

Armel Le Divillec

L'ordre-cadre normatif. Esquisse de quelques thèses sur la notion de constitution¹

Il n'existe pas actuellement de théorie satisfaisante de la constitution dans la science du droit (je vise principalement ici la doctrine française, mais la remarque me semble assez largement valable pour les doctrines étrangères). On trouve certes différents courants doctrinaux, qui ou bien n'ont pas de théorie (sinon et de manière essentiellement implicite très rudimentaire voire fruste, que l'on peut ramener aux éléments suivants : une conception un peu caricaturale de la hiérarchie des normes, la conviction d'une vérité du droit écrit, autrement dit une sorte d'"objectivisme", un pseudo-positivisme, des conceptions centrées sur le juge n'est du droit que ce qui est sanctionné par un juge et, non moins importante, la croyance que le droit écrit a la capacité à embrasser à peu près entièrement les rapports entre les pouvoirs publics), ou bien s'appuient sur une théorie mais qui n'est pas spécifique à la constitution (plutôt une théorie générale du droit).

Or, il me semble qu'une théorie (ou : une notion théorique) de la constitution dont aurait besoin la science du droit aujourd'hui doit être un tant soit peu *opératoire* : j'entends par là qu'elle devrait pouvoir rendre compte de la façon dont les ordres constitutionnels contemporains fonctionnent réellement². Elle devrait donner des clés pour savoir quelles questions le juriste doit se poser pour comprendre et analyser une constitution donnée³.

¹ Les principaux éléments de ce texte ont été présentés le 14 juin 2010 au Séminaire de droit politique portant sur le thème "La constitution est-elle une norme ?", tenu à l'Institut Michel Villey dans le cadre d'un programme de recherche "A.N.R." animé par le Professeur Carlos Pimentel. Il convient de préciser qu'il s'agit d'un "papier de discussion" dans l'esprit de cette rubrique, à savoir un travail en cours d'élaboration mais ouvert au débat. En l'occurrence, il ne représente qu'une grossière esquisse, insuffisamment développée et ordonnée. Elle voudrait être le début d'une étude plus ambitieuse sur la notion de constitution. J'espère seulement pouvoir être tantôt éclairé, tantôt confirmé, tantôt contredit par les lecteurs éventuels.

² C'est le reproche majeur que l'on peut, me semble-t-il, adresser aux théories éminentes pourtant de Kelsen, de M. Troper et O. Pfersmann notamment : elles ne sont ni vraiment opératoires, ni vraiment explicatives.

³ En témoigne a contrario, par exemple, la façon assez désastreuse dont les manuels présentent généralement les constitutions étrangères (en se limitant généralement aux Etats-Unis, Royaume-Uni et parfois à l'Allemagne) : aux propos purement descriptifs se mêlent des affirmations tirées de propositions de type causal.

Parmi d'autres questions que posent les constitutions modernes, on peut relever que la doctrine constitutionnelle française n'aborde plus jamais sérieusement celle de l'application des constitutions (ou la dimension ontologique des constitutions?), sinon de manière très ponctuelle ou fragmentaire, mais alors elle y répond sans méthode et sans concept, en l'occurrence sans relier ce questionnement à la définition "normative" (ou pseudo-normative) qu'elle donne de la constitution⁴.

Le droit travaille avec des fictions et des abstractions, c'est entendu, mais... la question de la "fabrication" du droit constitutionnel est trop centrale et complexe pour que l'on se contente de la vulgate selon laquelle le "pouvoir constituant" "pose" une constitution écrite, claire, complète, que les pouvoirs constitués n'ont qu'à "appliquer".

Même lorsqu'ils admettent l'importance de l'interprétation en droit, les juristes restent majoritairement attachés à - voire sont obsédés par - l'idée de vérité du droit écrit⁵.

Un des buts de l'analyse juridique d'une constitution est de savoir :

- quelles sont les normes de droit constitutionnel positif, c'est-à-dire les normes réellement en vigueur (et non pas les normes "théoriquement en vigueur"), bref qui s'appliquent réellement.
- quels résultats produisent ces normes dans un "système politique" concret.

Dans les deux cas, il s'agit notamment d'établir un lien entre *sollen* et *sein* que nous a transmis la pensée kelsenienne (même si l'on pourrait probablement contester ce couple conceptuel infernal).

La dualité entre création du droit et application du droit est peut-être réductrice : il y a certainement l'étape intermédiaire de la *concrétisation*⁶ des énoncés à prétention normative.

⁴ A l'inverse de la doctrine allemande, qui s'en préoccupe depuis la contestation du positivisme labandien (ce qui ne veut pas dire qu'elle a trouvé des conclusions satisfaisantes. V. encore récemment, le débat au congrès annuel des publicistes allemands : Christian Hillgruber, Uwe Volkmann, "Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, t. 67, 2008).

⁵ Même, à sa manière, Pierre Avril, ne me paraît pas rompre avec ce postulat lorsqu'il conserve la distinction entre la "création du droit" distincte de son "application", pour préciser que les conventions ne portent que sur l'application du droit (V. notam. *Les conventions de la constitution*, 1997, p 160-161).

⁶ Concrétisation signifierait qu'il faille reconnaître une marge importante de liberté à la volonté des acteurs pour faire produire effet aux énoncés textuels d'une constitution

Quoi qu'il en soit, la constitution ne s'épuise pas dans l'acte initial dit constituant ; la constitution est aussi une création continue⁷. Elle est un mélange complexe entre une part statique et une part dynamique.

I. Quelques points (négatifs) d'accord relatif

Il est probable que l'on doit travailler simultanément avec plusieurs approches de la notion de constitution. Réduire la notion de constitution à un "atome" ultime n'est vraisemblablement pas possible.

Je commencerai par mentionner sans les expliciter plus avant certains points sur lesquels, il me semble, un accord peut se faire aisément parmi ceux qui contestent la façon dont on discute habituellement la notion de constitution.

- il est vain d'opposer "constitution juridique" et "constitution politique" : la stricte dualité droit/politique n'est pas pertinente car trop réductrice ; le droit est en grande partie le produit du politique c'est-à-dire de décisions, d'actes de volonté.

- une constitution n'est pas seulement une norme⁸, ni même une collection de normes.

- la constitution est plus qu'une loi suprême (dans les pays qui ont une constitution formelle, a fortiori dans les pays doté d'une constitution coutumière).

- le droit n'est pas que du "devoir-être" (*sollen*) ; il faut trouver un pont entre *sollen* et *sein*.

- la constitution en tant qu'ensemble de règles contraignantes ne préexiste pas à son application (même si l'idée d'une "vérité" de la constitution ne nous laisse pas en repos⁹) ; le texte ou l'énoncé n'est pas à lui seul la norme juridique.

écrite ou, a fortiori, pour formuler une règle non écrite, mais que, pour autant, leur liberté ne serait pas juridiquement entière comme le considèrent les théories les plus radicales de l'interprétation.

⁷ Ici, v. notam. P. Avril, *Les conventions...*, *op. cit.*, 1997 ou encore O. Cayla, "L'obscurcissement de la théorie du pouvoir constituant originaire ou l'illusion d'une identité souveraine inaltérable", *Mélanges Troper*, 2006, p 249-266.

⁸ Au sens de norme positive, une constitution formelle ou coutumière contient évidemment une pluralité de règles juridiques, à vrai dire, un grand nombre même (que l'on songe à toutes les compétences d'un organe).

⁹ Pour reprendre une formule de Pierre Avril.

- l'interprétation est au cœur du droit ; elle est, dans une large mesure, création du droit, mais l'observation des systèmes constitutionnels contemporains montre assez nettement, me semble-t-il, que cela ne peut aller jusqu'à affirmer que l'interprète possède une liberté absolue. Sous ce rapport, je crois au caractère relativement opératoire de la distinction entre "texture ouverte" et "texture fermée", qui mériterait d'être approfondie à partir de plusieurs exemples concrets)¹⁰.

II. Thèses

1. L'institutionnel précède le normatif¹¹ : les normes sont essentiellement posées par les institutions ; ce sont les institutions qui garantissent les normes et non l'inverse ; les normes ne se gardent pas toutes seules. Les institutions sont donc centrales pour une notion (raisonnablement) réaliste de constitution.

- Mais il serait réducteur de faire de la distinction entre constitution normative et constitution institutionnelle la *summa divisio* de la théorie constitutionnelle¹² : les institutions ne sont pas (dans un régime constitutionnel) du pur fait : elles sont encadrées par des normes (qu'elles contribuent à fabriquer). Une constitution n'est pas ou bien "normative" ou bien "institutionnelle" ; elle est simultanément les deux.

- De même me paraît devoir être rejetée la distinction faite par M. Troper entre la constitution comme "machine" (ou mécanisme) et comme norme¹³ qui, me semble-t-il, est assez comparable à la précédente distinction. L'idée de mécanisme me paraît très féconde, mais pas en opposition à celle de norme : le "mécanisme" ne serait qu'un fait (par opposition à une norme) ; or, comme précédemment, l'observation des constitutions est là pour rappeler que ce mécanisme

¹⁰ V. aussi, entre d'autres, le point de vue modéré de Hugues Dumont, "Les spécificités de l'interprétation constitutionnelle au seuil du XXI^e siècle", *Mélanges Delpérée*, Bruylant-L.G.D.J., 2007, p 477-500, qui s'appuie sur F. Ost et M. Van de Kerchove : la constitution est "une écriture interactive et continue d'un texte dont le premier constituant fut l'auteur empirique (qui a tenu compte des valeurs que lui inspirait l'auteur idéal, le peuple 'authentiquement constituant!...' (De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 2002, p 64).

¹¹ Je suis ici assez largement les développements qui me paraissent d'une grande justesse de Jean-Marie Denquin, « Approches philosophiques du droit constitutionnel », *Droits*, n°32, 2001, p 33-46. V. également, du même : "Eléments pour une théorie constitutionnelle", *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, vol. 8, 2006, p 103-142.

¹² Comme le fait aussi Olivier Beaud ("Constitution et droit constitutionnel", *Dictionnaire de la culture juridique*, 2003, p 258-262) que, pour une fois, je ne suivrais pas.

¹³ "La machine et la norme. Deux modèles de constitution", in Troper, *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, P.U.F., "Léviathan", 2001, p 147). Cette distinction est reprise par Pierre Brunet ("Constitution", in *Encyclopédia Universalis*).

est construit principalement au moyen de normes juridiques ; c'est un "système d'agencements contraignants" (pour reprendre une formule, je crois, de S. Rials).

- Accessoirement : La distinction entre constitution "descriptive" et constitution "normative"¹⁴ n'est pas davantage convaincante : il est douteux que le "normatif" existe par lui-même. Par ailleurs, la Constitution anglaise ou la Constitution de la III^e République française (ou encore toute constitution dans un Etat qui ne connaît pas de juridiction constitutionnelle¹⁵) ne peuvent pas être qualifiées de "descriptives" ; elles comportaient ou comportent une dimension normative : elles sont un cadre contraignant pour les acteurs, institutions et individus.

2. Le terme de "constitution" est, en réalité, souvent employé pour désigner autre chose qu'une loi suprême, même par la vulgate contemporaine qui magnifie cette dernière : nombre d'analyses parlant de "la constitution" visent en fait autre chose, notamment le "système politique" (ou politico-constitutionnel), c'est-à-dire non pas seulement toutes les normes juridiques en vigueur dans un corps politique donné mais l'ensemble des agencements contraignants effectivement produit dans ce corps.

Cela peut correspondre à l'idée d'un ordre constitutionnel (cf. infra).

3. Les constitutions écrites modernes sont au moins depuis l'avènement du principe démocratique¹⁶ davantage que la fixation de limites posées à l'Etat face au citoyen (fonction défensive ou négative, dans l'optique libérale classique : l'Etat est préexistant à la constitution) ; elles sont une organisation du pouvoir politique (fonction positive)¹⁷.

4. Toute constitution libérale-démocratique moderne contient :

a) un plan de gouvernement, mieux : un système de gouvernement (un système d'agencements contraignants pour gouverner le pays), ce qui suppose :

¹⁴ Spécialement mise en avant par E. Zoller, *Droit constitutionnel*, PUF, 1998.

¹⁵ C'était une tentation de Kelsen que de l'affirmer ("La garantie juridictionnelle de la constitution", RDP, 1928).

¹⁶ C'est-à-dire que, sauf exception (cas du Royaume-Uni, et de monarchies comparables : Canada, Nouvelle-Zélande notamment), aucune institution constitutionnelle n'est censée préexister à la constitution formelle.

¹⁷ Ulrich K. Preuss insiste, à juste titre, sur cette idée : "Der Begriff der Verfassung und ihre Beziehung zur Politik", in U.K. Preuss (dir.), *Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen*, Francfort s.M., Fischer, 1994, p 7-33 (26).

- des institutions

- des éléments d'attribution de compétences formelles à ces institutions¹⁸

- des éléments de procédure plus ou moins précis pour l'action des institutions

b) des indications générales sur les actes juridiques et leur coordination (par ex. l'art. 54 de la Constitution française)

c) des éléments permettant de protéger les droits subjectifs des individus (par ex. catalogue de droits fondamentaux, règles de procédures pour saisir un juge)

d) des principes :

- structurant l'ordre constitutionnel : par ex. forme républicaine, principe de souveraineté du peuple, pluralisme, etc...

- censés conditionner l'action des gouvernants : par ex. principe d'égalité (dans différentes déclinaisons), de laïcité, de l'Etat social, des "buts de l'Etat" (en gros, les "objectifs à valeur constitutionnelle")...

5. Droit de la constitution et système de gouvernement

Si l'on raisonne sur les pays dotés d'une constitution écrite et "rigide" (cas aujourd'hui - de très loin - le plus répandu dans le monde libre), force est de constater que le "droit constitutionnel positif" est formé - notamment - d'une collection de normes ponctuelles (telles que reconnues et appliquées par les institutions -- juge constitutionnel inclus, même s'il faut rappeler qu'il n'a pas nécessairement l'occasion de s'exprimer sur toutes ces normes). On peut l'appeler le "droit de la constitution" (pour reprendre la formule de Dicey, mais avec un sens différent). Ce droit de la constitution est composé des normes juridiques telles qu'elles résultent de l'interprétation et de la concrétisation des énoncés à prétention normative que l'on trouve dans les textes.

- Mais les constitutions modernes sont davantage que la collection des normes de droit constitutionnel positif car ces normes ne font sens que si elles sont mises en relation les unes avec les autres pour former un

¹⁸ Remarque complémentaire : il faudrait sans doute affiner ici la distinction entre les types de normes -- par ex. sur les compétences fortement conditionnées, sur les compétences discrétionnaires, etc...

système¹⁹. En particulier le "système de gouvernement" est bien autre chose que le droit de la constitution²⁰.

- Le système de gouvernement présente la partie la plus intéressante parce que la plus délicate d'une analyse constitutionnelle : la partie "garantie des droits individuels" n'offre pas la même complexité car il s'agit essentiellement d'un rapport (relativement) simple entre le législateur (Exécutif, administration et parlement), le citoyen et le juge (ce rapport est vertical et ponctuel). Au contraire, le plan de gouvernement met face à face différentes institutions a priori de même niveau, en concurrence pour l'exercice du pouvoir politique (ces rapports sont plutôt horizontaux et multipolaires) ; la plupart de leurs relations échappent d'ailleurs au juge (soit qu'il ne puisse être saisi, soit qu'il s'abstienne de statuer ou pratique du moins un *self-restraint*).

6. Des contraintes mais pas de causalité

- Le système de gouvernement d'un pays n'est pas la simple résultante d'une application mécanique du droit de la constitution : non seulement ce dernier est évidemment trop lacunaire pour fournir les réponses à toutes les questions pratiques requises pour faire fonctionner le système mais de plus - et surtout -- le système de gouvernement dépend de nombreuses conventions et pratiques (régulières ou ponctuelles), elles-mêmes dépendantes d'un grand nombre de faits politiques (résultat des élections, attitudes des personnalités, etc...).

- En d'autres termes, le droit de la constitution contribue à encadrer le système de gouvernement mais il ne le détermine pas.

*Ainsi, par exemple, la pratique "présidentialiste à la française" ne résulte *pas de façon logique*, automatique ou mécanique, de l'ensemble des normes juridiques (effectives) relatives au Président de la république, au gouvernement et au Parlement (notam. art. 5 à 51-2 C).

Il y a pourtant bien un système de gouvernement "présidentialiste" régulièrement pratiqué (avec des nuances mineures) depuis 1959 en

¹⁹ Les différents énoncés qui, une fois interprétés et/ou concrétisés sont reconnus comme des normes juridiques, n'ont, pour la plupart, de véritable raison d'être qu'en relation avec le système tout entier, et ne se justifient pas (ou rarement) isolément, pour elles-mêmes. Ainsi, les art. 49 et 50 de la Constitution de 1958 n'ont de sens que par référence implicite à autre chose, en l'occurrence un type de gouvernement responsable (que l'on entende cela dans un sens faible ou fort).

²⁰ J'avais commencé à esquisser cette distinction dans : « Le Prince inapprivoisé. De l'indétermination structurelle de la Présidence de la V^e République. (Simultanément une esquisse sur l'étude des rapports entre 'droit de la constitution' et 'système de gouvernement') », *Droits*, n°44, 2007, p 101-137.

France, et qui est bien considéré comme le "système" qui doit prévaloir pour l'essentiel, quel que soit le titulaire de la Présidence. Mais il est produit par l'articulation complexe et subtile entre des règles juridiques (énoncés interprétés et concrétisés), des règles non écrites et divers comportements et faits (par ex. les résultats des élections, l'attitude des partis politiques et des personnalités politiques). (Cette articulation ne peut évidemment se résoudre en une équation simple. Il incombe à la science du droit constitutionnel de se préoccuper aussi de comprendre cette équation.)

* Il est donc facile de constater qu'en effet, la constitution écrite n'ordonne rien de bien précis aux acteurs (institutions et individus)²¹.

- elle cherche à établir un "droit de la constitution" mais le pas à franchir pour obtenir un système de gouvernement est grand.

- On peut le montrer en recourant à l'analyse historique concrète des constitutions (plutôt que par une simple approche de théorie du droit, qui néglige les précédents concrets) :

La plupart des systèmes de gouvernement sont nés de transformations de la pratique à partir d'un substrat conçu pour un autre système de gouvernement, bref avant toute formulation positive et précise.

Le meilleur exemple est celui des régimes parlementaires, qui ont émergé par simple évolution coutumière ou conventionnelle d'un cadre de balance des pouvoirs dans une monarchie.

Pour les pays qui avaient ce type de "régime" en tête, on n'a pas trouvé des formules très nettes :

- cas exemplaire des Dominions britanniques : l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique (Canada) de 1867 (on veut évidemment instaurer un gouvernement de type parlementaire, mais sans le formuler positivement -- il n'y a même pas mention du principe de responsabilité politique du gouvernement devant le Parlement) ; il en a été de même pour l'Australie (Constitution fédérale de 1900), la Nouvelle-Zélande (loi constitutionnelle de 1852) ou d'autres encore.

²¹ Un autre exemple éloquent de la distinction entre droit de la constitution et système de gouvernement est fourni par l'usage du droit de dissolution en Allemagne fédérale (en 1982 et 2005) : la norme de l'art. 68 LF (droit de la constitution) ne pouvait pas aller jusqu'à déterminer le sens de son usage concret (le sens du mot "confiance" n'est évidemment pas de ceux qui se laissent "saisir par le droit", en tout cas pas autrement que sous un aspect purement formel : l'absence de vote favorable à la majorité absolue des députés). Ici, le contrôle juridictionnel par la Cour de Karlsruhe a atteint ses limites (limites que la Cour a su ne pas franchir dans ses deux arrêts).

- même cas des Lois constitutionnelles françaises de 1875 (on aménage simplement *a minima* le cadre structurel de la balance des pouvoirs sur le type Charte 1830 modernisé et adapté à la forme républicaine, en ajoutant la brève mention d'un principe de responsabilité politique... qui n'était pas défini positivement.)

- même cas de nombre de constitutions "rationalisées" d'Europe à partir des années 1920 (Tchécoslovaquie 1920, Pologne 1921, Grèce 1925 et 1927): au mieux, l'obligation de démissionner est codifiée, mais pas d'autres implications (par ex. la fonction élective ou au moins le vote de confiance préalable ; un bon exemple d'échec de la tentative de refonder le système de gouvernement fut la Constitution de Weimar, dont les énoncés écrits encadrant l'organisation du pouvoir fédéral étaient mal formulés, trop peu contraignants pour les acteurs et qui se sont avérés incapables à résister aux interprétations les plus grossièrement anti-parlementaires). Toutes ces incertitudes étaient d'autant plus graves qu'il n'y avait pas consensus sur la façon de décrire le système de gouvernement parlementaire.

- Il en va de même, évidemment, pour le système de gouvernement "présidentiel" inspiré des Etats-Unis. Non seulement celui-ci n'est pas sorti tout élaboré des esprits des pères de la Constitution de 1787 (il a été progressivement et pragmatiquement forgé avec le temps), mais il n'est pas davantage établi par un simple acte constituant dans les pays d'Amérique latine qui ont voulu le transposer.

- Ce qu'il y a dans une loi constitutionnelle écrite présuppose quantité de choses implicite (par ex. le principe de la souveraineté de l'Etat, ...)

- Sous ce rapport, la distinction entre "Constitution" et "lois constitutionnelles" mérite attention (même si l'on ne reprendra pas la notion de "constitution positive" de Carl Schmitt²², beaucoup trop axée sur une hypothétique volonté du pouvoir constituant. Toutes mes thèses sur l'interprétation, la concrétisation et finalement l'idée de création continue vont en sens inverse de la position schmittienne). Mais on peut en retenir que la constitution est davantage que les lois constitutionnelles.

Cette distinction permet, au passage, de marquer la différence entre le pouvoir constituant et le pouvoir de révision (du moins quand la procédure de révision exclut le corps électoral).

- Dans les pays de droit écrit, la loi constitutionnelle (j'entends : la constitution comprise comme une loi écrite suprême) n'est finalement

²² *Théorie de la constitution* (1928), trad. fr., PUF, 1993, p 151 et s.

que le support de "la Constitution", c'est-à-dire du système d'institutions partiellement régulé par des normes. D'ailleurs, une bonne notion de constitution devrait être pour l'essentiel applicable aux constitutions coutumières et aux constitutions souples.

III. Proposition de formule : l'ordre-cadre normatif

L'expression "ordre cadre" est la transposition de l'allemand *Rahmenordnung*, terme que j'emprunte à E.W. Böckenförde²³ ; le sens (ou la définition) que je lui donne est un peu différent(e).

- Il s'agit de quelque chose de normatif en ce sens qu'un ensemble de prescriptions obligatoires et reconnues existe effectivement dans un corps politique donné, qui ne sont pas totalement à la disposition des acteurs. (Mais, évidemment, ces normes juridiques ne sont pas posées par le seul (légi)constituant. Cf. supra sur le rôle des institutions)

- elle est ordre²⁴ car ces prescriptions ne peuvent être totalement isolées les unes des autres. Elles doivent être mises en relation les unes avec les autres. En principe, les parties ne prennent leur sens profond que par référence à l'ensemble : les droits fondamentaux doivent être conciliés entre eux, les principes constitutionnels également ; et s'agissant du système de gouvernement stricto sensu, une disposition du droit de la constitution n'est jamais que l'un des éléments d'appui du système.

²³ Notam. "Les méthodes d'interprétation de la constitution" (1976), in *Le droit, l'Etat et la constitution démocratique*, Bruylant-LGDJ, 2000, p 223ss (ici p 227 et 249-250). Egalement du même : « Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft », *Festschrift Hans Ulrich Scupin*, 1983, p 317-331. (rééd. in *Staat, Verfassung, Demokratie*, Suhrkamp, 1991, p 11-28). Böckenförde cherchait, par ce terme, à contester la position de la doctrine dominante en RFA depuis 1945, qui soutient que la Constitution est "l'ordre fondamental (*Grundordnung*)" de la vie étatique, position assez radicale qui laisse entendre que toute la vie sociale et étatique est déterminée par la Constitution (et que, partant, le législateur n'a en quelque sorte qu'une fonction d'application (sous le contrôle étroit du juge constitutionnel) du "programme" délivré par la Loi fondamentale.

²⁴ On trouve ce vocabulaire chez le politiste David Easton, relu naguère par P. Avril : "Le système est composé de l'ensemble des comportements politiques en interaction, alors que le régime désigne les règles qui gouvernent ces relations, c'est-à-dire l'ordre constitutionnel. D. Easton, *Analyse du système politique*, A. Colin, 1974, p 179" (cité par P. Avril, *Le régime politique de la V^e République*, L.G.D.J., 3 éd. 1975, p 418, note 134). Mais, surtout, la notion d'ordre constitutionnel est aussi employée dans la vulgate juridique et même dans le droit positif (par ex. à l'art. 20 de la Loi fondamentale de la R.F.A. ou encore à l'art. 3 de la Constitution de la République tchèque du 16 déc. 1992 : "La Charte des droits fondamentaux et des libertés fondamentales fait partie de l'ordre constitutionnel de la République tchèque").

*elle est cadre parce qu'elle ne dessine qu'un ensemble de limites, de points d'appui sur lesquels les acteurs tantôt peuvent, tantôt sont contraints de s'appuyer²⁵.

On comprend dès lors que la constitution ne peut être considérée selon une simple logique d'obéissance (C. Pimentel) : à l'intérieur du "cadre" qu'elle établit, les institutions disposent de marges de manœuvre plus ou moins considérables. Elles sont libres d'agir selon le principe d'énergie qui leur est propre et qui n'est dicté - et ne peut être dicté - par aucune norme.

Armel Le Divellec est Professeur de droit public à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas)

Résumé : Ce « papier de discussion » esquisse quelques brèves thèses sur la notion moderne de constitution. L'auteur propose d'insister sur le rôle des institutions pour l'élaboration des normes constitutionnelles et suggère de comprendre la constitution comme un « ordre-cadre normatif »

The normative « Frame-order ». Some Outlines about the Concept of Constitution

This Paper sketches some outlines about the modern concept of constitution. It stresses the importance of institutions in the constitutional Law-making and suggests to understand the constitution as a « normative Frame-Order ».

²⁵ On trouve l'idée chez P. Avril : « on se méprend si souvent sur l'exacte portée du droit dont on imagine qu'il a pour objet une description de la réalité telle qu'en lisant une constitution on devrait savoir comment le régime fonctionne. Mais les règles juridiques ne prétendent pas déterminer l'ensemble des comportements, elles tracent seulement un cadre objectif à l'intérieur duquel les acteurs sont libres" ("Les origines de la représentation parlementaire", *Commentaire*, 1985, reproduit dans ses *Ecrits de théorie constitutionnelle et de droit politique*, Ed. Panthéon-Assas, p 40, à paraître).
Egalement : P. Avril, "Le cadre et le tableau", *RFDC*, 43, 2000, p 501 (qui prend l'exemple de l'art. 48 C. comme "cadre" pour l'exercice de la prérogative du Gouvernement en matière d'ordre du jour du Parlement, et des art. 34 & 37 pour les règlements. Sur l'idée de cadre, v. également J. Isensee, "Verfassungsrecht als politisches Recht", in J. Isensee, P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, § 162, p 43, 49 et *Vom Stil der Verfassung*, Westdeutscher Verlag, 1999, p 45-51. Egalement : J.-M. Denquin, "Réflexions sur la durée du mandat présidentiel", *RDP*, 1975, p 1359ss (1365) : "Le droit n'est qu'un cadre, susceptible de rendre licites ou de prohiber des comportements, mais beaucoup moins propre à déterminer positivement des conduites. La réalité n'est pas transparente à l'impératif juridique. Elle lui oppose au contraire des résistances de toutes sortes. Jouir d'une prérogative n'est pas pouvoir ou vouloir l'exercer, ni même devoir l'exercer dans un sens plutôt que dans tel autre. Il se crée donc inévitablement un écart entre le droit, considéré "sub specie aeternitatis" et sa traduction politique qui se manifeste "ratione temporis"."

Die normative Rahmenordnung. Ein Thesenpapier zum Verfassungsbegriff

Dieses Diskussionspapier skizziert einige Thesen zum modernen Verfassungsbegriff. Der Autor unterstreicht die Rolle der Verfassungsinstitutionen in der Ausgestaltung der Verfassungsnormen und schlägt vor, die Verfassung als eine normative Rahmenordnung zu verstehen.