

## DROIT CONSTITUTIONNEL GENERAL

Cours de Monsieur le professeur Denis Baranger

### FICHE N°4 : LA NOTION DE CONSTITUTION

**Pages de l'ouvrage de référence pour le cours :** D. BARANGER, *La Constitution, Sources, interprétations, raisonnements*, Dalloz, Méthodes du droit, 2022, **p. 137-216 ; 245-260 ; 315-401.**

#### **Bibliographie :**

- JP Blog, le blog de Jus Politicum [[www.blog.juspoliticum.com](http://www.blog.juspoliticum.com)].
- R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat* (1920-1922), rééd. Paris, Dalloz, 2003 ; *La loi, expression de la volonté générale* (1931), rééd. Paris, Economica, 1984.
- M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Sirey, 1929.
- A. ESMEIN, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 6<sup>ème</sup> éd (1914), Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2001.
- C. SCHMITT, *La théorie de la Constitution*, trad. Fr, Paris, PUF, 1993.
- E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Dalloz, 1999.

#### **Article pouvant servir de support au cours :**

- D. BARANGER, « Un chantier qui ne prend jamais fin. Le juge, les révisions, et les autres formes de changement constitutionnel dans la France contemporaine », *Jus Politicum*, n° 18 [<http://juspoliticum.com/article/Un-chantier-qui-ne-prend-jamais-fin-Le-juge-les-revisions-et-les-autres-formes-de-changement-constitutionnel-dans-la-France-contemporaine-1186.html>]

**DOCUMENT 1 :** E. SIEYES, *Qu'est-ce que le Tiers-État ?*, Paris, PUF, « Quadrige », 1982, p. 66-68.

**DOCUMENT 2 :** G. BURDEAU, *Traité de science politique, tome III – Le statut du pouvoir dans l'État*, Paris, LGDJ, 1950, p. 102.

**DOCUMENT 3 :** H. TAINÉ, *Les origines de la France contemporaine – L'Ancien Régime*, 24<sup>ème</sup> éd., Paris, Hachette, 1902, p. i-v.

**DOCUMENT 4 :** M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Sirey, 1929, p. 611-612.

**DOCUMENT 5 :** M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, Sirey, 1929, p. 256-261 (extraits).

**DOCUMENT 6 :** R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1922, tome II, p. 570-575.

**DOCUMENT 7 :** Extraits de préambules de constitutions françaises ou étrangères.

**DOCUMENT 8** : M. TROPER, « Sur l'usage des concepts juridiques en histoire », in *Annales E.S.C.*, 47, n° 6, 1992, p. 1181-1182 (extrait).

**DOCUMENT 9** : F. FURET, « Concepts juridiques et conjoncture révolutionnaire », in *Annales E.S.C.*, 47, n° 6, 1992, p. 1185-1194 (extraits).

**DOCUMENT 10** : O. BEAUD, « Constitution et constitutionnalisme », in RAYNAUD (P.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, « Quadrige », 1996, 3e éd., 2003, p. 141-142 (extrait).

Il s'agit de savoir ce qu'on doit entendre par la *constitution* politique d'une société, et de remarquer ses justes rapports avec la *nation* elle-même.

Il est impossible de créer un corps pour une fin, sans lui donner une organisation, des formes et des lois propres à lui faire remplir les fonctions auxquelles on a voulu le destiner. C'est ce que l'on appelle la *constitution* de ce corps. Il est évident qu'il ne peut pas exister sans elle. Il l'est donc aussi, que tout gouvernement commis doit avoir sa constitution ; et ce qui est vrai du gouvernement en général l'est aussi de toutes les parties qui le composent. Ainsi le corps des représentants, à qui est confié le pouvoir législatif ou l'exercice de la volonté commune, n'existe qu'avec la manière d'être que la nation a voulu lui donner. Il n'est rien sans ses formes constitutives ; il n'agit, il ne se dirige, il ne se commande que par elles.

A cette nécessité d'organiser le corps du gouvernement, si on veut qu'il existe ou qu'il agisse, il faut ajouter l'intérêt qu'à la nation à ce que le pouvoir public délégué ne puisse jamais devenir nuisible à ses commettants. De là, une multitude de précautions politiques qu'on a mêlées à la constitution, et qui sont autant de règles essentielles au gouvernement, sans lesquelles l'exercice du pouvoir deviendrait illégal. On sent donc la double nécessité de soumettre le gouvernement à des formes certaines, soit intérieures, soit extérieures, qui garantissent son aptitude à la fin pour laquelle il est établi et son impuissance à s'en écarter.

Mais qu'on nous dise d'après quelles vues, d'après quel intérêt on aurait pu donner une constitution à la *nation* elle-même. La nation existe avant tout, elle est à l'origine de tout. Sa volonté est toujours légale, elle est la loi elle-même. Avant elle et au-dessus d'elle il n'y a que le droit *naturel*. Si nous voulons nous former une idée juste de la suite des lois *positives* qui ne peuvent émaner de sa volonté, nous voyons en première ligne les lois *constitutionnelles*, qui se divisent en deux parties : les unes règles l'organisation et les fonctions du corps *législatif* : les autres déterminent l'organisation et les fonctions des différents corps actifs. Ces lois sont dites *fondamentales*, non pas en ce sens qu'elles puissent devenir indépendantes de la volonté nationale, mais parce que les corps qui existent et agissent par elles ne peuvent point y toucher. Dans chaque partie, la constitution n'est pas l'ouvrage du pouvoir constitué, mais du pouvoir constituant. Aucune sorte de pouvoir délégué ne peut rien changer aux conditions de sa délégation. C'est en ce sens que les lois constitutionnelles sont *fondamentales*. Les premières, celles qui établissent la législature, sont *fondées* par la volonté nationale avant toute constitution ; elles en forment le premier degré. Les secondes doivent être établies par une volonté représentative *spéciale*. Ainsi toutes les parties du gouvernement se répondent et dépendent en dernière analyse de la nation. Nous n'offrons ici qu'une idée fugitive, mais elle est exacte.

On conçoit facilement ensuite comment les lois proprement dites, celles qui protègent les citoyens et décident de l'intérêt commun, sont l'ouvrage du corps législatif formé et se mouvant d'après ses conditions constitutives. Quoique nous ne présentions ces dernières lois qu'en seconde ligne, elles sont néanmoins les plus importantes, elles sont la *fin* dont les lois constitutionnelles ne sont que les *moyens*. On peut les diviser en deux parties : les lois immédiates ou protectrices, et les lois médiates ou directrices. Ce n'est pas ici le lieu de donner plus de développement à cette analyse.

## LA CONSTITUTION COMME STATUT DU POUVOIR

43. Double fonction de la constitution : statut de l'institution, statut des gouvernants. – Depuis que la pratique s'est établie de rédiger les constitutions, leur raison d'être n'échappe à personne. Ce sont elles qui édictent les règles d'après lesquelles l'autorité publique s'impose, se transmet et s'exerce. L'importance politique qu'on leur accorde vient de ce que l'on comprend que la forme du gouvernement et l'action que l'opinion peut exercer sur lui dépendent de ses dispositions. Il est toutefois insuffisant de voir dans la constitution le statut de la fonction gouvernementale. Ce caractère, en quelque sorte intangible, ne doit pas cacher sa signification profonde, qui fait d'elle le statut, non seulement des gouvernants, mais du Pouvoir lui-même.

En effet, le Pouvoir ne peut pas être défini par les gouvernants, puisque, dans le régime étatique, ils ne font que mettre en œuvre une puissance qui les dépasse. Ce n'est pas en eux que le Pouvoir trouve son origine et ce n'est pas en eux non plus que dépendent ses fins. Dire par qui et comment sera exercé le Pouvoir, c'est bien, mais encore faut-il savoir de quel Pouvoir il s'agit. Déterminer dans quelles conditions les décisions et les commandements devront être tenus pour réguliers c'est nécessaire sans doute à l'ordre public, mais il importe au moins autant de déterminer quelle pourra être la substance des ordres. Ces questions, c'est dans la constitution qu'elles trouvent leurs solutions. Et c'est pourquoi il importe de voir en elle, en même temps que le statut formel de l'autorité gouvernementale, le statut fondamental de l'institution étatique elle-même. L'État c'est un Pouvoir au service d'une idée. La constitution, fondement juridique de l'État, ne se désintéresse ni de l'un ni de l'autre.

## PRÉFACE

En 1849, ayant vingt et un ans, j'étais électeur et fort embarrassé; car j'avais à nommer quinze ou vingt députés, et de plus, selon l'usage français, je devais non seulement choisir des hommes, mais opter entre des théories. On me proposait d'être royaliste ou républicain, démocrate ou conservateur, socialiste ou bonapartiste : je n'étais rien de tout cela, ni même rien du tout, et parfois j'enviais tant de gens convaincus qui avaient le bonheur d'être quelque chose. Après avoir écouté les diverses doctrines, je reconnus qu'il y avait sans doute une lacune dans mon esprit. Des motifs valables pour d'autres ne l'étaient pas pour moi; je ne pou-

vais comprendre qu'en politique on pût se décider d'après ses préférences. Mes gens affirmatifs construisaient une constitution comme une maison, d'après le plan le plus beau, le plus neuf ou le plus simple, et il y en avait plusieurs à l'étude, hôtel de marquis, maison de bourgeois, logement d'ouvriers, caserne de militaires, phalanstère de communistes, et même campement de sauvages. Chacun disait de son modèle : « Voilà la vraie demeure de l'homme, la seule qu'un homme de sens puisse habiter ». A mon sens l'argument était faible : des goûts personnels ne me semblaient pas des autorités. Il me paraissait qu'une maison ne doit pas être construite pour l'architecte, ni pour elle-même, mais pour le propriétaire qui va s'y loger. — Demander l'avis du propriétaire, soumettre au peuple français les plans de sa future habitation, c'était trop visiblement parade ou duperie : en pareil cas, la question fait toujours la réponse, et d'ailleurs, cette réponse eût-elle été libre, la France n'était guère plus en état que moi de la donner : dix millions d'ignorances ne font pas un savoir. Un peuple consulté peut à la rigueur dire la forme de gouver-

nement qui lui plaît, mais non celle dont il a besoin ; il ne le saura qu'à l'usage : il lui faut du temps pour vérifier si sa maison politique est comode, solide, capable de résister aux intempéries, appropriée à ses mœurs, à ses occupations, à son caractère, à ses singularités, à ses brusqueries. Or, à l'épreuve, nous n'avons jamais été contents de la nôtre : treize fois en quatre-vingts ans, nous l'avons démolie pour la refaire, et nous avons eu beau la refaire, nous n'avons pas encore trouvé celle qui nous convient. Si d'autres peuples ont été plus heureux, si, à l'étranger, plusieurs habitations politiques sont solides et subsistent indéfiniment, c'est qu'elles ont été construites d'une façon particulière, autour d'un noyau primitif et massif, en s'appuyant sur quelque vieil édifice central plusieurs fois raccommodé, mais toujours conservé, élargi par degrés, approprié par tâtonnements et rallonges aux besoins des habitants. Nulle d'entre elles n'a été bâtie d'un seul coup, sur un patron neuf, et d'après les seules mesures de la raison. Peut-être faut-il admettre qu'il n'y a pas d'autre moyen de construire à demeure, et que l'invention subite d'une constitu-

tion nouvelle, appropriée, durable, est une entreprise qui surpasse les forces de l'esprit humain.

En tout cas, je conclusais que, si jamais nous découvrons celle qu'il nous faut, ce ne sera point par les procédés en vogue. En effet, il s'agit de la découvrir, si elle existe, et non de la mettre aux voix. A cet égard, nos préférences seraient vaines; d'avance la nature et l'histoire ont choisi pour nous; c'est à nous de nous accommoder à elles, car il est sûr qu'elles ne s'accommoderont pas à nous. La forme sociale et politique dans laquelle un peuple peut entrer et *rester* n'est pas livrée à son arbitraire, mais déterminée par son caractère et son passé. Il faut que, jusque dans ses moindres traits, elle se moule sur les traits vivants auxquels on l'applique; sinon elle crèvera et tombera en morceaux. C'est pourquoi, si nous parvenons à trouver la nôtre, ce ne sera qu'en nous étudiant nous-mêmes, et plus nous saurons précisément ce que nous sommes, plus nous démèlerons sûrement ce qui nous convient. On doit donc renverser les méthodes ordinaires et se figurer la nation avant

de rédiger la constitution. Sans doute, la première opération est beaucoup plus longue et plus difficile que la seconde. Que de temps, que d'études, que de d'observations rectifiées l'une par l'autre, que de recherches dans le présent et dans le passé, sur tous les domaines de la pensée et de l'action, quel travail multiplié et séculaire, pour acquérir l'idée exacte et complète d'un grand peuple qui a vécu à l'âge de peuple et qui vit encore! Mais c'est le seul moyen de ne pas construire à faux après avoir raisonné à vide, et je me promis que, pour moi du moins, si j'entreprenais un jour de chercher une opinion politique, ce ne serait qu'après avoir étudié la France.

**I. Constitution sociale et constitution politique.** - A bien des points de vue, la constitution sociale d'un pays est plus importante que sa constitution politique.

Nul plus que les Anglo-Saxons n'insiste sur cette vérité; ils déclarent que leurs constitutions politiques ne sont faites que pour la garantie de leurs libertés individuelles, qu'elles n'en sont que le prolongement ; c'est du vieux droit coutumier de la vie privée, le *Common law*, que sont tirés tous les grands principes individualistes qu'ils placent au-dessus de la constitution politique, et dont, aux Etats-Unis d'Amérique, les juges chargés du contrôle de constitutionnalité des lois tirent une sorte de légitimité supra-constitutionnelle, qui inspire ce contrôle, de telle sorte que le contrôle des lois est mené au nom des principes de la vie privée; ajoutons que les Anglo-Saxons ne considèrent point pratiquement la constitution politique comme un statut de l'Etat, pour la raison qu'ils n'ont qu'un très faible sentiment de l'existence corporative de l'Etat.

Bien qu'en France nous ayons un sentiment plus net de l'existence corporative de l'Etat et que nous considérons la constitution politique comme un statut de celui-ci, nous admettons également que cette même constitution politique est essentiellement pour la garantie des libertés individuelles, bases de la constitution sociale. Nous admettons cela parce que nous croyons que l'Etat, qu'il soit ou non corporatif, n'a point sa fin en lui-même, mais que sa fin est dans le bien commun de la société privée. Toutefois, reconnaissons qu'à cette croyance intellectuelle, il manque d'être entretenue et confirmée par l'existence d'une institution vivante telle que le *contrôle de constitutionnalité des lois*, qui rappelle d'une façon continue à l'organe politique le plus puissant de l'Etat, c'est-à-dire au Parlement, sa dépendance vis-à-vis des bases de la société privée. C'est parce que nous sommes persuadés de la nécessité de ce rappel automatique aux principes individualistes que nous avons insisté si fermement (supra, p. 266 et s.), sur le devoir civique qui s'impose actuellement en France de promouvoir l'institution du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois.

Il n'y aura point de sûreté pour notre constitution sociale tant que nous n'aurons pas conquis cette garantie.

C'est qu'en effet la constitution sociale, malgré qu'elle soit plus importante que la constitution politique et que le pouvoir politique lui-même, dépend de celui-ci par le moyen de la loi. Depuis que la loi écrite a pris le pas sur la coutume et a ainsi monopolisé les sources du droit, il se trouve que le pouvoir politique, dont la confection de la loi est l'une des attributions, est devenu maître de consacrer ou de ne pas consacrer juridiquement les droits individuels et, une fois consacrés dans leur principe, de les organiser pratiquement à sa guise. Jadis, par la coutume, la société privée s'organisait d'une façon autonome sous le contrôle du juge, en tout cas, elle n'était pas organisée politiquement. Aujourd'hui, au contraire, elle est organisée politiquement. Sans doute c'est l'une des façons dont le pouvoir politique de l'Etat protège et garantit la constitution sociale, mais on sait fort bien que les protections et les garanties tournent facilement en moyens d'oppression. En tout cas, c'est à raison du monopole juridique conquis par l'Etat, que, dans une certaine mesure, la constitution sociale dépend actuellement du pouvoir politique, et cela parce que les droits individuels ont besoin d'être reconnus et organisés par la loi comme des institutions juridiques.

La première constitution d'un Etat s'élabore forcément en dehors des prévisions constitutionnelles, bien qu'elle puisse être juridique (v. *supra*, p. précéd.). Mais dès qu'une première constitution écrite a été établie, cette constitution prévoit les procédures selon lesquelles elle pourra plus tard être modifiée ou révisée, de telle sorte que, sauf l'hypothèse de révolutions intercurrentes, il se créera une continuité et une rigidité de la super-légalité constitutionnelle, en ce sens que celle-ci ne se transformera qu'en vertu des procédures qu'elle aura elle-même prévues.

Ce caractère de rigidité est inhérent à la conception de la super-légalité constitutionnelle ; nous voyons apparaître les clauses de révision avec les premières constitutions écrites, avec les constitutions américaines du XVIII<sup>e</sup> siècle et avec nos constitutions révolutionnaires. Tout cela est lié au profond sentiment de la continuité de l'Etat et du droit dont on a pris conscience, en même temps que du caractère fondamental de son statut.

L'existence d'une clause de révision et la rigidité de la constitution entraînent les trois conséquences suivantes : 1° le conseil de ne pas toucher à la légère à la constitution, mais seulement au cas de nécessité démontrée par l'existence d'une crise constitutionnelle ; 2° la pratique des révisions limitées ; 3° des procédures spéciales de révision.

(...)

**V. Le principe de la rigidité et les faussements de la constitution.** - On appelle *faussements de la constitution* les déformations que la pratique apporte au fonctionnement des institutions gouvernementales et aux rapports des pouvoirs publics. La pratique établit souvent des usages qui sont contraires au texte même de la constitution et qui posent la question de l'abolition de ces textes par le non-usage. Chacun sait, par exemple, que le jeu de notre Constitution de 1875, qui cependant ne remonte pas à beaucoup plus d'un demi-siècle, a été considérablement faussé par les pratiques suivies, surtout en ce qui concerne les pouvoirs du président de la République dans ses rapports avec les Chambres ; son droit de dissolution de la Chambre des députés, comme son droit de demander une nouvelle délibération d'une loi, bien que respectivement prévus par l'article 5 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 et par l'article 7 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, sont comme tombés en désuétude.

Il convient de poser en principe, tant à cause de la rigidité de la constitution qu'à raison du fait que notre droit n'admet pas l'abrogation des lois par le non-usage, que les faussements de la constitution sont de simples états de fait qui ne modifient pas l'état de droit. Dès que, politiquement parlant, le retour aux prescriptions et prérogatives de la constitution redevient possible, le texte en sommeil peut se réveiller.

Cela serait d'autant plus juste, en ce qui concerne le droit de dissolution de la Chambre des députés, que cette prérogative du Chef de l'Etat est de droit commun dans le régime parlementaire et que le *faussement de la constitution* est ici condamné par le droit commun.

Peut-être pourrait-on soutenir qu'un faussement de la constitution d'un pays donné qui se rapprocherait du droit commun constitutionnel devrait être vu avec faveur. Il y aurait donc une distinction à faire selon que la pratique suivie s'éloigne ou se rapproche du droit commun constitutionnel. Je me borne à poser la question sans la résoudre, la question du droit commun constitutionnel n'étant pas suffisamment mûre.

**DOCUMENT 6 : R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1922, tome II, p. 570-575.**

**464.** — En France, les auteurs se sont, pendant longtemps, attachés à un autre critérium pour déterminer la notion de Constitution. Ils définissaient, *ratione materiae*, cette dernière, non point d'après le domaine de matières qui lui est effectivement réservé par le droit positif en vigueur, mais bien d'après un concept « matériel » d'ordre purement rationnel. De là, la doctrine banale, suivant laquelle la Constitution, au sens foncier du mot, a pour objet propre de créer les organes qui exerceront les diverses fonctions de puissance étatique, et de fixer l'étendue de la compétence de ces organes, soit dans leurs rapports réciproques, soit dans leurs rapports avec les gouvernés (Cf. Esmein, *Éléments*, 7<sup>e</sup> éd., t. I, p. 1; Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, p. 262 et s., et *L'État moderne*, éd. franç., t. II, p. 169).

Tel est, a-t-on dit, le domaine propre de toute Constitution. D'autre part, cependant, l'idée a souvent été émise que, même sur ce terrain propre, les Constitutions doivent, en règle générale,



chercher à se rendre aussi brèves que possible. Plus exactement, on déclare que, même en ce qui concerne l'organisation des pouvoirs publics, la Constitution fera bien de se borner à dégager les principes essentiels, sauf à remettre le règlement du détail à des lois ordinaires. Les assemblées législatives compléteront alors l'œuvre constituante par de simples lois, auxquelles est appliqué toutefois le nom de lois organiques, précisément parce qu'elles concourent à organiser le fonctionnement d'une institution dont le principe a été posé antérieurement par la Constitution.

Le grand inconvénient des Constitutions trop détaillées, du moins dans les pays qui séparent le pouvoir constituant du pouvoir législatif, c'est que, pour modifier le moindre de leurs détails, il faut recourir à une procédure complète de revision. Or, s'il faut — pour ménager la liberté de la nation souveraine — que les revisions ne soient rendues, ni impossibles, ni même trop ardues à entreprendre, il importe pareillement qu'elles ne soient pas rendues trop fréquentes : et cela, par la raison, notamment, qu'une revision devient facilement une cause d'agitation politique pour le pays. A cet égard, les lois organiques offrent cet avantage qu'étant placées dans la main du législateur ordinaire, elles peuvent être modifiées à tout instant dans la forme législative courante, sans qu'il soit nécessaire, à cet effet, de mettre en mouvement tout l'appareil constituant.

C'est pourquoi il semble préférable que la Constitution se contente de poser des principes et qu'elle abandonne le surplus à des lois organiques. En se plaçant dans cet ordre d'idées, un grand nombre d'auteurs déclarent que le mot Constitution est susceptible de prendre un double sens. En son sens matériel et foncier, c'est-à-dire en un sens qui se déduit de l'idée purement rationnelle que se font généralement les auteurs de son contenu normal ou de son objet naturel, la Constitution doit, dit-on, comme le droit constitutionnel, être définie l'ensemble des règles ou prescriptions qui se réfèrent à l'organisation et au fonctionnement des pouvoirs publics, sans qu'il y ait à distinguer si ces règles ont été édictées par la voie constituante et dans un acte conçu en forme de loi constitutionnelle ou par la voie simplement législative et dans une loi ordinaire. Dans son acception formelle, au contraire, le nom de Constitution demeure réservé à la partie des règles d'organisation des pouvoirs, qui a été énoncée dans la forme constituante et par l'organe constituant, et qui, par suite, ne peut

être modifiée que par une opération de puissance constituante et au moyen d'une procédure spéciale de revision. La Constitution, dans ce second sens, ne comprend donc plus toutes les prescriptions concernant les pouvoirs publics, mais seulement celles de ces prescriptions qui relèvent de l'organe constituant par opposition au législateur ordinaire. En revanche, il y a des règles qui, bien que ne touchant aucunement à l'organisation de l'État et n'ayant, par conséquent, aucun caractère constitutionnel intrinsèque, font cependant partie de la Constitution formelle : il suffit pour cela, quel que soit leur objet, qu'elles aient été établies par l'organe constituant et consacrées dans l'acte constitutionnel. Ainsi, la notion de Constitution formelle est, à certains égards, plus compréhensive, à d'autres égards, elle est moins large, que celle de Constitution matérielle.

**465.** — Cette distinction entre les deux concepts, matériel et formel, de Constitution a été souvent reproduite dans les traités de droit public. Elle demeure pourtant dépourvue de valeur, du moins au point de vue juridique. En droit, le critérium qui permet de discerner les lois constitutionnelles des lois ordinaires, réside uniquement dans un élément de forme : la notion de Constitution est purement formelle. C'est là un point qui est aujourd'hui reconnu par de nombreux auteurs. M. Duguit notamment (*Traité*, t. II, p. 515 et s. — Cf. t. I, p. 58) insiste sur ce point : ce qui caractérise les lois constitutionnelles, dit-il, c'est qu'elles sont faites, non point « par le législateur, dans les formes ordinaires », mais « dans des conditions et suivant des formes déterminées » ; et par suite, cet auteur critique, comme « prêtant à la confusion », la terminologie habituelle qui applique le nom de constitutionnelles à toutes les règles d'organisation des pouvoirs, quelle que soit la forme dans laquelle elles ont été émises. Dans la littérature allemande, Laband (*op. cit.*, éd. franç., t. II, p. 314; *Archiv für öffentl. Recht*, t. IX, p. 273) indique pareillement que le signe distinctif des lois constitutionnelles consiste exclusivement dans la supériorité de leur force régulatrice formelle, force spéciale qui provient de ce que les principes qu'elles posent, ne peuvent être modifiés que par une procédure remplissant des conditions plus compliquées que la procédure législative ordinaire. Jellinek, qui soutient le même point de vue (*L'État moderne*, éd. franç., t. II, p. 211), achève de préciser et de motiver cette doctrine, en faisant valoir que la

notion de Constitution perd toute signification positive et, par conséquent, toute raison d'être juridique dans les pays où les lois relatives à l'organisation de l'État ne sont soumises, pour leur confection ou leur modification, à aucune formalité particulière. Sans doute, les institutions formant les bases principales de l'organisation étatique possèdent, même dans ces pays, une importance spécialement haute, qui leur confère, au point de vue politique, plus de force et de stabilité que n'en peuvent acquérir les autres éléments de l'ordre juridique de l'État : mais, sur le terrain du droit, cette force spéciale n'existe nullement, puisqu'elle n'est garantie par aucune précaution juridique (3). C'est ainsi que, dans le droit français actuel, il n'y aurait aucun intérêt pratique à qualifier de constitutionnelles les règles contenues dans la loi organique du 30 novembre 1875 sur l'élection des députés; quelle que soit leur importance, ces règles ne diffèrent aucunement de celles que peut édicter une loi quelconque, puisqu'elles peuvent être, et ont été, en fait, à plusieurs reprises, modifiées par la voie simplement législative.

Il convient d'ajouter que cette signification moderne de la notion de Constitution avait déjà été pleinement aperçue et nettement précisée par Sieyès, à une époque où cependant prédominaient encore, à cet égard, les conceptions de l'école du droit de la nature. Suivant la doctrine de cette école, la Constitution devait être considérée comme le statut fondamental de l'État, en ce sens et par ce motif que la création de ce statut est l'opération qui donne la vie même à l'État, en même temps qu'elle fonde en lui les pouvoirs constitués : c'est là une notion foncièrement matérielle de la loi constitutionnelle, et l'on a vu plus haut (n° 439) la place considérable que cette idée matérielle avait tenue dans la pensée des hommes de la Révolution. A ces vues Sieyès devait, en partant de son système de séparation du pouvoir constituant, opposer une doctrine bien différente. « Les lois constitutionnelles — dit-il (*Qu'est-ce que le Tiers-État*, ch. V) — sont dites fondamentales, non pas en ce sens qu'elles

(3) M. Esmein (*Éléments*, 7<sup>e</sup> éd., t. I, p. 573) déclare, à propos de la distinction du pouvoir législatif et du pouvoir constituant, que « alors même que la Constitution confie la revision constitutionnelle aux mêmes représentants qui composent le Corps législatif, cette distinction n'en subsiste pas moins ». Mais il s'empresse d'ajouter que, si elle subsiste, c'est autant que « ces représentants fonctionnent dans d'autres conditions que pour le vote des lois ordinaires » ; c'est là, en effet, la condition minima de la distinction.

puissent devenir indépendantes de la volonté nationale, mais parce que les corps qui existent et agissent par elles, ne peuvent point y toucher. Dans chaque partie, la Constitution n'est pas l'ouvrage du pouvoir constitué, mais du pouvoir constituant. Aucune sorte de pouvoir délégué ne peut rien changer aux conditions de sa délégation. » Et Sieyès conclut par cette affirmation catégorique : « C'est ainsi, et non autrement, que les lois constitutionnelles sont fondamentales. » Il ressort de ce passage, et surtout de sa conclusion, que Sieyès s'attache, pour dégager la notion de Constitution, bien moins à son contenu matériel qu'à sa force formelle. Ce qui fait d'elle une loi fondamentale, ce n'est pas seulement le fait que les corps constitués n'existent et n'agissent que par elle, c'est encore et surtout le fait que ces corps ne peuvent pas toucher à ses dispositions. C'est en ce dernier sens qu'elle devient vraiment loi fondamentale. Et par suite, Sieyès en arrive même à substituer, en quelque sorte, au concept de loi *constitutionnelle*, qui éveille avant tout l'idée matérielle de loi organisatrice des pouvoirs, le concept de loi *fondamentale*, qui contient plutôt l'idée formelle de loi ayant une valeur plus haute, une portée statutaire supérieure. On a vu précédemment (t. I, n° 114 et s.) que toute règle édictée en forme de loi est susceptible, en un certain sens, d'être considérée comme un statut. Mais il y a lieu, d'après la doctrine qui vient d'être exposée, de distinguer des statuts de deux sortes : les statuts simplement législatifs d'une part, et d'autre part le *statut fondamental*, qui se caractérise, non point, à vrai dire par son contenu ou sa matière propre, mais bien par cette circonstance qu'il est édicté en forme constituante, qu'il dépend d'une autorité spéciale supérieure au Corps législatif et qu'il possède ainsi une puissance renforcée; pour le surplus, ce statut fondamental peut avoir pour objet, non seulement l'organisation des pouvoirs, mais encore la réglementation des droits des citoyens ou de toute autre question quelconque. Telle est la direction dans laquelle, depuis 1789, s'est développée, conformément à la pensée de Sieyès et contrairement à celle de l'école du droit de la nature, la notion juridique de Constitution (4). Ici comme ailleurs, c'est le point

(4) Outre ce premier élément de forme, il convient de rappeler que la notion de Constitution présuppose un autre élément, qui, d'ailleurs, est aussi d'ordre formel. Un statut organique ou fondamental ne peut être envisagé comme une Constitution, au sens précis et intégral de ce terme, que s'il est l'œuvre de la

de vue formel qui l'a emporté et qui, en effet, sur le terrain du droit, doit prédominer (5).

collectivité même pour laquelle il est fait. c'est-à-dire si sa création repose sur la puissance et la volonté propres de cette collectivité. C'est en ce sens qu'il a été dit plus haut (t. I, n° 58) que la possession d'une Constitution est un signe distinctif de l'État. Seules, en effet, les collectivités étatiques sont capables de se donner un statut fondamental, de leur libre et propre puissance. Le statut organique d'une commune, d'une province, ne forme pas, à proprement parler, une Constitution; car, il ne prend pas son origine dans la propre force d'organisation de ces collectivités territoriales subalternes, mais il est créé et il ne peut être modifié que par les lois de l'État dont elles dépendent. C'est ainsi que la soi-disant Constitution donnée à l'Alsace Lorraine par la loi du 31 mai 1911 — bien que qualifiée de *Verfassung* par les auteurs allemands (Schulze, *Die Verfassung und das Wahlgesetz für Elsass-Lothringen*. — Cf. Heim, *Das els.-lothringische Verfassungsgesetz v. 1911*) et par la loi de 1911 elle-même, qui s'intitule *Gesetz über die Verfassung Elsass-Lothringens* — n'était pas une Constitution véritablement digne de ce nom: car, elle ne découlait pas de la puissance autonome du pays annexé; mais la loi du 31 mai 1911, qui l'avait créée, était une loi d'Empire; et cette loi spécifiait, dans son art. 3, que les dispositions qu'elle renfermait, ne pourraient être abrogées ou modifiées que par une loi d'Empire. Sans doute, sous ce dernier rapport, la prétendue Constitution de l'Alsace-Lorraine présentait le caractère de loi supérieure aux lois ordinaires du pays, qui, celles-ci, relevaient de la compétence du Landtag alsacien-lorrain; et dans cette mesure, elle apparaissait comme un statut fondamental, au sens formel du mot. Mais, d'autre part, elle n'était, ni l'œuvre, ni la propriété, de l'Alsace-Lorraine, qui, en tant que Reichsland, continuait à être dépourvue de toute puissance étatique et constituante. Comme le disait alors M. Heitz (*Le droit constitutionnel de l'Alsace-Lorraine*, p. 394), « pas plus aujourd'hui qu'autrefois, il n'existe de Constitution d'Alsace-Lorraine ». V. dans le même sens Redslob, *Abhängige Länder*, p. 129, qui fait remarquer que la loi du 31 mai 1911, par là même qu'elle se pose en loi d'Empire, indique suffisamment qu'elle n'a pas entendu créer une Constitution véritable: car, ajoute cet auteur, « les lois ne fondent jamais une Constitution, elles sont elles-mêmes fondées sur une Constitution antérieure ».

(5) Des tentatives continuent cependant à être faites, en vue d'étendre à la notion de Constitution la distinction si répandue du point de vue matériel et du point de vue formel. Par exemple, on a fait observer (V. en ce sens Burckhardt, *op. cit.*, 2<sup>e</sup> éd., p. 3 et s.) qu'il y a des règles organiques, qui sont nécessairement antérieures à toute loi et à toute réglementation législative: ce sont celles qui créent la puissance et l'organisation législatives elles-mêmes; et cela, par la raison que le législateur ne saurait se conférer à lui-même le pouvoir de créer les lois. En partant de là, on a soutenu que, tout au moins, l'ensemble des règles destinées à fonder l'organe législatif et à déterminer l'étendue de sa compétence forme essentiellement la matière réservée à la Constitution; d'où on conclut à l'existence d'une notion matérielle de Constitution, distincte de la notion de Constitution formelle. Mais l'exemple de la Constitution française actuelle prouve que le domaine de la Constitution matérielle, même en ce qui concerne l'organisation et la délimitation du pouvoir législatif, peut se réduire

à assez peu de chose; en Angleterre, il résulte du système de la puissance illimitée du Parlement que cette sorte de Constitution matérielle, prétendue logiquement indispensable, se réduit, en somme, à néant.

**Préambule et articles 1 à 3 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui ouvre la Constitution française du 24 juin 1793**

Le peuple français, convaincu que l'oubli et le mépris des droits naturels de l'homme, sont les seules causes des malheurs du monde, a résolu d'exposer dans une déclaration solennelle, ces droits sacrés et inaliénables, afin que tous les citoyens pouvant comparer sans cesse les actes du gouvernement avec le but de toute institution sociale, ne se laissent jamais opprimer, avilir par la tyrannie ; afin que le peuple ait toujours devant les yeux les bases de sa liberté et de son bonheur ; le magistrat la règle de ses devoirs ; le législateur l'objet de sa mission. - En conséquence, il proclame, en présence de l'Être suprême, la déclaration suivante des droits de l'homme et du citoyen.

Article 1. - Le but de la société est le bonheur commun. - Le gouvernement est institué pour garantir à l'homme la puissance de ses droits naturels et imprescriptibles.

Article 2. - Ces droits sont l'égalité, la liberté, la sûreté, la propriété.

Article 3. - Tous les hommes sont égaux par la nature et devant la loi.

**Préambule de la Constitution suisse du 18 avril 1999**

Au nom de Dieu Tout-Puissant !

*Le peuple et les cantons suisses,*

Conscients de leur responsabilité envers la Création,

Résolus à renouveler leur alliance pour renforcer la liberté, la démocratie, l'indépendance et la paix dans un esprit de solidarité et d'ouverture au monde,

Déterminés à vivre ensemble leurs diversités dans le respect de l'autre et l'équité,

Conscients des acquis communs et de leur devoir d'assumer leurs responsabilités envers les générations futures,

Sachant que seul est libre qui use de sa liberté et que la force de la communauté se mesure au bien-être du plus faible de ses membres,

*Arrêtent la Constitution que voici : (...) »*

**Préambule de la Loi fondamentale hongroise du 25 avril 2011**

Bénis les Hongrois, ô Seigneur!

**PROFESSION DE FOI NATIONALE**

NOUS, MEMBRES DE LA NATION HONGROISE, à l'aube de ce nouveau millénaire, déclarons avec responsabilité pour tous les Hongrois ce qui suit:

Nous sommes fiers que notre roi Saint Étienne ait placé l'État hongrois sur des fondations solides en faisant entrer notre patrie dans l'Europe chrétienne.

Nous sommes fiers de nos ancêtres qui se sont battus pour la survie, la liberté et la souveraineté de notre nation.

Nous sommes fiers des remarquables créations intellectuelles des Hongrois.

Nous sommes fiers que notre peuple se soit battu pendant des siècles pour défendre l'Europe, contribuant aux valeurs communes de celle-ci par son talent et son assiduité.

Nous reconnaissons la vertu unificatrice de la chrétienté pour notre nation. Nous respectons les différentes traditions religieuses de notre pays.

Nous promettons de préserver l'unité intellectuelle et morale de notre nation brisée par les tourments du siècle dernier. Les minorités ethniques vivant avec nous font parties de la communauté politique hongroise et sont des éléments constitutifs de la nation.

Nous nous engageons à préserver et à entretenir la culture hongroise, notre langue unique, la langue et la culture des minorités ethniques vivant en Hongrie et les valeurs du bassin des Carpates créées par l'homme ou qui lui ont été confiées par la nature. Nous assumons la responsabilité pour nos descendants, ce pourquoi nous défendrons les conditions de vie des générations futures, nos successeurs, par une utilisation optimale de nos ressources matérielles, intellectuelles et naturelles.

Nous croyons que notre culture nationale est une contribution riche à la diversité de l'unité européenne.

Nous respectons la liberté et la culture des autres peuples et nous recherchons la coopération avec toutes les nations du monde.

Nous affirmons que la dignité de l'Homme repose sur la vie humaine.

Nous affirmons que la liberté individuelle ne peut se réaliser qu'en coopération avec autrui.

Nous affirmons que les cadres essentiels de notre vie en communautés sont la famille et la nation et que les valeurs fondamentales de notre unité sont la fidélité, la foi et l'amour.

Nous affirmons que les fondements de notre communauté et de la dignité de l'Homme sont le travail et les créations de l'esprit humain.

Nous affirmons notre devoir d'aider les pauvres et les démunis.

Nous affirmons que les objectifs communs du citoyen et de l'État sont le bien-être, la sécurité, l'ordre, la justice et la liberté.

Nous affirmons que le pouvoir du peuple ne peut s'affirmer que si l'État sert ses citoyens avec équité, sans abus ni partialité.

Nous respectons les acquis de notre Constitution historique et la Sainte Couronne qui incarnent la continuité constitutionnelle de l'État hongrois et l'unité nationale.

Nous ne reconnaissons pas la suspension de notre Constitution historique qui nous a été imposée sous des occupations étrangères. Nous rejetons toute prescription sur les crimes contre l'humanité commis envers la nation hongroise et ses citoyens sous les dictatures du national-socialisme et du communisme.

Nous ne reconnaissons pas la Constitution communiste de 1949 car elle a instauré un régime tyrannique ; nous la déclarons ainsi nulle et non avenue.

Nous approuvons les députés de la première Assemblée nationale libre de la Hongrie dont le premier décret a été d'affirmer que notre liberté émane de notre révolution de 1956.

Le 2 mai 1990 constitue pour nous la date à laquelle notre nation a retrouvé son autodétermination perdue le 19 mars 1944, avec l'instauration d'une représentation populaire issue des premières élections libres. Nous considérons cette date comme le début de la nouvelle démocratie et du nouvel ordre constitutionnel de notre pays.

Nous affirmons qu'après les décennies du vingtième siècle, qui ont conduit à un bouleversement de la morale, nous avons un besoin impérieux d'un renouveau moral et intellectuel.

Nous mettons notre foi dans un avenir façonné ensemble, dans la vocation des jeunes générations. Nous croyons que nos enfants et nos petits enfants auront le talent, la ténacité et la force morale pour restituer la grandeur de la Hongrie.

La Loi fondamentale constitue la base de notre système juridique, un contrat entre les Hongrois du passé, du présent et du futur, un cadre vivant qui exprime la volonté de la nation, la forme sous laquelle nous souhaitons vivre.

Nous, citoyens de la Hongrie, sommes prêts à fonder l'ordre de notre pays sur la coopération nationale.

**DOCUMENT 8 : M. TROPER, « Sur l'usage des concepts juridiques en histoire » in Annales E.S.C., 47, n° 6, 1992, p. 1181-1182 (extrait)**

« (...) Le raisonnement et la méthode qui viennent d'être esquissés sont exposés à deux objections, d'ailleurs liées.

La première est que les concepts qui ont été utilisés ne sont pas ceux des Constituants de 1791. Non seulement ils n'ont pas raisonné en termes de compétences décisionnelles pour faire un acte juridique, mais nous ne pouvons même avoir aucune certitude quant à ce qu'ils ont voulu faire. En négligeant les indications qui résultent des travaux préparatoires, nous avons abandonné tout espoir de reconstituer et interpréter la pensée des révolutionnaires. Cette objection est sérieuse. On peut certes considérer qu'on peut parvenir par cette méthode à une meilleure compréhension de la volonté des Constituants, mais il faut reconnaître qu'il n'existe à cet égard aucune certitude et qu'il y a donc un risque certain de méconnaître ce qui était à leurs yeux la signification de leurs votes. La conscience de ce risque ne doit cependant pas nous inciter à délaissier des concepts tirés de la théorie juridique moderne et à employer uniquement ceux que les hommes de 1789 employaient eux-mêmes. Ce que nous recherchons, dans leur pensée et leur parole n'est pas la trace de phénomènes psychiques, mais seulement des indications sur la nature et la signification objectives de leurs actions. Il est probable que la majorité de l'Assemblée a effectivement voulu et cru accorder au roi une participation au pouvoir législatif, mais même s'ils avaient cru l'en écarter, l'essentiel – sauf bien entendu si l'on estime que la connaissance historique a pour objet l'évolution des mentalités et des idées – est ce qu'ils ont réellement fait, même si c'était à leur insu.

L'autre objection est évidemment celle de l'anachronisme. Elle doit être écartée comme la précédente. Peut-être est-il utile de distinguer ici deux types d'anachronisme. L'anachronisme des faits consiste à faire comme si existait dans le passé un fait qui n'est en réalité apparu que plus tard. Il s'agit tout simplement d'une erreur. L'anachronisme des concepts consiste à employer des concepts nouveaux pour appréhender une réalité ancienne. Cette forme d'anachronisme est liée à la nécessité d'employer le langage contemporain ou, ce qui revient au même, à l'impossibilité de reproduire le langage du passé. Nous parlons d'une administration centralisée même pour décrire l'administration d'une époque, où existait une telle organisation mais où l'on ignorait le concept de centralisation, et nous employons constamment des mots tels que fonctionnaires, hiérarchie, etc., pour désigner de façon commode des institutions qui étaient désignées de toute autre façon. Cet anachronisme des concepts n'est donc nullement illégitime et il semble même inévitable. Comment par exemple s'interroger sur l'existence d'un système féodal au Japon sans pratiquer un anachronisme de ce type ?

Il ne s'ensuit évidemment pas qu'il soit permis de projeter n'importe quel système de concepts sur n'importe quelle réalité et l'on sent bien ce que peut avoir d'absurde l'emploi de concepts comme ceux d'« État » ou de « Constitution » à propos de sociétés antiques. La seule limite est le caractère opératoire des concepts. Permettent-ils ou non de rendre compte, de manière économique, d'une réalité différente de celle pour laquelle ils ont été d'abord pensés ? »

**DOCUMENT 9 : F. FURET, « Concepts juridiques et conjoncture révolutionnaire » in Annales E.S.C., 47, n° 6, 1992, p. 1185-1194 (extraits)**

« (...) Michel Troper expose clairement la méthode qui lui paraît la bonne, et la seule bonne, pour faire l'analyse d'un texte législatif, ou a fortiori d'une constitution. Cette méthode est radicalement simple. Elle consiste à ne tenir aucun compte des débats qui ont précédé le vote du texte à interpréter, pour la raison que ceux-ci ne sauraient rien révéler des idées ou des intentions des législateurs, ce qui rend impossible le déchiffrement de ce qu'ils ont chacun voulu. D'autre part, même ceux qui ont parlé n'ont pas forcément dit le fond de leur coeur, soit parce qu'ils ont intérêt à mentir, soit parce qu'ils

plaident une cause plus qu'ils n'exposent une opinion, plus soucieux de convaincre que d'être vrais. Faute d'arriver à percer tous ces mystères de la subjectivité, le juriste ne peut fonder son analyse du texte voté que sur une « théorie correcte » de ce que ce texte s'est donné pour but de régler (même et a fortiori s'il l'a fait de façon ambiguë).

Dans son extrémisme kelsenien, une pareille méthode me paraît presque absurde. Elle n'est d'ailleurs pas canonique en matière d'interprétation d'une loi ou d'une constitution, puisque l'examen des intentions des législateurs fait partie de l'arsenal traditionnel des moyens d'interpréter. Que cet examen ne lève pas toutes les incertitudes ou toutes les ambiguïtés éventuelles est une chose; qu'il soit inutile en est une autre. Sans aller jusqu'aux excès du conservatisme américain, qui fait de l'*original intent* des pères-fondateurs la pierre de touche de l'interprétation de la Constitution, il me paraît indispensable, dans tout travail sur un texte législatif ou constitutionnel, de faire une place à l'examen des différentes rédactions et des débats divers qui ont précédé le vote dont il a été l'objet.

Ce qui est vrai pour le juriste l'est a fortiori pour l'historien. Car de l'historien, l'ambition est plus vaste. Elle ne se borne pas à l'exégèse juridique d'un texte, mais cherche à intégrer cette exégèse juridique dans le contexte général de l'époque. Par contexte, j'entends le mouvement des idées, la situation politique et sociale, le rapport des forces et des partis, la présence ou l'absence de grands leaders d'opinion, etc., toutes choses qui ne dispensent pas d'une analyse proprement juridique, mais que l'analyse juridique ne peut pas non plus remplacer. En d'autres termes, l'historien ne saurait, comme Michel Troper, se dérober à la question : qu'ont-ils voulu? Il le peut d'autant moins, en l'occurrence, qu'il s'agit de la première Constitution française, rédigée dans les premières années de la Révolution, entre 1789 et 1791. Ce qu'on peut appeler « l'esprit public » connaît à cette époque exceptionnelle une si spectaculaire inflexion, et une si riche effervescence, qu'on ne peut faire l'hypothèse de son inconnaisabilité. Quant aux leaders de l'Assemblée Constituante, aux quelques dizaines de personnes qui ont joué le rôle principal dans les discussions constitutionnelles, la plupart ont beaucoup parlé et écrit, et il n'est pas si difficile de reconstituer leurs pensées et leurs arrière-pensées.

(...) En d'autres termes, la première Constitution française peut, moins que toute autre, être étudiée en dehors du contexte politique où elle est rédigée. La réduire à une analyse de concepts juridiques, contemporains ou postérieurs, c'est en méconnaître l'esprit, dominé de part en part par les réactions à la conjoncture révolutionnaire. C'est s'interdire d'en comprendre les principales articulations, qui ne sont intelligibles qu'au croisement du mouvement des idées, des passions et des événements.

Quelques considérations plus générales pour terminer. Faire du droit une pure théorie des normes juridiques, et vouloir interpréter à cette lumière seule la Constitution de 1791 m'apparaît comme un coup de force cathartique. Comme les débats de l'Assemblée sont confus, pleins de raisonnements vicieux et de notions approximatives, mêlés d'intrigues et de manoeuvres et au demeurant mal rapportés, ils constituent un scandale logique, à la limite du pensable. Mieux vaut les considérer d'emblée comme inconnaisables, et pratiquer une lecture sélective des textes législatifs. Une fois faite l'amputation, on peut alors ne traiter que le traitable, le document juridique, à la lumière des concepts « corrects ». Cette quintessence d'abstraction, qui revient à extraire le dit document du sol historique hors duquel il n'aurait pas existé, permet de n'avoir pas à affronter la complexité. Mais elle suggère deux questions : est-elle efficace à l'intérieur de sa propre sphère ? Est-elle efficace en histoire ?

A l'intérieur de sa propre sphère d'abord. Je me demande non seulement ce qui reste d'un système juridique quel qu'il soit, une fois qu'on en a éliminé tout élément méta-juridique, mais aussi s'il y a un sens à tenter de faire du droit un objet pur de science, intelligible à travers la seule analyse logique. Est-ce que l'irrationalité congédiée par le juriste ne revient pas à son insu dans ses raisonnements ? Reprenons l'exemple du veto suspensif. Michel Troper finit par présenter une justification « historique » à sa théorie prétendument pure : c'est précisément parce que le veto suspensif était une arme puissante qu'il devait provoquer la chute du roi à la première tentation d'emploi. N'est-ce pas dire qu'il n'y a pas de théorie juridique, si « correcte » soit-elle, qui puisse se passer de

l'assentiment incorrect des acteurs ? Pour illustrer par un autre exemple le « retour du refoulé », on pourrait aussi prendre le mot « réellement », que Michel Troper utilise à propos encore de l'analyse des pouvoirs que donne « réellement » le veto. Le mot fait rentrer dans le discours les ordres de valeurs mêlés dont le positivisme juridique a prétendu conjurer la confusion. En histoire, ensuite. Car je me défends mal contre la tentation d'inverser le titre de Michel Troper pour l'utiliser à mon profit : « Sur l'usage du savoir historique dans l'analyse des concepts juridiques ». On peut facilement montrer que le dispositif d'abstraction ainsi élaboré n'a rien à dire de l'histoire. Il la récuse à la fois comme le réservoir des causes, et comme le tribunal des effets. Du coup, l'interprétation « correcte » reste neutre, inviolée, inapprochable, dans le dossier du chercheur. Mais cette fille virginale est muette. »

**DOCUMENT 10** : O. BEAUD, « Constitution et constitutionnalisme », in RAYNAUD (P.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, « Quadrige », 1996, 3e éd., 2003, p. 141-142 (extrait).

*La conception anticonstitutionnaliste du positivisme constitutionnel.* La doctrine juridique (constitutionnelle) n'a pas ignoré la nouvelle réalité politique et sociale issue des révolutions démocratique et industrielle. Mais elle en a tiré une conséquence néfaste consistant à se replier sur une appréhension purement juridique de la Constitution, ce qui l'a conduit à disjoindre la constitution du constitutionnalisme. En effet, la doctrine juridique dominante identifie le texte constitutionnel à la constitution et définit la constitution comme une « règle de droit » devant régir les rapports au sein des pouvoirs publics et les rapports entre ces pouvoirs publics et les individus. Le propre de cette conception positiviste du droit est d'isoler radicalement les deux domaines du droit et de la politique. Il y a d'un côté les lois juridiques et, de l'autre, les lois politiques.

Il en résulte que l'idée constitutionnaliste est sacrifiée sur l'autel du droit, de la « norme juridique ». C'est très net chez Hans Kelsen, le théoricien du droit et de la constitution le plus conséquent. Dans sa volonté de fonder l'autonomie de la science du droit, il radicalise la vision positiviste de la constitution comme « loi » ou « norme juridique ». Il distingue entre la constitution *formelle* qui est le document solennel, composé de normes juridiques pouvant être révisées par une procédure spéciale, et la constitution matérielle qui comprend les règles relatives à la création de normes juridiques générales. C'est seulement dans cette conception matérielle que Kelsen concède, presque à regret, la possibilité (et non la nécessité) d'inclure une liste de droits du citoyen ou de droits de l'homme ou encore la séparation des pouvoirs. Aucune de ces deux définitions ne prend en compte la fonction politique de la constitution et chacune d'entre elles reflète le point de vue formel selon lequel la constitution est une norme juridique dont la validité repose sur une norme fondamentale hypothético-déductive. Cette norme fondamentale, posée par l'observateur du système juridique, peut même avoir pour contenu le « bon plaisir du Prince » et donc conférer un blanc-seing aux gouvernants.

Une telle conception positiviste se situe alors aux antipodes du constitutionnalisme car elle conduit à admettre comme constitution tout statut de l'État, codifié dans une loi constitutionnelle, et doté d'une « valeur » juridique supérieure à toutes les autres lois. Ainsi, n'importe quel chef d'un État autoritaire peut proclamer constitutionnelles des dispositions qui sont soit des professions de foi purement mensongères, soit des dispositions autoritaires (et moins hypocrites) lorsqu'elles attribuent par exemple à un seul parti le monopole de l'activité politique (art. 6 de la Constitution de l'Union soviétique de 1977). Le contenu de la constitution est donc devenu littéralement *indifférent* à sa nature. On ne peut plus distinguer les pseudo-constitutions (constitutions « autoritaires ») des constitutions libérales. Ainsi, la constitution est séparée du constitutionnalisme puisque, étant à l'origine instrument de limitation de cet arbitraire, elle est devenue (ou plus exactement peut devenir à tout moment) l'expression même de l'arbitraire étatique. Dès lors, la conception formaliste traduit une dérive de la notion de constitution [...]. Ainsi, le positivisme juridique est muet devant la question du *telos* constitutionnel parce qu'il sacrifie cette interrogation politique au nom de la pureté méthodologique



(distinction des jugements de faits et de valeurs) et surtout au nom de la clôture du droit sur lui-même. Il néglige ainsi de répondre à la question capitale gisant au principe du constitutionnalisme : « Quelle est la fonction politique d'une constitution ? » (C. J. Friedrich).

Il semble donc que le constitutionnalisme soit aujourd'hui confronté à un double défi, intellectuel et pratique. Un défi théorique d'abord : la science constitutionnelle et politique moderne se doit de relever le défi consistant à accepter une conception *normative* de la constitution. Mais, pour penser la possibilité de concepts *normatifs*, il faut découvrir l'élément d'objectivité inhérent à la constitution, sans pour autant tomber dans une définition purement éthique ou axiologique (droit naturel) relevant d'autres sphères du savoir. Comme le montrent toutes les grandes œuvres politico-constitutionnelles, seule l'étude de l'histoire et de la vie politiques peut permettre de dégager cet élément d'objectivité qui permettrait d'échapper à la fois au « nihilisme constitutionnel » de la conception positiviste et à une sorte de « morale constitutionnelle », pour ne pas parler de la nostalgie d'un ordre ancien propre à la plupart des conceptions institutionnelles de la constitution. Mais il doit aussi relever un défi pratique : l'émergence de nouvelles formes d'exercice et d'organisation du pouvoir nées de la restructuration de l'espace public. Il faudrait concilier la démocratie constitutionnelle avec les formes modernes du pouvoir – « démocratie exécutive », personnalisation du pouvoir et sa forme « médiatisée » – si l'on veut que les modes de protection contre le pouvoir accompagnent le changement de ce même pouvoir. Or, face à ces nouvelles formes, le constitutionnalisme qui limitait le pouvoir politique par la constitution-norme paraît partiellement impuissant, alors qu'il devrait au contraire chercher et trouver des solutions constitutionnelles (à la fois juridiques et politiques) capables de restreindre le pouvoir et ses formes diffuses. C'est peut-être dans cette incapacité à inventer de nouvelles règles ou techniques que se manifeste une certaine crise du constitutionnalisme.