

Jörg Gerkrath

# Signification et fonctions d'une constitution

La notion de constitution est une des notions juridiques les plus complexes et est susceptible de définitions divergentes. Chercher à déterminer le sens de la notion de constitution relève de la « mission impossible » car cette notion se caractérise avant tout par une pluralité de dimensions et par sa polysémie. Déjà dans le langage courant il peut prendre plusieurs sens. Il en est ainsi de l'allemand « *Verfassung* » comme du français « constitution » qui peuvent tour à tour désigner l'état physique dans lequel se trouvent une personne, une chose ou un pays ou bien l'ensemble de règles fondamentales formant la constitution d'un État au sens juridique.

Deux critères de définition sont généralement privilégiés dans la doctrine juridique : le critère formel et le critère matériel. Il semble néanmoins que la notion de constitution ne prenne toute sa signification que lorsqu'on tient compte des fonctions qui lui sont assignées. Car les constitutions, telles qu'on les connaît aujourd'hui, et notamment dans les pays européens, sont apparues dans un contexte précis avec un objectif précis. Elles ont leur origine dans le constitutionnalisme, ce mouvement né au siècle des Lumières qui s'est efforcé avec succès de limiter l'absolutisme et le despotisme des pouvoirs monarchiques. C'est parce que sa fonction est de pro-

téger la liberté individuelle et de limiter le pouvoir que la constitution a pris une certaine forme et se présente avec un certain contenu. Ainsi, la constitution se définit d'abord par ses fonctions qui rejaillissent sur sa forme particulière.

## I. Les fonctions de la constitution

La constitution a pour objet primordial de régler l'organisation d'un État. Celui-ci étant une personne morale, il a besoin d'un statut pour exister et pour fonctionner. Ce statut est sa constitution.

---

**En insérant l'exercice de toute autorité dans un cadre juridique, la constitution enlève au pouvoir l'arbitraire pour le rendre prévisible et stable.**

---

Sans vouloir entrer dans le débat de savoir si c'est la Constitution qui crée l'État ou l'État qui engendre la Constitution, il est clair qu'on ne peut parler d'État sans que le pouvoir s'y trouve institutionnalisé sous une certaine forme.

En tant que statut juridique de l'État, la constitution remplit ensuite une deuxième fonction : elle fixe son identité politique. Les règles fondamentales relatives à la forme de l'État, à la forme de son gouvernement et à son régime politique se trouvent normalement dans la constitution. Ces deux premières fonctions s'appliquent à toutes les con-

stitutions qu'elles soient démocratiques et d'inspiration libérale ou au contraire despotiques.

D'après une définition empruntée à Marcel Prélôt, la constitution fixe les règles juridiques « suivant lesquelles s'établit, s'exerce et se transmet le pouvoir politique ». Elle poursuit à ce titre quatre buts qui sont la fondation, la légitimation, la distribution ainsi que la limitation du pouvoir. La fonction fondatrice ou constitutive de pouvoir (*herrschaftsbegründend*) apparaît le plus nettement lorsqu'il s'agit de l'établissement d'une constitution nouvelle à la suite d'une révolution ou d'un autre événement ayant mis fin au régime précédent. Les nouveaux organes mis en place exerceront alors sans exception un pouvoir qui leur est conféré par la constitution et dont l'origine est le pouvoir originaire ou pouvoir constituant, qui reste lui antérieur et extérieur à la constitution. L'idée est déjà ancienne : les pouvoirs constitués ne peuvent contester la constitution sans anéantir par là leur existence légale.

C'est également la constitution qui assure au pouvoir sa légitimation. Selon la définition attribuée à Max Weber, « la légitimité est la qualité d'un système politique qui lui permet d'assurer l'adhésion de la majorité des citoyens sous la forme d'une tolérance passive ou d'un soutien actif ». Étant donné qu'en Europe, la seule source de légitimité du pouvoir est désormais le consentement exprimé directement ou indirectement par le peuple, on comprendra que la

fonction de légitimation démocratique du pouvoir implique une manifestation du suffrage universel.

Le Pouvoir une fois légitimement constitué, il reste à en organiser l'exercice en distribuant des compétences entre les différents organes étatiques et en établissant les procédures qui permettent la prise de décision politique. La constitution doit en effet faire en sorte que les multiples opinions et intérêts qui coexistent au sein de la société puissent s'exprimer à travers les procédures constitutionnelles pour déboucher sur des décisions qui engagent la collectivité entière.

Le contrôle et la limitation du pouvoir est certainement la fonction essentielle de la constitution. En insérant l'exercice de toute autorité dans un cadre juridique, la constitution enlève au pouvoir l'arbitraire pour le rendre prévisible et stable. Le constitutionnalisme impose donc des bornes au pouvoir même si on peut douter que cette « barrière de papier » est suffisante en soi.

A l'égard des individus la constitution exerce une double fonction : l'intégration du groupe et la protection des droits et des libertés individuels. Le texte de la constitution est en règle générale trop peu connu du grand public pour qu'elle soit en mesure d'exercer directement une fonction intégrative. Ce sont plutôt certaines institutions symboliques mieux connues, telles que la Couronne, une déclaration des droits, les drapeaux et les hymnes, qui peuvent assurer ce rôle. La fonction d'intégration a néanmoins été mise en avant en ce qui concerne la Loi fondamentale allemande de 1949. Le « *Verfassungspatriotismus* », qu'on a cru déceler en Allemagne fédérale, forme un concept théorique qui cherche à fonder l'unité politique non pas sur l'élément national mais sur un élément rationnel : l'identification des citoyens à leur constitution.

Comment la constitution peut-elle remplir sa fonction d'intégration ? Ceci dépend naturellement de la culture politique et de la situation historique dans laquelle elle s'insère. Le grand âge d'une constitution comme celle des États-Unis d'Amérique lui confère une forte valeur d'intégration. Les textes plus récents peuvent réaliser leur fonction d'intégration en mettant en place des institutions capables de provoquer chez les citoyens une identification quant

aux valeurs et buts poursuivis. Dans le texte de la constitution ce sont précisément les dispositions sur les valeurs, les droits de l'homme et les buts de l'État qui servent d'orientation. Pour y arriver, la constitution doit le cas échéant remplir une fonction « pédagogique » afin que son contenu soit – selon les mots de la déclaration de 1789 – « constamment présente à tous les membres du corps social ». Il s'ensuit qu'elle doit être rédigée dans un style clair et compréhensible.

---

**La souplesse et la capacité  
d'adaptation d'une constitution  
sont en effet les gages de sa  
longévité. Si la constitution ne  
peut être modifiée, elle sera  
contournée ou abrogée.**

---

Dans la logique de la doctrine du constitutionnalisme, la fonction centrale de toute constitution est la garantie des droits fondamentaux de la personne humaine. En aménageant la garantie des droits, la séparation des pouvoirs ainsi qu'une représentation politique des citoyens, la constitution établit un système de garanties de la liberté. Pour citer ce que Montesquieu disait à propos de la Constitution d'Angleterre en 1748, « elle a la liberté politique pour objet direct ». Le droit constitutionnel est pour ainsi dire « la technique de la liberté ». Cela implique le recours à certaines prescriptions formelles.

## II. La constitution au sens formel

Pour assurer de façon satisfaisante les différentes fonctions décrites ci-dessus, une certaine forme constitutionnelle s'est avérée plus particulièrement efficace. Il s'agit de la constitution adoptée solennellement sous forme d'un document écrit auquel on confère le rang suprême dans la hiérarchie des normes en le soumettant à une procédure de révision plus contraignante que celle applicable pour les lois ordinaires, ainsi qu'en soumettant les lois ordinaires à un contrôle juridictionnel de leur constitutionnalité.

Le caractère écrit est de nos jours le premier critère de la constitution au sens formel. Les raisons qui ont poussé les peuples à se donner des constitutions écrites sont clairement exposées dans le

Préambule de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : « afin que les actes du pouvoir législatif et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés ; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous ».

Il ne faut pas confondre la distinction entre constitutions écrites et coutumières et celle entre constitutions souples et rigides. Par définition, la constitution rigide ne peut être modifiée qu'en suivant une procédure spéciale plus contraignante que la procédure législative ordinaire. Elle suppose donc l'existence d'une constitution écrite. Ainsi, la Grande-Bretagne a une constitution qui est à la fois coutumière et souple en ceci que le Parlement britannique peut modifier la constitution par une loi ordinaire ce qui a amené Alexis de Tocqueville à écrire qu'elle « n'existe point ».

Le terme « constitution » prend un deuxième sens lorsqu'on veut expressément indiquer par là qu'il existe un document solennel qui renferme, sinon la totalité du moins la majorité des règles matériellement constitutionnelles. On parle alors de la constitution au sens instrumental. C'est probablement cette signification-là que Thomas Paine avait en tête quand il disait de la constitution qu'il faut pouvoir la mettre dans sa poche. Dans son ouvrage principal, *Les Droits de l'Homme*, il écrit : « Une constitution n'est pas une chose qui n'existe que nominale mais également en fait. Elle n'a pas d'idéal, mais une existence réelle ; et là où elle ne peut être présentée dans une forme visible, il n'y en a point. »

En mettant l'accent sur le moment de son élaboration, la constitution apparaît comme ce qui résulte d'un effort de constituer. Elle se présente comme un acte du pouvoir constituant originel. L'accent de la définition est donc mis sur le fait qu'il s'agit d'un acte juridique (l'acte de donner une constitution) qui se présente comme un acte constituant parce qu'il est l'œuvre du pouvoir constituant.

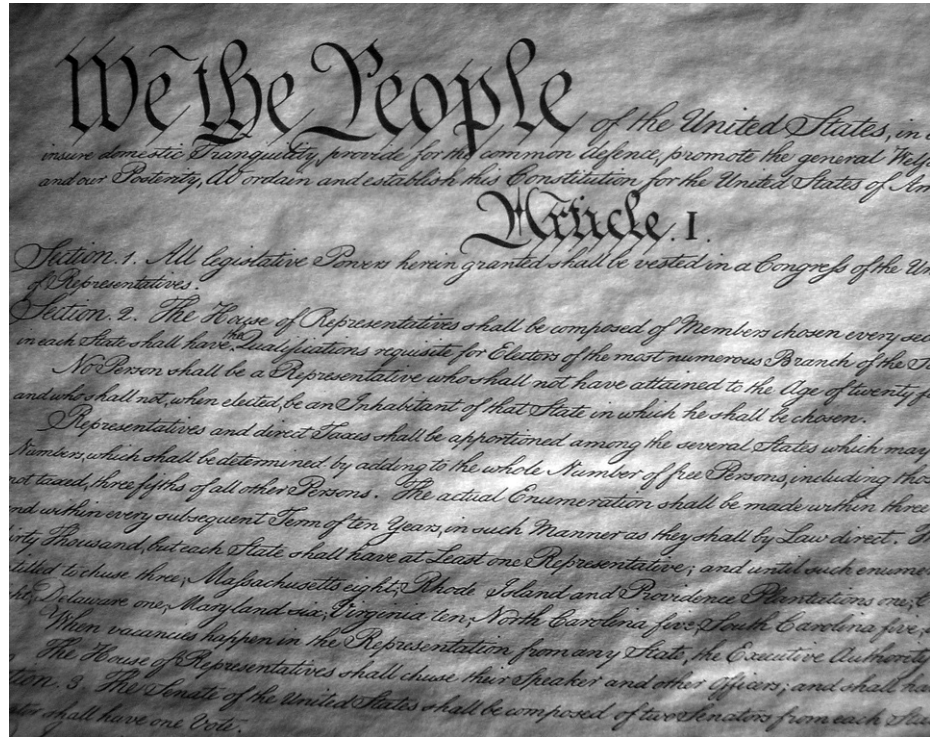
La difficulté qui surgit alors est de savoir si le pouvoir constituant relève du domaine du droit positif ou s'il lui est

antérieur et doit s'analyser comme un pouvoir de fait, une « volonté ». Avec le pouvoir de révision, on se situe sur un terrain plus stable. Celui-ci est en effet un pouvoir constitué, et en cela il est aisément identifiable, il suffit de rechercher dans le texte de la constitution quelle est l'autorité ou les autorités qui ont été investies de ce pouvoir. Les constitutions européennes ont consacré à cet égard des solutions qui sont toutes inspirées d'un souci de légitimation démocratique de la révision. Celle-ci implique le plus souvent une intervention de l'organe parlementaire, le cas échéant après un renouvellement de celui-ci ou en combinaison avec un référendum qui peut être obligatoire ou facultatif.

Dans la mesure où rien n'interdit cependant de confier le pouvoir de révision constitutionnelle au législateur ordinaire, lequel doit alors observer une procédure plus contraignante ou statuer à une majorité renforcée, on comprend que le critère organique ne permet pas de définir avec certitude ce qui fait la spécificité des règles constitutionnelles. Ce qui apparaît au contraire comme véritablement déterminant est l'existence d'une procédure de révision spéciale. On voit donc un troisième critère de la constitution au sens formel dans le fait qu'elle ne peut être formellement modifiée qu'en suivant une procédure plus contraignante que celle applicable pour l'adoption des lois ordinaires. Par rapport à la loi, la constitution se distingue de ce fait par sa rigidité accrue (*erschwerter Abänderbarkeit*).

La raison d'être d'une procédure de révision spéciale est d'assurer à la constitution une certaine stabilité dans le temps en la soustrayant à la volonté, supposée trop changeante, du législateur ordinaire. Force est de constater qu'en pratique les constitutions rigides ne sont pas nécessairement les plus stables car la stabilité est aussi une affaire de conjoncture et d'habitudes politiques. A cet égard, c'est même la constitution britannique qui peut se targuer de la plus grande stabilité.

Si les constitutions écrites prévoient donc en règle générale une procédure spéciale pour leur révision, il en va pour de bonnes raisons. La souplesse et la capacité d'adaptation d'une constitution sont en effet les gages de sa longévité. Si la constitution ne peut être modifiée, elle sera contournée ou abrogée. En



Constitution des États-Unis d'Amérique : son grand âge lui confère une forte valeur d'intégration.  
(© Jonathan Thorne – flickr.com)

prévoyant une procédure spéciale pour la révision constitutionnelle, le constituant a voulu soustraire la constitution à l'emprise des pouvoirs constitués et lui conférer une valeur supérieure aux lois ainsi qu'à toutes les autres normes juridiques. On remarquera que l'on assiste tant au Luxembourg que dans d'autres pays membres de l'Union européenne dans le passé récent à une « banalisation » des révisions constitutionnelles. Le trop fréquent recours à une procédure voulue exceptionnelle risque cependant de porter atteinte à l'éminence de la constitution et de la faire apparaître comme une loi parmi d'autres.

La constitution est comprise comme la « norme des normes », celle qui détermine les conditions de validité de toutes les autres normes ainsi que la procédure applicable pour sa propre révision. En tant que telle « la Constitution a cessé d'être seulement une "idée" pour devenir une "norme", c'est-à-dire une règle juridique obligatoirement sanctionnée ».

Le système qui s'est imposé à cet égard consiste à mettre en place un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois ordinaires. Aujourd'hui la grande majorité des États membres de l'Union européenne connaissent la justice constitutionnelle soit en se référé-

rant au modèle européen inauguré par l'Autriche en 1920, qui suppose la mise en place d'une juridiction constitutionnelle spéciale, soit en suivant le modèle américain, qui charge les tribunaux ordinaires du contrôle de la constitutionnalité des lois. Dans la mesure où en Europe le contrôle de la constitutionnalité est aujourd'hui en voie de banalisation et qu'il tend à s'identifier avec un contrôle juridictionnel, il paraît judicieux de l'intégrer dans la définition formelle de la constitution. Celle-ci n'est véritablement la norme suprême qu'à la condition que cette suprématie puisse être efficacement assurée par un organe juridictionnel.

Au sens formel, la constitution s'entend dès lors comme l'ensemble des normes écrites, idéalement codifiées dans un document unique placé au sommet de la hiérarchie des normes, qui ne peut être modifié qu'en suivant une procédure de révision spéciale et dont la suprématie est effectivement assurée par un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. En ce sens on pourra donc soutenir que la Constitution luxembourgeoise n'a atteint sa maturité qu'avec la révision de son article 95 en 1996 et la mise en place de la Cour constitutionnelle en 1997. ♦