les modifications ont été déclarées inconstitutionnelles. Parmi les 44 invalidations, 38 étaient fondées sur une clause générale de constitutionnalité, 5 avaient été prises sur des motifs procéduraux et 1 était justifiée par la suprématie du droit international⁽⁶⁴⁾.

3.3. Les normes constitutionnelles ineffectives

Les normes constitutionnelles peuvent être appliquées de différentes manières. Elles peuvent l'être par les juridictions ou sous réserve d'une mise en œuvre politique⁽⁶⁵⁾. Toutefois, il ne suffit pas qu'une prescription normative figure dans le texte constitutionnel. Il faut qu'elle soit appliquée conformément à une théorie ou à une analyse. Cette distinction peut provoquer ce que Lawrence Sager appelle un « *glissement* » entre une norme constitutionnelle et son application. Cet auteur montre comment, aux États-Unis, la clause de protection égale du quatorzième amendement est une norme constitutionnelle qui a été, dans une grande mesure, sous-appliquée par les juridictions fédérales. Il soutient que les normes constitutionnelles non appliquées doivent néanmoins garder leur plein statut de lois constitutionnelles positives et, en conséquence, être appliquées par l'Administration, le Congrès et les juridictions d'État⁽⁶⁶⁾.

Toutefois, il se peut aussi que des parties du texte écrit n'appartiennent pas effectivement à la Constitution. Des dispositions constitutionnelles peuvent perdre leur autorité et devenir inopérantes si elles ne sont pas appliquées ni utilisées d'une quelconque manière. Une norme constitutionnelle qui n'est pas appliquée par les juges ou les fonctionnaires peut cesser d'être valide. Comme Hans Kelsen l'a écrit, toute norme peut perdre son effectivité et, en conséquence, sa validité, si elle n'est pas appliquée : « *Une norme peut perdre son effectivité et par conséquent aussi sa validité, par l'effet de la coutume, si de manière constante, elle n'est pas respectée ni appliquée...* »⁽⁶⁷⁾. Ainsi, selon Kelsen, une norme constitutionnelle existante peut perdre sa validité parce qu'elle n'est pas appliquée, exécutée ou respectée⁽⁶⁸⁾.

De fait, Richard Albert a récemment montré comment une disposition constitutionnelle intangible « *perd sa valeur contraignante pour les acteurs politiques si elle a été inappliquée de manière consciente et prolongée et a été publiquement abandonnée par les acteurs politiques antérieurs* ». Il qualifie ce phénomène de désuétude constitutionnelle⁽⁶⁹⁾. Ainsi, selon lui, bien que les pouvoirs britanniques de réserve et de désaveu à l'égard du Canada demeurent inchangés dans le texte de la Loi constitutionnelle (*Constitution Act*) de 1867, ils se sont effectivement éteints par désuétude constitutionnelle (ils n'ont pas été invoqués depuis les années 1870) et ne sont plus contraignants⁽⁷⁰⁾.

En conséquence, bien que la disposition constitutionnelle demeure formellement inscrite dans le texte constitutionnel, elle a été abrogée de manière informelle, au fil du temps et compte tenu de son inapplication⁽⁷¹⁾. La norme constitutionnelle a été remplacée par une plus récente.

E) Conclusion

Les normes constitutionnelles présentent différentes formes et dimensions. Elles sont parfois écrites, parfois non écrites. Elles peuvent faire partie de la Constitution ou en être séparées, voire figurer à un niveau inférieur.

Pour connaître et reconnaître une norme constitutionnelle, il faut bien plus qu'une simple observation du texte constitutionnel. Il faut notamment une bonne connaissance des principes constitutionnels fondamentaux, des décisions jurisprudentielles, des pratiques politiques, des lois sous-constitutionnelles et enfin, du contexte, afin de pouvoir distinguer ce qui relève de la Constitution et ce qui n'en relève pas.

(1) : * Professeur associé, Faculté de droit Harry Radzyner, Université Reichman. Je remercie Adi Zaharia pour son aide précieuse.

(2) : M. J. Perry, *What Is « the Constitution » ? (and Other Fundamental Questions)*, in L. Alexander (ed.), *Constitutionalism : Philosophical*

- (3): R. M. Dworkin, « The Model of Rules », *University of Chicago Law Review*, n° 35, 1967, p. 35 14, 25 ; R. Alexy, « On the Structure of Legal Principles », *Ratio Juris*, n° 13, 2000, p. 294, 295.
- (4): R. M. Dworkin, « The Model of Rules », *University of Chicago Law Review*, n° 35, 1967, p. 35 14, 25 ; R. Alexy, « On the Structure of Legal Principles », *Ratio Juris*, n° 13, 2000, p. 294, 295.
- (5): Z. Besarion, « Problems with the Verification of Constitutional Norms and Constitutionality », *Constitutional Law Review*, n° 8, 2015, p. 3, 9.
- (6): A. Chilton, M. Versteeg, « Identifying Constitutional Law », 7 décembre 2021, disponible sur : [<https://ssrn.com/abstract=3980207>]
- (7): B. Akzin, « The Place of The Constitution in The Modern State », *Israel Law Review*, n° 2, 1967, p. 1.
- (8): L. Colley, *The Gun, The Ship, and the Pen : Warfare, Constitutions, and the Making of the Modern World*, Liveright Publishing Corporation, 2021, p. 4.
- (9): Z. Elkins, T. Ginsburg, J. Melton, *The Endurance of National Constitutions*, Cambridge University Press, 2009, p. 48-50.
- (10): J. Pryor, « Unwritten Constitutions ? British Exceptionalism and New Zealand Equivocation », *European Journal of English Studies*, n° 11, 2007, p. 79.
- (11): R. Blackburn, *Constitutional Amendment in the United Kingdom*, in X. Contiades (ed.), *Engineering Constitutional Change : A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA*, Routledge, 2013, p. 359.
- (12): H.W.O. Okoth-Ogendo, *Constitutions without Constitutionalism : Reflections on an African political paradox*, in Douglas Greenberg et al. (eds.), *Constitutionalism and Democracy : Transitions in the Contemporary World*, Oxford University Press, 1993, p. 65.
- (13): K. Loewenstein, « Réflexions sur la valeur des Constitutions dans une époque révolutionnaire », *Revue française de science politique*, n° 2, 1952, 5-23, 312-334.
- (14): D. S. Law, M. Versteeg, « Sham Constitutions », *California Law Review*, n° 101. P. 863.
- (15): J. Bryce, « Flexible and Rigid Constitutions », in *Studies in History and Jurisprudence I*, 1901, p. 127.
- (16): J. Waldron, « Are Constitutional Norms Legal Norms », *Fordham Law Review*, n° 75, 2006, p. 1697, 1711.
- (17): G. Thomas, *The (Un)Written Constitution*, Oxford University Press, 2022 ; R. Albert, R. Williams, Y. Roznai (eds.), *Amending America's Unwritten Constitution*, Cambridge University Press, forthcoming 2022.
- (18): R. Albert, *Constitutional Amendments : Making, Breaking, and Changing Constitutions*, Oxford University Press, 2019.
- (19): D. Ziskind, « U.S. Constitutional Norms and Their Offspring », *American Journal of Comparative Law, Supplement n° 30*, 1982, p. 389-410.
- (20): T. Ginsburg, E. A. Posner, « Subconstitutionalism », *Stanford Law Review*, n° 62, 2010, p. 1583-1628.
- (21): J. Jusa, *Constitutional Mentality*, P. Letto-Vanamo, D. Tamm, B. O. Gram Mortensen (eds.), *Nordic Law in European Context*, Springer, 2019, p. 41-60.
- (22): S. Navot, « Israel », in D. Oliver, C. Fusaro, *How Constitutions Change : A Comparative Study*, Hart Publishing, 2011, p. 191.
- (23): J. Kudrna, « Two Preambles in the Czech Constitutional System », *Acta Juridica Hungarica*, n° 52, 2011, p. 19.
- (24): A. Somek, « Constitutional Theory as a Problem of Constitutional Law. On the Constitutional Court's Total Revision of Austrian Constitutional Law », *Israel Law Review*, n° 32, 1998, p. 567.
- (25): G. Dobrovičová, « Interpretation of Constitution or of Constitutional Act by the Constitutional Court of the Slovak Republic », *Przegląd Prawa Konstytucyjnego*, n° 6, 2019, p. 157.

(26) : R. M. Rahimbaeva, A. Zh. Tussupova, « Legal Analysis of The Adoption Procedure of Constitutional Laws in Foreign Countries », *KazNU, Bulletin n° 4*, 2015, p. 169.

(27) : *Ibid.*, p. 166-167.

(28) : *Thoburn v Sunderland City Council* [2003] QB 151, para. 62.

(29) : *Frenette v Metropolitan Life Insurance Co.*, [1992] 1 SCR 647, 673.

(30) : R. Albert, J.I. Colon-Rios, « The space between ordinary and constitutional law », in R. Albert, J.I. Colon-Rios, *Quasi-Constitutionality and Constitutional Statutes : Forms, Functions, Applications*. Routledge, 2019, p. 1, 2.

(31) : W. N. Eskridge, Jr. et J. Ferejohn, « Super-Statutes », *Duke Law Journal*, n° 50, p. 1215-1216, 1230-1231.

(32) : A. Barak, « On Constitutional Implications and Constitutional Structure », in D. Dyzenhaus, M. Thorburn (eds.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford University Press, p. 53.

(33) : Z. Szente, « The Interpretive Practice of the Hungarian Constitutional Court : A Critical View », *German Law Journal*, n° 14, 2013, p. 1592.

(34) : R. Uitz, « Lessons from the Abolition of Capital Punishment in Hungary : A Fortuitous Constellation Amidst and Beyond Democratic Transition », *Acta Juridica Hungarica*, n° 45, 2004, p. 67.

(35) : *Lange v. Australian Broadcasting Corporation*, (1997) 189 C.L.R. 520.

(36) : B. Ackerman, « Constitutional Politics/Constitutional Law », *Yale Law Journal*, n° 99, p. 453, 525.

(37) : [2019] UKSC 41, para. 39, [https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2019-0192-judgment.pdf?fbclid=IwAR3cTBCSGvPP7ByGQ7L_5FZBpmWKY1FSaQmPWB9TE17ZtOsvJLG5y3QReIQ].

(38) : H.-R. Zhou, « Legal Principles, Constitutional Principles, and Judicial Review », *American Journal of Comparative Law*, n° 67, 2019, 899-930.

(39) : *Toronto (Cité) c. Ontario (Procureur général)*, 2021 CSC 34, paragr 54.

(40) : *Ibid.*, para. 55-56.

(41) : M. Graber, « The Unwritten Constitutions of the United States », in Albert, Williams, Roznai, note 17.

(42) : L. H. Tribe, *The Invisible Constitution*, Oxford University Press, 2008 ; R. Dixon, A. Stone (eds.), *The Invisible Constitution in Comparative Perspective*, Cambridge University Press, 2018.

(43) : J. L. Marshfield, « Courts and Informal Constitutional Change in the States », *New England Law Review*, n° 51, 2017, p. 453 ; D. Grimm, « Constitutional Adjudication and Constitutional Interpretation : Between Law and Politics », *NUJS Law Review*, n° 4, 2011, p. 15, 27.

(44) : 5 U.S. 137 (1803).

(45) : CA 6821/93, *United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village*, P.D. 49(4) 221.

(46) : G. J. Jacobsohn, Y. Roznai, *Constitutional Revolution*, Yale University Press, 2020, p. 210-211.

(47) : J. S. Gould, « Codifying Constitutional Norms », *Georgetown Law Journal*, n° 109, 2021, p. 703,711.

(48) : B. Sinani, A. Dumi, « A View on the Customs and the Constitutional Conventions as Subsidiary Sources of the Constitutional Law », *Mediterranean Journal of Social Sciences*, n° 3, 2012, p. 109.

(49) : I. Jennings, *The Law and The Constitution*, University of London Press, 1959, p. 136.

(50) : A. Vermeule, *Conventions in Court*, Dublin University Law Journal, n° 38, 2015, p. 283, 284.

- (51): F. Ahmed, R. Albert, A. Perry, *Judging Constitutional Conventions*, International Journal of Constitutional Law, n° 17, 2019, p. 787.
- (52): *Second Judges Case*, (1993) 4 S.C.C. 441, 449, 551.
- (53): M. De Merieux, « The Codification of Constitutional Conventions in the Commonwealth Caribbean Constitutions », *The International and Comparative Law Quarterly*, n° 31, 1982, p. 263
- (54): C. Bernal, « Informal Constitutional Change : A Critical Introduction and Appraisal », *American Journal of Comparative Law*, n° 62, 2014, p. 493, 495.
- (55): 1BVerfGE 14, 32 (1951).
- (56): Voir Y. Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendment : The Limits of Amendment Power*, Oxford University Press, 2017 ; S. Suteu, *Eternity Clauses in Democratic Constitutionalism*, Oxford University Press, 2021.
- (57): R. Dixon, D. Landau, « Tiered Constitutional Design », *86 George Washington Law Review*, n° 86, 2018, p. 438, 448-49.
- (58): R. Albert, « The Structure of Constitutional Amendment Rules », *Wake Forest Law Review*, n° 49, 2014, p. 913.
- (59): *Kesavananda Bharati v State of Kerala*, (1973) SCC 225.
- (60): O. Bachof, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*, J.C.B. Mohr, 1951.
- (61): Roznai, note 55.
- (62): Décision du 10 mars 2001, G 12/00, G 48-51/00, O. Pfersmann, *Unconstitutional Constitutional Amendments : A Normativist Approach*, 67 ZÖ, n° 67, 2012, 81.
- (63): Petition No. 12 of 2021 (consolidated with Petitions 11 & 13 of 2021 -- Building Bridges Initiative -- BBI full Supreme Court Judgement (5 avril 2022)).
- (64): M. Hein, *The Least Dangerous Branch ? Constitutional Review of Constitutional Amendments in Europe*, in M. Belov (ed.), *Courts, Politics and Constitutional Law : Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary*, Routledge, 2019, p. 187, 194-195.
- (65): T. C. Grey, *Constitutionalism : An Analytic Framework*, NOMOS, n° 20, 1979, p. 189, 195-201.
- (66): L. G. Sager, « Fair Measure : The Legal Status of Underenforced Constitutional Norms », *Harvard Law Review*, n° 91, 1978, p. 1212, 1213-2015, 1221, 1264-1281.
- (67): H. Kelsen, « Derogation », in H. Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, D. Reidel Publishing Company, 1973, p. 261, 264.
- (68): H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, Max Knight transl., 2d ed., 1978, p. 213.
- (69): R. Albert, « Constitutional Disuse or Desuetude : The Case of Article V », *Boston University Law Review*, n° 94, 2014, p. 1029, 1031.
- (70): R. Albert, « Constitutional Amendment by Constitutional Desuetude », *American Journal of Comparative Law*, n° 62, 2014, p. 641, 660.
- (71): *Ibid.*, p. 654.

Citer cet article

Yaniv ROZNAI. « La classification des normes constitutionnelles », Titre VII [en ligne], n° 8, *Les catégories de normes constitutionnelles*, avril 2022. URL complète : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/la-classification-des-normes-constitutionnelles>