

JAHRBUCH
DES
ÖFFENTLICHEN RECHTS

NEUE FOLGE

BAND 16

DAS ÖFFENTLICHE RECHT DER GEGENWART

JAHRBUCH DES
ÖFFENTLICHEN RECHTS
DER GEGENWART

NEUE FOLGE / BAND 16

HERAUSGEGEBEN VON

GERHARD LEIBHOLZ



1967

J. C. B. MOHR (PAUL SIEBECK) TÜBINGEN

HM 16: N 400

(Zs9 636)

©

Gerhard Leibholz

J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1967

Alle Rechte vorbehalten

Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es auch nicht gestattet,
das Buch oder Teile daraus auf photomechanischem Wege (Photokopie,
Mikrokopie) zu vervielfältigen

Printed in Germany

Druck: Tübinger Chronik, Druckerei- und Verlagsgenossenschaft eGmbH, Tübingen

Einband: Heinr. Koch, Großbuchbinderei, Tübingen

Stadt- u. Univ.-Bibl.
Frankfurt/Main

Z 62/1149

INHALTSVERZEICHNIS*

GERHARD LEIBHOLZ: Arnold Köttgen †	I
ALEXANDER HOLLERBACH: Zum Gedenken an Heinrich Triepel	3

ABHANDLUNGEN

GOTTFRIED DIETZE: Lincoln's Constitutional Dilemma	5
JOSÉ PEDRO GALVÃO DE SOUSA: Remarques sur l'idée de constitution et la signification sociologique du droit constitutionnel	39 ✓
EDWARD MCWHINNEY: Federalism, Nationalism and Constitution-making	67
PAUL MARIE GAUDEMET: Le pouvoir exécutif dans les pays occidentaux	79 ✓

BERICHTE

ENTWICKLUNG DES VERFASSUNGSRECHTS IM EUROPÄISCHEN RAUM

a) VERFASSUNGSGERICHTSBARKEIT

WALTER BOGS: Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum Grundgesetz	129
Vgl. NF 9, 151	
GERHARD SCHNORR: Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Grundgesetz	163
Vgl. NF 9, 179	
HANSJÖRG JELLINEK: Die Weiterentwicklung des Grundgesetzes durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	183
Vgl. NF 3, 15; Federer; NF 7, 107; 9, 69; B. Wolff; NF 15, 137; H. Engler	

b) ALLGEMEINE VERFASSUNGSRECHTLICHE ENTWICKLUNG

GAETANO SCIASCIA: Die Entwicklung der italienischen Verfassung (1959-1966)	207
Vgl. NF 6, 1 NF 8, 139; Sciascia mit weiteren Nachweisen	
FELIX ERMACORA: Die Entwicklung des österreichischen Bundesverfassungsrechtes seit 1956	251
Vgl. NF 2, 179; Adamovich; NF 6, 319; Ermacora; NF 11, 417; Pfeifer mit weiteren Nachweisen	
PAVEL PEŠKA: Zur gegenwärtigen Verfassungsentwicklung in der Tschechoslowakei	295
Vgl. NF 8, 293; NF 12, 353; Rabl mit weiteren Nachweisen	

* Anm.: Dieses und die folgenden Zitate verweisen auf die einschlägigen Beiträge in den früheren Bänden des Jahrbuchs; z. B. bedeuten NF 3, 14: Band 3 (der neuen Folge des Jahrbuchs) Seite 14.

c) KOMMUNALVERFASSUNGSRECHT

KURT GAPPA: London und seine Kommunalverfassung	325
NF 9, 317: Sattler mit weiteren Nachweisen	

AUSSEREUROPÄISCHES VERFASSUNGSRECHT

a) AMERIKA

ARNOLD J. HEIDENHEIMER: Public Subsidization in West Germany and the U.S.	367
KHAYYAM Z. PALTIEL: The Proposed Reform of Canadian Election Finance	379
WOLFGANG PRIEUR KOELLING: Die Entwicklung des Verfassungsrechts in Chile	411

b) ASIEN

M. P. JAIN: Central-State Fiscal Relationship in India (1950-1967)	465
Vgl. NF 4, 155: Pylee; NF 11, 1; 14, 57: Kapur	
KAORU MATSUMOTO: Development of Parliamentary Democracy and the modern Party State in Japan up to 1945	513
Vgl. NF 5, 301: Ohgushi; NF 15, 471: K. Hayashida; NF 15, 513: T. Abe	

c) AFRIKA

KURT RABL: Constitutional development and law of the United Republic of Tanzania	567
Sachregister	639

Remarques sur l'idée de Constitution et la Signification Sociologique du Droit Constitutionnel*

Par

JOSÉ PEDRO GALVÃO DE SOUSA

Professor an der katholischen Universität São Paulo

1. L'idée de constitution politique et le régime constitutionnel moderne	39
2. Les anciennes lois fondamentales des royaumes et son caractère constitutionnel . . .	42
3. Significations de «loi fondamentale»	44
4. Constitution sociale et constitution politique	46
5. Caractère conventionnel des constitutions politiques	47
6. La constitution politique dans les régimes ibériques	48
7. La constitution politique de l'Angleterre	49
8. La constitution politique américaine	51
9. Conception révolutionnaire de la constitution politique: le décisionisme démocratique	53
10. Les critiques de Joseph de Maistre aux constitutions écrites	55
11. La constitution comme création du pouvoir constituant	56
12. Observations de Rosmini sur les constitutions politiques et sur l'instabilité constitutionnelle	57
13. Droit constitutionnel et théorie démocratique	58
14. Formation du droit constitutionnel brésilien	59
15. Le peuple indifférent aux constitutions	60
16. Le peuple hostile aux constitutions	61
17. Genèse du constitutionnalisme européen	61
18. Genèse du constitutionnalisme hispano-américain	63
19. Constitution juridico-formelle et réalité constitutionnelle	63
20. Para-constitution et contre-constitution	64

1. La constitution politique est la loi fondamentale de l'État. Elle peut être une loi écrite ou un ensemble de règles établies seulement par la coutume, comme on voit encore dans le régime anglais. Le mot «constitution» tout-court a commencé par être employé en ce sens après la formation des États-Unis d'Amérique et la Révolution de 1789. On parlait auparavant de «lois fondamentales».

* Der vorliegende Aufsatz wurde zu Ehren von Bundesverfassungsrichter Professor Dr. Gerhard Leibholz geschrieben; er konnte aber leider aus zeitlich-technischen Gründen in die indessen unter dem Titel »Die moderne Demokratie und ihr Recht« bei dem Verlag J. C. B. Mohr, Tübingen, in zwei Bänden 1966 erschienene Festschrift nicht aufgenommen werden.

Lois fondamentales du Royaume étaient celles qui établissaient les principes régulateurs de l'exercice du pouvoir réel, en particulier de sa transmission par voie héréditaire. C'étaient les lois du *Royaume*, distinctes des *lois du Roi*, lois inviolables et non à merci de la volonté du souverain, comme ces dernières.

Ces normes étaient parfois imprécises et d'origine consuetudinaire, sans faire partie d'un texte législatif, mais énoncées dans les séances des assemblées représentatives et dans les œuvres des juriconsultes.

Quand on compare les lois fondamentales des anciennes monarchies européennes avec les modernes constitutions démocratiques, on remarque tout de suite en ces dernières une systématisation architectonique, une plus large ampleur dans ses dispositions, embrassant toute la sphère d'action du pouvoir, et aussi une précision plus rigoureuse.

Cela nous fait comprendre la raison par laquelle Émile Chénon dit qu'on ne doit pas qualifier les lois fondamentales de la monarchie française de «constitution» de l'ancienne France. D'après son avis, il leur manquaient deux attributs indispensables pour qu'elles fussent une constitution: la détermination précise des règles, et surtout une sanction¹.

Il est bien vrai que la constitution, au sens moderne, présente quelques traits caractéristiques de la technique juridique inexistantes dans ces lois fondamentales. Malgré cela on ne peut nier en ces mêmes lois l'idée essentielle du système introduit par les constitutions de notre temps, c'est-à-dire, la subordination de l'État au droit. Puisque les monarchies traditionnelles florissaient dans le climat spirituel de la Chrétienté, cette subordination avait un sens plus profond: le détenteur de la suprême autorité dans l'État devait reconnaître, au-dessus de sa souveraineté, le pouvoir absolu de Dieu, et comme fondement de l'ordre juridique positif le droit naturel, sans parler encore du pouvoir exercé par le Pontife Romain, qui était un pouvoir direct sur le spirituel et indirect sur le temporel². Marsile de Padoue, le fameux auteur du *Defensor Pacis* – un livre insolite à l'époque où il a été écrit – niait l'autorité du Pontife et préconisait l'affermissement du pouvoir de l'Empereur. Il allait au point de briser totalement les liens de soumission du pouvoir civil au pouvoir ecclésiastique et d'accorder à l'État juridiction sur les affaires de l'Église. Sa pensée était à l'antipode des principes jusqu'alors dominants, et ainsi l'hérésiarque de la cour de Louis de Bavière devançait l'État moderne, dont la souveraineté s'affirme aussi sur l'ordre spirituel dans la marche vers le totalitarisme.

Comme Marsile, ses contemporains Guillaume d'Occam et Jean de Jandun exaltaient l'État et voulaient libérer le souverain des limitations au pouvoir jusqu'alors reconnues. Ils étaient suivis par les légistes, qui faisaient appel au droit romain avec la même intention. Plus tard Machiavel établit le principe de la «raison d'État», et Bodin tenta une systématisation autour du concept de souveraineté³.

Ceux-ci et ceux-là ont donné à l'État moderne ses premières couvertures idéologiques. Dans cette tâche on ne doit pas oublier l'apport décisif du protestantisme, avec les

¹ Émile Chénon, *Histoire générale du Droit Français Public et Privé des origines à 1815*, tome II, premier fascicule, Recueil Sirey, 1929, p. 345.

² Loyseau indiquait trois espèces de lois limitatives du pouvoir du souverain: les lois de Dieu, les règles de justice naturelle et non positive et les lois fondamentales du Royaume (*Livre des seigneuries*, II, 9). Cette triple distinction nous montre que les lois fondamentales de l'État étaient entendues au sens de règles de droit positif et non de droit naturel.

³ Après Machiavel et Bodin il faut signaler le nom de Hobbes, dont le système peut être considéré une anticipation idéologique de l'État totalitaire.

«monarchies de droit divin» et aussi préparant les esprits pour une nouvelle philosophie politique, qui fut celle du libéralisme⁴.

Les événements historiques de l'époque de transition de la société féodale vers les régimes de monarchie centralisatrice ont contribué à l'essor du mouvement d'affermissement du pouvoir réel, soutenu par la force des armées, qui commençaient à se constituer, et par les armes de la dialectique que les apologistes de l'absolutisme savaient employer habilement.

L'apparition des armes à feu, les guerres de religion, les expéditions maritimes, l'enrichissement du trésor public et tant d'autres faits ont transformé la vie économique et politique des peuples, entraînant le déclin du féodalisme et l'avènement d'une centralisation progressive.

En ces conditions, la technique de limitation du pouvoir alors pratiquée s'est montrée inopérante. L'absolutisme monarchique pouvait s'épanouir, et rien n'empêcha qu'il devint un despotisme.

La différence entre le régime absolutiste et le régime despotique, enseignée par Montesquieu dans une division applicable aux monarchies et aux républiques, consiste essentiellement dans le fait du souverain reconnaître ou ne pas reconnaître une limitation morale à l'exercice de son pouvoir. Le monarque absolu n'est pas nécessairement un despote⁵. Il peut agir de conformité avec sa conscience et dans la conviction qu'il devra rendre ses comptes à Dieu, pénétré que le pouvoir lui a été donné pour servir et tâchant à faire justice sans acception de personne. Il peut donc réaliser l'idée de l'État de droit, non d'après la modalité libérale-bourgeoise des démocraties modernes, mais dans son essence, qui est la subordination du pouvoir politique à des normes supérieures d'un ordre juridique qui ne peut être changé par la volonté des détenteurs de ce même pouvoir. La subordination à la loi naturelle et à la loi divine positive, comme règle fondamentale des actions de l'occupant du pouvoir, a une portée beaucoup plus grande que la simple soumission de celui-ci aux lois fondamentales du droit positif. Mais évidemment tout cela reste dans la dépendance de la conscience de celui qui exerce le pouvoir. S'il n'observe pas ces limitations d'ordre moral, le souverain deviendra un despote et son bon plaisir se transformera dans la *suprema lex*.

Émile Chénon, après avoir dit que la théorie des lois fondamentales n'était qu'une limite morale au pouvoir du Roi, conclut de cette manière: «cette limite, amplement suffisante quand le roi s'appelle Saint Louis, a dû paraître moins sûre aux sujets de Louis XIV»⁶.

Le régime constitutionnel du *Staatsrecht* cherche précisément à assurer l'efficacité des limitations du pouvoir, pour garantir les citoyens contre le despotisme. Cette technique de la garantie des libertés et des limitations du pouvoir nous fournit la substance de l'idée moderne de «constitution».

⁴ Les conséquences politiques du protestantisme ont été dûment étudiées, de Balme et Tocqueville à Max Weber et Troeltsch. A propos du puritanisme Giulio Bruni Roccia écrit: «Non si penetra nella formazione del mondo moderno e delle forze che ancor oggi, sotto i più diversi aspetti, affiorano nella storia se non si scende in profondità nel problema dell'influenza esercitata dal puritanismo sullo sviluppo delle idee politiche e della coscienza sociale anglosassone» (G. Runi Roccia, *La ragion puritana. Diritto e Stato nella coscienza anglosassone*, Milano, Giuffrè, 1952, p. 3).

⁵ Cfr. aussi G. Leibholz, *Das Phänomen des totalen Staates* in *Festschrift für Herbert Kraus* 1952 p. 157-158.

⁶ Émile Chénon, loc. cit.

2. On a parfois réduit les modalités du régime monarchique à ces deux formes: la monarchie absolue et la monarchie constitutionnelle. Celle-ci devient synonyme de monarchie limitée. Mais nous savons que, dans l'histoire des peuples européens, l'ordre juridique de la monarchie traditionnelle, avant l'absolutisme, établissait des limitations au pouvoir réel, qui ne doivent pas être confondues avec le système du constitutionnalisme libéral. De telles limitations étaient faites dans les conditions propres de ces peuples, bien avant qu'on eût connu la complexité de l'État moderne et la systématisation des constitutions écrites. La société était fort décentralisée, le droit se caractérisait par une formation spontanée, la loi écrite n'avait pas encore atteint la primauté qu'elle a aujourd'hui, et la distribution des compétences et l'exercice des fonctions judiciaires obéissaient à des critères divers de ceux qui ont prépondérance de nos jours. Tout de même, il ne faut pas laisser de reconnaître, dans les monarchies traditionnelles limitées, le même principe appliqué par le droit constitutionnel moderne avec une technique nouvelle et dans des conditions politiques différentes: la limitation du pouvoir de l'État pour défendre les libertés.

En plus des limitations de nature éthique et religieuse, on connaissait celles provenant de déterminations conventionnelles, ou par coutume, ou par droit écrit. Elles étaient très répandues chez les peuples hispaniques, avec la tradition des *fueros*. Avant que les barons anglais eussent obtenu du roi Jean les garanties de la *Magna Charta*, Alphonse IX, aux *Côrtés* de Léon, se soumettait au principe selon lequel le roi ne pouvait faire usage de la propriété ou de la personne de quelqu'un de ses sujets que par un procès légal. Ces *Côrtés* s'étaient assemblées en 1188, et en 1299 celles de Valladolid réitéraient le même principe. A. J. Carlyle et J. B. Trend font noter que ce n'est pas en Angleterre, mais chez les peuples de la péninsule ibérique qu'on doit chercher les premières manifestations du système représentatif⁷. L'historien de l'administration publique portugaise, Gama Barros, a étudié les éléments modérateurs du pouvoir royal en Portugal, et il nous fait voir que ces éléments exerçaient une action efficace, nonobstant la force du monarque comme suprême seigneur qu'il était, chef militaire et juge en dernière instance. Ces éléments étaient le Clergé, les Ordres militaires, la Noblesse, le Peuple dans les *concelhos* (communes, municipes) et les *Côrtés* ou assemblées représentatives des ordres ou états du Royaume⁸.

Les lettres de franchise étaient les constitutions des communes ou *concelhos*, comme en

⁷ A. J. Carlyle, *La libertad politica*, trad. de Vicente Herrero, Fondo de Cultura Economico, Mexico, p. 31-32 et J. B. Trend, *The Civilization of Spain*, Geoffrey Cumberlege, Oxford University Press, p. 64. Les traditions de la monarchie visigothique et du *Fuero Juzgo* établissaient que le pouvoir du Roi ne devait pas être absolu: »Rex eris si recta facies; si non facies, non eris.« Rafael Bielsa montre, dans les institutions aragonaises, la priorité du »fuero de manifestation« sur le »habeas corpus« anglais et nous fait voir dans le »justiciazgo de Aragón« une modalité primitive du recours de l'inconstitutionnalité des lois (Rafael Bielsa, *La protección constitucional y el recurso extraordinario*, Buenos Aires, 1936 et *Estudios de Derecho Publico*, III: *Derecho Constitucional*. Librería Editorial Depalma, p. 348-349). La primauté chronologique des royaumes ibériques dans la formation du système représentatif est considérée par Antonio Sardinha, à propos de Portugal (voir A. Sardinha, *Teoria das Côrtés Gerais*, préface au livre du 2^o Vicomte de Santarém *Memórias para a História e Teoria das Côrtés Gerais*). Les procureurs des »concelhos« représentant le »troisième bras«, c'est-à-dire le peuple, tenaient assis aux *Côrtés* de Leiria (1254) et de Santarém (1263) avant qu'en Angleterre les communs fussent admis au Parlement.

⁸ H. Gama Barros, *História da Administração Pública em Portugal nos séculos XII a XV*, Liv. II, Tit. I, c. II: limitations du pouvoir royal (Tomes II et III de la deuxième édition, dirigée par Torquato de Souza Soares, Livraria Sá da Costa, Lisboa).

Espagne les *fueros*. Le système représentatif, les autonomies locales et régionales, les libertés corporatives, en sus des coutumes féodales, voilà ce qui composait l'organique de la société politique avant la centralisation de l'absolutisme. Ces éléments ont subsisté, même après la croissance du pouvoir central, mais ils ont perdu peu à peu la vitalité d'autrefois, en subissant l'effet des transformations politiques et économiques.

C'était un ensemble de limitations structurées par le droit positif. Les lois fondamentales appartenaient au droit positif et non au droit naturel, elles formaient une surlégalité au-dessus des autres règles juridiques. Chénon ne reconnaît pas, en ces lois, le caractère de lois constitutionnelles à cause de son manque de précision, et parce qu'elles n'avaient pas de sanction. Mais on ne peut nier que certaines de ces lois étaient bien précises, par exemple, celles qui en France réglaient la succession royale, en écartant du trône les femmes, les fils bâtards et les hérétiques, ou le principe d'après lequel le souverain ne pouvait émettre de nouveaux tributs ou augmenter les existants sans l'acquiescement des assemblées représentatives. Pour ce qui se rapporte à la sanction, il faut avouer qu'elle n'est pas un élément indispensable pour la caractérisation de la loi constitutionnelle. Cette dernière question pourrait nous amener très loin, mais nous nous en tenons à deux ou trois remarques.

Il faut d'abord rappeler les textes de constitution équivalents à des directives doctrinaires. Elles ne sont pas sûrement des règles coercitives et ne font que donner une orientation générale pour la systématique de l'ordre juridique d'un État. On peut citer, comme exemples, les articles dans lesquels on dit que tout le pouvoir vient du peuple et doit être exercé en son nom, ou les déclarations comme celles de l'article 90 de la Constitution de la Bulgarie, de 1947: «La défense de la patrie est un devoir suprême et un point d'honneur pour chaque citoyen.» On peut dire le même de l'article 145 de la Constitution brésilienne de 1946, en disposant que l'ordre économique doit s'organiser d'après les principes de la justice sociale «conciliant la liberté d'initiative avec la valorisation du travail humain».

Les dispositions des Déclarations de Droits peuvent être assimilées à cette catégorie de directives doctrinaires. Cela leur a fait souffrir la critique de ceux qui y voient un formalisme sans efficacité dans la vie réelle. La liberté devient abstraite et vide de contenu quand la loi se limite à de définitions, sans pourvoir aux moyens nécessaires à sa réalisation dans les conditions réelles d'une société concrète. Voilà pourquoi, après l'abolition des privilèges des aristocraties, les principes de l'égalité juridique et de la liberté de travail ne suffirent pas pour empêcher la formation de nouvelles classes privilégiées dans la société capitaliste bourgeoise.

Le caractère général des normes constitutionnelles les plus importantes – celles qui déterminent les droits fondamentaux – requiert la complémentation de la constitution par les lois ordinaires. Celles-ci descendent à de détails et indiquent des dispositions concrètes. Une particularité intéressante à noter c'est le fait de la législation ordinaire modifiant la constitution: lois électorales qui limitent le droit du suffrage, malgré le suffrage universel établi dans la constitution; lois de défense nationale ou sûreté de l'État, qui annulent pratiquement des garanties constitutionnelles; ou bien lois de redressement économique, qui ne tiennent pas compte de l'inviolabilité du droit acquis assuré par la constitution.

Le problème de la sanction des normes constitutionnelles peut être abordé dans une perspective plus large, et on peut se demander si la sanction est ou non de l'essence de la

norme du droit génériquement considérée. A ceux qui répondent affirmativement, on pourrait opposer la thèse de ceux qui caractérisent la norme juridique par la possibilité d'une sanction et non par la sanction effective de toutes ses dispositions, ou celle autre de ceux qui considèrent suffisante, pour cette norme, la garantie de son observance d'après un critère objectif, dans la stricte application de ses termes et indépendamment de quelque marge d'arbitre dans celui qui doit l'appliquer.

Quelques auteurs peuvent considérer l'élément coercitif indispensable ou essentiel à la norme de droit positif dans le système des États modernes, avec la primauté de la loi écrite et la rigidité du texte constitutionnel. Mais ils ne doivent pas vouloir expliquer par ce type d'organisation juridique les institutions d'autres époques et d'autres ambiances socio-politiques.

Au dire de Manuel García-Pelayo, la sanction, bien qu'elle soit une note essentielle du droit, « suppose un ordre juridique dominé par le droit légal, laquelle n'est qu'une des possibles formes de structuration juridico-normative ». D'ailleurs la sanction, au sens de la science juridique, suppose une ordonnance de compétences existant seulement dans l'État moderne⁹.

On peut conclure qu'on ne doit pas nier aux anciennes lois fondamentales le caractère de lois constitutionnelles de l'État, ni à cause de sa relative imprécision, ni à cause de l'absence de sanction. Malgré cette imprécision, elles établissaient une surlégalité, fixaient les principes basiques de la constitution du pouvoir et assuraient quelques droits fondamentaux des individus et des groupements.

3. Il y a une variété de sens dans le mot « constitution » pris pour désigner la loi fondamentale de l'État. Carl Schmitt nous présente la gamme de ces significations de la *lex fundamentalis*, en commençant pour appliquer cette expression à toutes les lois considérées de plus grande importance politique par l'ensemble de personnes ou groupements qui exercent de l'influence sur l'État.

D'après le même auteur, et d'une forme plus déterminée, on peut énoncer les significations ci-dessous:

- 1) Norme absolument inviolable et non susceptible de réforme.
- 2) Norme relativement invulnérable qui peut être réformée par un procès extraordinaire.
- 3) Dernier principe unitaire de l'unité politique et de l'ordonnance sociale de l'État. Telle était la « constitution » pour Aristote et les philosophes grecs. Toute société politique est constituée d'une forme ou de l'autre, elle a sa manière d'être, c'est-à-dire sa constitution.
- 4) Quelque principe particulier de l'organisation de l'État, v. g. droits fondamentaux, division des pouvoirs, le principe représentatif.
- 5) La dernière norme dans un système d'imputations normatives (la loi des lois). Les autres lois doivent être référées à cette norme, qui établit l'unité de l'ordre juridique. La conception de Hans Kelsen en est un exemple bien significatif.

⁹ M. García-Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, 2^e éd., Revista de Occidente, Madrid, p. 105. L'auteur défend la thèse suivante: par sa propre nature, le droit constitutionnel n'a pas naturaleza, el Derecho constitucional carece de los supuestos necesarios a un orden de normas jurídicas coactivas», op. cit. p. 102).

6) Quelque réglementation organique de compétence et procédé pour les activités étatiques les plus importantes. Dans l'État fédéral: la délimitation des droits de l'Union à l'égard des États membres.

7) Toute limitation des facultés ou des activités étatiques.

8) Constitution au sens positif: acte du pouvoir constituant, originaire d'une décision politique unilatérale du sujet du pouvoir, ou d'un accord de quelques uns de ses sujets¹⁰.

Il est bien vrai que tous ces sens de »loi fondamentale« ne s'appliquent pas au concept de constitution. D'un autre côté, ces acceptions ne sont pas nécessairement exclusives les unes des autres, et se présentent parfois comme des aspects différents d'un même objet.

Dans un plan de conceptualisation abstraite, il y a une équivalence entre loi fondamentale et constitution, au sens de dernier point d'imputation normative. Dans la conception de Kelsen l'ordre juridique se constitue par une hiérarchisation parfaite, où chaque norme est établie d'après les prescriptions d'une règle supérieure, jusqu'à la constitution de l'État, qui peut être symbolisée comme le sommet d'une pyramide. De haut en bas, on devrait placer la constitution, les lois, les règlements. Au-dessus de la constitution positive on pourrait encore placer un statut international, et dans l'absence de celui-ci du moins une loi fondamentale de signification transcendante (*Grundnorm*), qui doit être conçue pour compléter logiquement le système et dont l'énoncé est le suivant: il faut que la constitution soit obéie.

Lois fondamentales en tant que principes particuliers de l'organisation de l'État, ce sont les principes constitutionnels. C'est le cas de la division des pouvoirs et du principe représentatif.

Si on prend la constitution comme un tout, elle peut signifier: 1) loi fondamentale positive d'un État, dans l'ensemble de ses préceptes, originaires de la coutume ou écrits dans un texte élaboré par le détenteur du pouvoir constituant: 2) structure de la société en conformité avec sa formation naturelle et son développement historique.

Ce sont respectivement la constitution juridique de l'État et la constitution historique de la société. La première est la constitution au sens normatif de la systématique du droit positif. La deuxième est la constitution sur le plan de l'ontologie sociale et de la dynamique de l'histoire.

Le constitutionnaliste brésilien Pinto Ferreira nous fait voir que l'erreur des normativistes kelseniens c'est de faire une simple réduction de l'idée de constitution à un concept purement normatif et juridique¹¹.

La distinction entre ces deux aspects de la constitution comme totalité a été perçue par Proudhon, qui en a fait une des prémisses de son anarchisme. L'auteur des *Confessions d'un révolutionnaire* opposait la constitution politique à la constitution sociale, et considérait celle-là un produit artificiel destiné à être dessous dans celle-ci dans la marche progressive vers la réalisation d'une société libérée de l'oppressif mécanisme étatique.

Les sociétés contemporaines marchent en sens contraire de la prévision proudhonienne. Le champ des autonomies sociales se rétrécit de plus en plus et l'étatisation de la vie est chaque fois plus accentuée. Le socialisme nous mène à l'unité totalitaire et non au pluralisme fédéraliste préconisé par Proudhon. Les constitutions politiques construites

¹⁰ Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, § 5 (Dritte unveränderte Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, s. 42).

¹¹ Pinto Ferreira, *Da Constituição*, 2^e édition, 1956, José Konfino Editor, Rio de Janeiro. Cfr. aussi G. Leibholz in *Juristische Wochenschrift* 1932 (vol. 61) p. 3754-3755.

artificiellement pour la plupart l'emportent sur la constitution sociale sans se calquer sur celle-ci.

4. Voilà le noeud de la question de la réforme constitutionnelle aux pays comme le Brésil et ceux de l'Amérique espagnole, où il y a un conflit permanent entre les formules de la constitution politique et la réalité de la constitution sociale. C'est l'idée même de constitution qui est en jeu, la façon d'encadrer la constitution juridique de l'État dans la constitution historique de la société.

La critique sociologique des constitutions brésiliennes, faite par Tobias Barreto, Euclides da Cunha, Alberto Torres et surtout par Oliveira Vianna, tourne autour de ce conflit, qu'on peut trouver chez d'autres peuples dont le droit politique est aussi dominé par un formalisme exagéré. Gaston Morin a écrit sur «la révolte des faits contre le code», et on pourrait dire de même à propos de la Constitution. C'est le conflit entre le «pays légal» et le «pays réel» dont on a tant parlé en France¹².

«Qu'est-ce qu'une constitution?» demande Joseph de Maistre. Et il nous répond que c'est la solution du problème suivant: «Étant données la population, les mœurs, la religion, la situation géographique, les relations politiques, les richesses, les bonnes et les mauvaises qualités d'une certaine nation, trouver les lois qui lui conviennent»¹³.

Dans ce morceau, Joseph de Maistre n'a pas évidemment en vue définir une constitution. Il nous veut donner les termes du problème constitutionnel, leur *status questionis*. Nous y trouvons les deux concepts de «constitution sociale» et «constitution politique».

Le premier prend la constitution relativement à la société civile, comme quand on emploie ce même mot pour désigner la condition d'un organisme individuel. La *constitutio corporis* se rapporte à la complexion d'un corps. Pareillement la constitution d'un organisme social signifie la façon de ses divers éléments réunis pour former l'unité collective. Les sociologues ont comparé la société à un vaste organisme. C'est une analogie, exagérée par l'organicisme sociologique, elle doit être entendue métaphoriquement pour éclaircir le concept de société. Fondé sur cette analogie, le terme «constitution» – signifiant complexion ou tempérament – peut s'appliquer aux sociétés, et en ce sens toute société civile ou politique a sa constitution.

Cela nous fait comprendre le fragment de vérité des monstrueuses conceptions modernes de l'État totalitaire. Pourquoi les adversaires du totalitarisme s'admirent-ils parfois à la capacité de réaliser l'unité sociale du régime soviétique, aujourd'hui, ou de l'Allemagne naziste avant la guerre? C'est parce que ces régimes parviennent à une intégration de tous les éléments constitutifs de la société dans la totalité globale, intégration plus difficile à faire dans les démocraties qui respectent les principes de liberté d'initiative, de concurrence et d'organisation. Mais le totalitarisme transforme l'État dans l'agent unique de cette intégration, en supprimant les autonomies des petites communautés et en sacrifiant la liberté de la personne. C'est ce qu'il a d'odieux et inhumain dans ce système, c'est bien là son erreur la plus pernicieuse. Ce qu'on n'a pas encore abouti à réaliser c'est l'idéal d'une société dont la cohésion interne résulte du fonctionnement harmonique de ses parties, intégrées par l'État sur le plan supérieur des intérêts nationaux sans perdre leur juste autonomie.

¹² Ce fut la terminologie chère aux polémistes de l'Action Française.

¹³ Joseph de Maistre, *Considérations sur la France*, in *Œuvres Complètes*, Librairie Catholique-Emmanuel Vitte, Lyon, Paris, 1924, t. I, p. 75.

En face des conditions des sociétés contemporaines, cet objectif demande une certaine planification de la société par l'État. C'est une des questions poignantes de nos jours. Pourra-t-on faire la planification sans sacrifier la liberté? Pour sauver la liberté devra-t-on aller jusqu'à compromettre la planification nationale? ¹⁴.

Des adeptes du totalitarisme et de la démocratie se rencontrent les uns face à face avec les autres et ne réussissent pas à échapper à l'alternative. Le vaisseau de l'État reste flottant entre Scylla et Charibde sans pouvoir être assuré dans la tempête.

La constitution politique des États devient une chemise de force pour la société ou bien, au contraire, protège l'individu au détriment de la société, en compromettant la sûreté nationale et en conditionnant les plus graves crises sociales.

Nous avons vu ce que c'est la constitution sociale. Voyons maintenant ce qui doit être la constitution politique.

5. L'expression nous est venue spontanément: ce qui *doit être* la constitution politique. Et cela après avoir dit ce qui est la constitution sociale. Nous passons maintenant de l'observation des faits au plan du *devoir être*.

La constitution sociale nous fait connaître la société telle qu'elle est en elle-même dans la réalité, à la façon d'un organisme bien ou mal constitué. Naturellement on peut poser le problème de la réforme de la société, de sa reconstitution. Nous serons ainsi dans le domaine du *devoir être*. Cependant il faut remarquer que la constitution des sociétés dépend surtout des institutions naturelles et d'usages très enracinés. Elle découle de ces usages, non par un déterminisme physique ou biologique, mais par une force vigoureuse qui a ses origines dans la liberté des hommes et dont les conséquences ne sont pas toujours susceptibles d'être contrôlées par cette même liberté.

D'après la distinction très connue faite par Geny à propos de l'élaboration du droit privé, et applicable aussi au droit public, la constitution sociale est le *donné* et la constitution politique est le *construit*.

Reprenons l'expression de Joseph de Maistre citée plus haut: »Étant données la population, les mœurs, la religion, la situation géographique, les relations politiques, les richesses, les bonnes et les mauvaises qualités d'une certaine nation« (constitution sociale: *donné*), »trouver les lois qui lui conviennent« (constitution politique: *construit*).

Quand on parle de constitution au sens politique, c'est-à-dire de la loi fondamentale du droit positif d'un État, le mot »constitution« ne se prend pas par similitude avec *constitutio corporis*, mais en tant que dérivé de *cum statuere*. Au sens de règle de droit ou loi, le droit romain adopta l'expression *constitutio principum*. Et le droit moderne fait de la constitution la loi fondamentale, le statut du pouvoir, la charte magne qui assure les droits de l'homme en face de l'État. C'est quelque chose d'établi – *statuere* veut dire mettre, établir, constituer – mais établi par détermination des hommes, du législateur qui dit ce qui doit être, fixe le précepte, prescrit la conduite typique.

La constitution sociale est un produit de la nature et de l'histoire. Les familles, cellules sociales, dont l'assemblément fait les sociétés politiques, sont des institutions naturelles. La tradition remplit un rôle décisif dans la formation des sociétés, en leur donnant un

¹⁴ La possibilité d'une planification qui respecte les libertés est le thème de Karl Mannheim, in *Freedom, Power and Democratic Planning*. Cfr. aussi G. Leibholz, *Neues Deutsches Verfassungsrecht* in *Hessische Hochschulwochen für staatswissenschaftliche Fortbildung* vol. 32 (1960), p. 138 seq.

caractère propre et en permettant la différenciation des cultures. La famille et la tradition tiennent ses origines en des actes de liberté, malgré une impulsion naturelle dans la genèse de la famille et une ambiance déjà formée conditionnant la liberté dans l'essor de la tradition.

La constitution politique est une œuvre de la volonté libre des hommes, plus précisément des hommes qui se mettent d'accord (*cum statuere*).

Elle a une origine conventionnelle, et fréquemment prend naissance d'un pacte, d'un engagement entre le détenteur de l'autorité et ceux qui défendent leurs libertés, ou entre des représentants de plusieurs groupements politiques dans une assemblée constituante.

Même si elle est une charte concédée par le chef de l'État, elle porte un cachet conventionnel, signifiant alors une déclaration de volonté du possesseur de la souveraineté, lequel reconnaît le droit de ses sujets et s'engage à les respecter ¹⁵.

6. Dans les monarchies traditionnelles des royaumes ibériques il y avait une idée bien nette de la légitimité constitutionnelle, originaire d'un certain pacte entre le souverain et le sujet. Abandonnée aux temps de l'absolutisme, spécialement au XVIII. siècle (despotisme éclairé, *Aufklärung*), la notion de pacte, à l'origine d'une constitution politique, revient aux temps de la Révolution sous l'inspiration individualiste.

La bilatéralité des obligations du roi et des sujets était un principe essentiel au droit public hispanique, déjà énoncé aux temps de l'ancienne monarchie, c'est-à-dire de l'Empire visigothique, et formulée aux Conciles de Tolède. Ce principe a suivi le développement des institutions jusqu'à l'avènement de l'absolutisme, après lequel la *concordia* de l'époque médiévale fut dissoute dans la notion romaine de l'*imperium* retrouvé par les légistes. La même idée de réciprocité obligationnelle est à la base du régime féodal, construit sur la reconnaissance de la valeur de la fides. C'est vrai que les institutions et les coutumes féodales n'ont pas eu dans la péninsule ibérique la même expansion que dans les autres royaumes de l'Europe. Bien que la tradition politique des Espagnes nous présente une conception des lois fondamentales calquée dans le postulat du pacte central entre le souverain et la Nation.

Il n'est pas nécessaire d'arriver au temps de Suarez pour la trouver. Nous savons que ce maître de Coimbra et ses contemporains de Salamanca défendaient au XVI. siècle l'origine populaire de la souveraineté, contre la thèse protestante de la monarchie de droit divin. Ce fut plus tard la même position de Velasco de Gouveia avec les doctrinaires de la Restauration de Portugal (1960), qui interprétaient polémiquement le *pactum subjectionis* comme une délégation du pouvoir faite au prince par le peuple, dans lequel ils voyaient le sujet immédiat de l'autorité originaire de Dieu. Mais dès le Moyen Age on enseignait déjà que le roi doit jurer respect aux *fueros*, libertés et franchises du Royaume. Le caractère de souveraineté, selon les praticiens cultivateurs du droit, était

¹⁵ Le mot «constitution» au sens juridico-politique peut signifier:

1. constitution coutumière;
2. constitution élaborée par une assemblée;
3. constitution octroyée par le chef d'État (charte constitutionnelle);
4. constitution produite par un pacte, qui peut être entre l'assemblée et le souverain.

Exemple de ce dernier cas: la Constitution française de 1794. Cette Constitution fut œuvre de la Constituante acceptée par le Roi. C'est l'accord du monarque avec la représentation populaire qui fait, en des cas semblables, la constitution. Alors on voit le pouvoir constituant se répartir entre le souverain et l'assemblée.

imprimé au monarque par ce serment. Après avoir fait son serment, le monarque recevait foi et hommage de ses sujets.

Pedro Vieira da Silva, secrétaire d'Alphonse VI, disait que «les souverains fussent-ils les seigneurs de leur royaume par droit de succession, ne pourraient pas prendre possession de leur gouvernement sans avoir d'abord accompli par un acte public les anciennes lois et cérémonies de la nation, puisque l'autorité ne se communiquait qu'en raison de pareil acte, qui lui servait de titre pour les présents et pour la postérité». Antonio Ribeiro Saraiva, dans le *Memorandum* de sa conférence avec Lord Grey, notait que la légitimité ne consiste pas seulement dans le fait du souverain légitime d'occuper le pouvoir, mais aussi «dans l'obéissance des vrais contrats sociaux, le Droit Public Portugais, la Constitution Nationale»¹⁶.

La légitimité juridique résultait donc de la légitimité dynastique et aussi de la légitimité constitutionnelle. Il ne faudrait pas se limiter à reconnaître les droits personnels du titulaire de la souveraineté d'après l'ordre héréditaire. Il ne pouvait y avoir de souveraineté pleine, de légitimité complète, sans le respect pour le droit historique et l'accomplissement des lois fondamentales.

Passons du Portugal à la Catalogne, un autre peuple de la péninsule très différencié par les conditions péculiaires de sa formation politique, et nous y trouverons l'observance de semblables principes. Avec sa pensée toujours vigoureuse et son érudition luxuriante, Francisco Elías de Tejada fait l'étude des doctrines politiques de la Catalogne médiévale, et il écrit: «L'ordre constitutionnel de la Catalogne est arrivé au XIV. siècle à une modernité qui étonne et à un sens de respect de la liberté humaine qu'on peut bien aspirer au XX. siècle. L'équilibre parfait et synchronique de ses éléments politiques; l'équation entre le pouvoir réel, les privilèges de la noblesse et les intérêts de la bourgeoisie croissante; la présence d'un élevé esprit patriotique au-dessus des questions disputées; le sens de mesure qui se fait voir partout jusqu'aux moindres détails; et surtout l'harmonie merveilleuse avec laquelle les composants du système se coordonnent, font de la Catalogne de ce siècle (le XIV.) un modèle des ordonnances politiques seulement comparable à l'Aragon contemporain et supérieur à l'Angleterre des Édouards et des Henris, dont les disputes violentes sont des symptômes d'un déséquilibre qu'on ne trouve pas dans la structure catalane»¹⁷.

Il y a donc dans la tradition hispanique des monarchies limitées, des éléments d'une constitution politique au sens juridico-formel, quoique sans les caractéristiques de la technique du constitutionnalisme d'aujourd'hui. Il y en a aussi l'idée d'un accord ou pacte. Nous voyons là les lois constitutionnelles comme effet d'une détermination volontaire des hommes, au contraire de la constitution sociale, qui ne dépend pas de cette détermination et manifeste la façon d'être de la société.

7. La constitution politique est donc le produit d'une élaboration consciente, tandis que la constitution sociale se forme sans une délibération préalable des hommes.
Il est vrai que la constitution politique peut avoir une façon coutumière et non écrite,

¹⁶ Apud Antonio Sardinha, *Teoria das Côrtes Gerais*. Antonio Ribeiro Saraiva professait la cause de D. Miguel et employait le terme «contrat social» dans un sens différent de celui de Rousseau.

¹⁷ Francisco Elías de Tejada, *Las doctrinas políticas en la Cataluna medieval*, Aymá Editora, Barcelona, 1950, p. 28.

comme on voit dans l'exemple de l'Angleterre et des lois fondamentales des anciennes monarchies européennes. La différence entre la loi écrite et la coutume gît précisément dans le caractère spontané de la coutume contrastant avec le conventionnel et exprès de la loi. Dans les cas historiques cités, malgré la forte prédominance du droit coutumier, il y a aussi de la place pour les délibérations, les accords, les conventions ou les concessions expresses.

A propos de la constitution britannique, Freeman nous dit qu'elle n'a jamais été faite, au sens des constitutions des autres pays. Cependant cette particularité ne signifie nullement qu'il n'y ait aucune délibération. L'auteur du classique essai *Growth of the English Constitution* nous fait voir que cette constitution n'est pas le produit artificiel d'une assemblée délibérante et moins encore l'application d'une théorie abstraite ou la réproduction de systèmes d'autres peuples. Mais il ne laisse pas de souligner l'importance des grands documents, qui sont les bornes d'un long chemin parcouru par les institutions anglaises dans son développement historique: la *Magna Charta*, la *Petition of Rights* et le *Bill of Rights*¹⁸.

Les circonstances qui ont entouré la promulgation de la *Magna Charta* mettent en évidence le caractère d'un engagement pris par le souverain. Au temps du roi Henri I il y avait déjà une lettre qui assurait certaines libertés, mais ce texte juridique n'était pas observé. Cette lettre était presque centenaire quand le roi Jean monta au trône, et elle inspira à l'archevêque Stephen Langton au moment où il prit la tête du mouvement de nobles, ecclésiastiques et marchands mécontents du monarque à cause des actes arbitraires qui l'écartaient de tous dans une grande impopularité.

Les puissants barons anglais imposaient la *Charta* au roi, dont les pouvoirs étaient par conséquent limités. Il y a dans ce document des dispositions qui confirment les libertés ecclésiastiques; d'autres par lesquelles le roi promet de respecter l'ancien droit en matière de service militaire, succession, mariage, à l'égard de l'aristocratie; d'autres encore concernant la classe moyenne rurale, à laquelle on concédait des exemptions, ou bien aux villes, bourgs et villages, en assurant ses anciens usages et franchises. On doit faire ressortir la disposition d'après laquelle aucun homme libre serait emprisonné, privé de sa liberté ou de ses biens, exilé ou de quelque façon frappé en sa personne que par un jugement légal de ses pairs ou par la loi du pays – *per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae*.

Leur texte définitif date de 1225, sous Henri III, lequel, dans le préambule, déclare: »de notre bon gré, nous donnons et concédons aux archevêques, évêques, abbés, prieurs, comtes, barons et tous ceux de notre royaume, les libertés ci souscrites, pour être perpétuellement conservées en notre royaume d'Angleterre«.

Dans la *Petition of Right* de 1628 des Lords spirituels et temporels et les Communs, réunis au Parlement, commençaient par rappeler au souverain le statut *de tallagio non concedendo*, du mois d'octobre 1297, par lequel le roi promettait par soi-même et par

¹⁸ E. Freeman, *Growth of the English Constitution*, chap. II. En sus des trois documents cités par Freeman, il faut rappeler ces autres qui les suivirent: Act of Settlement (1701), Act of Union with Scotland (1706), Great Reform Act (1832), Parliament Acts (1911 e 1949), Irish Treaty (1921), le Statut of Westminster (1931) et aussi les lois électorales. D'ailleurs la constitution britannique comprend d'autres lois élaborées par le Parlement («statutes»), décisions judiciaires et règles de «common law», aussi bien que les coutumes constitutionnelles, parmi lesquelles il faut considérer, par leur importance dans la pratique du régime parlementaire, la responsabilité du Cabinet devant la Chambre des Communs.

ses successeurs de ne pas imposer et de ne pas dresser des tributs sans le consentement des archevêques, évêques, comtes, barons, chevaliers, bourgeois et autres hommes libres. Ils présentaient respectueusement ses sollicitations à Sa Majesté comme «humbles requêtes». Enfin le *Bill of Rights* de 1689 – d'une plus grande portée que le document antérieur – est une déclaration des Lords et des Communs assemblés à Westminster à une époque où on sent déjà l'air du constitutionnalisme moderne.

8. La Révolution Glorieuse de l'Angleterre (1688) et le *Bill of Rights* de 1689 ont donné une nouvelle impulsion à la marche du droit constitutionnel britannique et ont modifié le rythme qu'elle suivait jusqu'alors. Mais c'est surtout dans le mouvement de l'indépendance américaine et dans ses antécédents immédiats que les historiens et les juristes vont chercher les origines des constitutions et des déclarations de droits généralisées partout, en Europe et en Amérique, sous l'influence des principes de la Révolution de 1789. C'est ce que fait, par exemple, Jellinek dans son étude très connue à propos de la réception de la Déclaration américaine en France et aux autres pays qui ensuite adoptèrent le nouveau régime des constitutions écrites¹⁹.

L'expérience des États-Unis nous met en face d'hommes qui s'associaient pour fonder un nouvel État, auquel il faudrait donner une structure constitutionnelle. Par ailleurs, leur tâche était accomplie lorsque de nouvelles idées politiques prenaient essor, exerçant de l'influence sur les classes dirigeantes, dont les hommes d'esprit pratique n'étaient pas dépourvus d'une certaine philosophie politique. Ces idées réformistes ou révolutionnaires avaient pour oracles Locke, Montesquieu et Rousseau. *L'Esprit des Lois*, par exemple, avait acquis une grande autorité des deux côtes de l'Atlantique²⁰.

A l'idée de constitution comme expression d'un pacte est fréquemment liée l'aventure des pèlerins du *Mayflower*. Ils ont conclu un vrai contrat social le 11 Novembre 1620, dans le bateau qui les conduisait à la nouvelle terre de promission. D'autres colons ont signé des pactes de la même nature, comme, par exemple, la charte de Connecticut, influencée par le pasteur Thomas Hooker, qui enseignait que «le choix des magistrats appartient au peuple par une ordonnance de Dieu».

Les treize colonies établies aux bords de l'Atlantique du nord étaient des communautés séparées les unes des autres et sans former une unité coloniale. La Couronne nommait ses gouverneurs, sauf pour Maryland et Pennsylvanie, où ils étaient élus par les propriétaires. Connecticut et Rhode Island avaient un gouvernement d'origine populaire.

Il est bien significatif le préambule qu'on a mis aux *Fundamental Orders of Connecticut*: «Puisque, quand un peuple se forme, la parole de Dieu détermine, pour conserver la paix et l'union, qu'un gouvernement régulier soit établi selon la volonté populaire, pour l'ordre et la gestion de la chose publique en tout temps, comme il est nécessaire, conséquemment, nous nous assemblons et nous associons pour former un État, en déclarant, par nous-même et par nos successeurs, et pour quiconque veut s'assembler à nous, avoir constitué un pacte d'union et de confédération».

Telles étaient les premières manifestations du constitutionnalisme américain. Les chartes et les accords établis préparèrent les colons pour le régime constitutionnel fondé sur une loi écrite. Chacune des colonies, lors de l'indépendance, a eu immédiatement sa

¹⁹ Jellinek, *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte; Ein Beitrag zur modernen Verfassungsgeschichte*, Leipzig, 1895.

²⁰ James Bryce, *La République Américaine*, trad. française, V. Giard & Brière, t. I, p. 53.

constitution. Les Articles de Confédération et Union Perpétuelle étaient une transition, un premier pas pour arriver à la Constitution fédérale de 1787. Celle-ci était rédigée par une assemblée dont les membres, outrepassant le mandat reçu, l'accordaient pour élaborer la loi fondamentale d'un nouvel État²¹.

Il est intéressant de considérer cette décision des conventionnels de Philadelphie, qui a eu comme résultat la formation des États-Unis d'Amérique.

Les représentants des nouveaux États avaient compris les avantages et même la nécessité d'une union plus étroite pour affermir le prestige international et finir avec les disputes internes. D'où la réunion de Maryland en 1786, pour une nouvelle organisation du commerce. Jusqu'alors chaque État conservait sa souveraineté et son indépendance, selon les articles de Confédération, aussi bien que la juridiction et les droits non délégués expressément aux États Unis assemblés en Congrès. Le Congrès des délégués des États avait approuvé la proposition de l'assemblée d'Annapolis (Maryland), de faire convoquer une assemblée générale de représentants de tous les États pour examiner la situation de l'Union et faire une révision du texte des Articles de Confédération et Union Perpétuelle. La Convention de Philadelphie, présidée par Washington, recevait ainsi un mandat impératif et devait proposer aux congrès de tous les États les amendements considérés opportuns en face des circonstances du moment. Mais la majorité des conventionnels décida de ne pas se restreindre à de telles limitations et d'élaborer une Constitution nouvelle, qui devrait être ensuite soumise à l'approbation des habitants de chaque État.

Cette consultation au peuple ne se réalisa pas par des plébiscites dans les divers États, mais par l'élection de Conventions destinées en ces mêmes États à ratifier ou rejeter la Constitution de Philadelphie. Certaines de ces conventions ont proposé des amendements au texte constitutionnel, c'est-à-dire articles additionnés et explicitant quelques questions autour desquelles on pourrait avoir des soupçons ou des craintes. Ce sont les dix premiers *amendments* de la Constitution américaine, datés de 1791 et qui correspondent à la Déclaration des Droits. Les discussions qui se sont déroulées à la Convention de New York – l'État le plus récalcitrant – donnaient origine aux écrits de Hamilton, Madison et Jay en défense de la Constitution, et ces écrits forment les classiques commentaires du *Federalist* dont les éditions se sont multipliées au cours des ans.

Il y a donc, dans les bases de la Constitution américaine, un élément volontaire, l'accord des fondateurs d'une société ou de groupements divers déjà constitués qui s'assemblent dans une organisation plus large.

Cet accord n'a pas sûrement les caractères d'un contrat social à la façon de Rousseau. Dans le pacte des émigrants du Mayflower le contrat social est plus caractérisé. Mais il faut ne pas oublier ces remarques de Georges Burdeau: »D'abord, il faut considérer que, sur les cent deux colons du *Mayflower*, ceux que le folklore américano-puritan appellera les Pères pèlerins n'étaient que trente-cinq; la proportion est faible de ceux qui, pleinement, adhéraient à la signification profonde du contrat. Ensuite, le recours à l'idée d'un Conventant n'implique aucunement qu'ils aient entendu utiliser les ressources techniques du contrat. Qu'apportaient les parties? où était l'objet de leurs engagements réciproques? Si incertaines que soient les stipulations dans le contrat social selon Rousseau, on ne les retrouve même pas dans l'acte des fondateurs de la première constitution. C'est qu'en réalité il n'avait de contrat que le nom que les commentaires lui ont donné. C'est

²¹ Op. cit., t. I, p. 42-43.

un accord, une entente, non pas pour fixer les conditions d'un échange, mais pour créer ensemble le statut de la communauté. L'adhésion de chacun des participants n'est pas subordonnée à l'apport des autres, elle va à l'idée dont tous reconnaissent à la fois la valeur et l'utilité. Ce pacte n'oppose pas les parties, il les unit; il n'exige aucun abandon de leur part, mais une mise en commun de cette valeur qu'ils portent tous en eux-mêmes: la souveraineté. C'est pourquoi, bien loin d'attacher un sens étroitement conventionnel aux actes des colons, il faut y voir ce qui est essentiel: une décision du souverain qui, conscient de l'ordre social selon lequel il entend vivre, consent au Pouvoir qui s'en porte garant et établit du même coup son autorité²².

Le même auteur, d'accord avec Jellinek, remarque encore que les chartes des colonies anglaises de l'Amérique – fussent-elles émanées de la Couronne, ou des propriétaires (c'est le cas de la charte de William Penn pour la Pennsylvanie), ou des colons avec confirmation de la Couronne (Connecticut, Rhode Island) – toutes se réduisent à des concessions d'une autorité supérieure. La nature juridique de ces documents n'est autre qu'une garantie unilatérale concédée par la Couronne ou les propriétaires²³.

Enfin, la Constitution Fédérale des États-Unis est le fruit de la décision d'une petite assemblée de 55 membres, parmi lesquels 39 ont signé le document.

On peut l'appliquer le concept de Schmitt sur la constitution comme décision consciente fixant l'existence politique dans sa façon concrète d'être²⁴.

Les considérations de Burdeau nous mènent à l'interprétation décisionniste de Schmitt. Et quand nous disons que la constitution politique est l'œuvre de la volonté des hommes se mettant d'accord (*cum statuere*), nous ne devons pas omettre cet aspect fondamental de la question: c'est la capacité de décision d'un homme ou d'un petit groupe d'hommes qui, en dernier ressort, procure les accords ou simplement impose la constitution, obtenant l'adhésion explicite ou le consentement tacite des autres.

9. Les constitutions révolutionnaires de la France nous manifestent avec plus d'évidence ce même aspect.

Une nouvelle conception de constitution politique jaillit des sources idéologiques de 1789.

Le système traditionnel des lois fondamentales du royaume et le constitutionnalisme organique de l'Angleterre et des États-Unis ont toujours eu pour base la reconnaissance des droits préexistants: libertés et privilèges qu'on voulait soutenir, observance de certaines pratiques consuetudinaires, droits assurés par de textes historiques les plus anciens. La Déclaration de l'Indépendance des treize États de l'Amérique, en 1776, invoquait pour justifier l'émancipation une suite de mesures illégales et arbitraires du Roi d'Angleterre, par lesquelles le système des lois anglaises était aboli, de nouveaux tributs étaient imposés qui violaient les anciennes chartes et n'avaient pas le consentement des sujets. Le *Bill of Rights* de 1689 réaffirmait «les vrais, anciens et incontestables droits du peuple»²⁵.

²² G. Burdeau, *Traité de Science Politique*, t. III, Le statut du pouvoir dans l'État, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, p. 78-79.

²³ Op. cit., t. III, p. 86. Cf. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Fünftehntes Kapitel, I: Überblick über die Geschichte der Verfassungen, 4.

²⁴ C. Schmitt, op. cit. § 3, s. 21-22.

²⁵ En se rapportant à la «Magna Charta», à la «Petition of Rights» et au «Bill» de 1689, Freeman remarque qu'aucun de ces documents politiques n'annonça l'établissement de quelque chose de nouveau. Ils donnaient plus de force à la protection de droits dont les anglais jouis-

Ces droits étaient considérés – à l'Angleterre de la Révolution Glorieuse et aux États Unis pendant l'époque de l'indépendance – dans sa concrétion historique et non seulement en tant que prédicats de la nature abstraite de l'homme. De cette façon la constitution politique, malgré l'élément rationnel de la délibération (accord ou acte unilatéral), résultait d'un développement organique, c'est-à-dire historique du droit. On a dit de la constitution britannique: *it had not been made, but had grown*. On pourrait dire de même, avec de certaines restrictions, de la constitution américaine, qui a ses origines dans les anciennes chartes de colonisation et qui se complète par le système des *amendments* ajoutés au texte. Il y a de moments, comme ceux du pacte du *Mayflower* ou des *Fundamental Orders* de Connecticut, où l'on peut remarquer une plus grande intervention de l'élément délibératif, mais d'autres documents écrits se dressent sur le droit existant et ne font que le ratifier solennellement.

La constitution est donc, en ces expériences, l'expression d'une croissance organique, ou le terme d'un procès historique antérieur.

La Révolution de 1789 vient changer tout cela. Le droit abstrait prévaut sur le droit historique. La Déclaration des Droits a en vue l'homme en sortant du bois pour former la société, selon l'image de Rousseau. L'édifice de l'ordre traditionnel est abbatu et on construit à sa place cette nouvelle société. La constitution devient l'élément d'origine de l'ordre juridique positif, point de repère des autres lois et la dernière source des droits et des libertés. Cette idée, provenant de la conception des droits de l'homme du jus-naturalisme rationaliste, a conduit au positivisme juridique le plus rigoureux, qui réduit tout le droit positif au droit fondamental de la constitution, expression de la volonté souveraine du législateur.

Au surplus, le régime constitutionnel moderne d'empreinte franco-révolutionnaire, dont l'esprit a influencé aussi le postérieur développement du droit anglo-saxonien, transpose l'idée d'*imperium* originaire de l'absolutisme monarchique vers le plan de l'organisation démocratique de la société. La constitution devient le résultat de la volonté créatrice du peuple. C'est l'idée qui nous permet d'arriver au fond de la conception révolutionnaire de constitution politique. Albert Sorel, dans son œuvre classique sur l'Europe et la Révolution française, soutient la thèse selon laquelle la Révolution de 1789 est en germe dans l'Ancien Régime. En effet, l'absolutisme monarchique contient déjà les principes dont les adeptes de la conception rousseauienne de la démocratie se serviront pour élaborer la théorie de la souveraineté populaire. Sous l'absolutisme monarchique la volonté du prince était la loi, et la nouvelle conception transférait le même attribut à la volonté du peuple. Le peuple crée *ex nihilo* l'ordre juridique: voilà l'essence de la théorie révolutionnaire du «pouvoir constituant» et de la «constitution», acte de ce même pouvoir.

C'est ce que nous enseigne Burdeau: «La constitution ce n'est pas la description de pratiques plus ou moins similaires, ce n'est même pas un ensemble d'institutions auxquelles un consentement tacite du peuple conférerait une valeur discutable, ce n'est pas

saient depuis longtemps. Dans les grandes luttes politiques – poursuit le même auteur – la voix des anglais ne s'est jamais élevée pour demander l'affirmation de nouveaux principes, mais la clameur publique a toujours réclamé une meilleure observation des lois en vigueur avec le redressement des torts nés de leur corruption et de l'oubli de ces mêmes lois (loc cit). Selon Joseph de Maistre jamais les anglais n'auraient demandé la grande charte si les privilèges de la nation n'avaient pas été violés; mais jamais aussi ils ne l'auraient demandée, si les privilèges n'avaient pas existé avant la charte» (Essai sur le principe générateur des constitutions politiques, n. XVII).

davantage la traduction en règles juridiques d'un état de fait ancien, c'est un acte volontaire et réfléchi par lequel le souverain définit le Pouvoir qui s'inscrit dans l'institution étatique, fonde de ce fait l'État et la puissance qui s'exercera en son nom, et détermine les conditions dans lesquelles les gouvernants seront habilités à user de cette puissance et les gouvernés tenus de s'y soumettre.²⁶

La constitution est conçue non en tant qu'un accord, mais principalement comme déclaration de la volonté du peuple souverain. La constitution *octroyée* est un acte unilatéral de déclaration de la volonté du chef d'État. La constitution *élaborée* par une assemblée est assurément un compromis, un accord, mais de cet accord des divers groupements assemblés dans la Constituante résulte la connaissance de la volonté générale, la volonté de la majorité, la volonté du peuple décidant par ses représentants. Voilà le décisionisme au plan démocratique. Il est bien la signification la plus profonde de la théorie de la constitution instaurée par la Révolution Française.

10. C'est en face de la fonction de pouvoir créateur attribuée au *pouvoir constituant* que nous devons entendre les critiques de Joseph de Maistre aux constitutions écrites. Le philosophe de Chambéry regardait contristé le spectacle de la France révolutionnaire. L'ironie avec laquelle il a stigmatisé les assemblées législatives de son époque n'était pas le fruit d'un sarcasme voltairien inspirant des traits d'esprit.

On ne peut pas élaborer une constitution pour l'homme, disait-il, c'est-à-dire pour l'homme abstrait. Celui-ci n'existe pas. Il y a des hommes, qui sont français, italiens, russes ou perses, et il faut leur donner des lois adaptées aux conditions concrètes où ils vivent. On ne peut pas faire une constitution comme un horloger fabrique un horloge. La constitution politique d'un peuple n'est pas une œuvre purement humaine, c'est une grande œuvre qui dépasse les possibilités d'une assemblée. Plus d'une fois Joseph de Maistre reprend ces affirmations. Au début de son *Essai sur les principes générateurs des constitutions politiques*, il écrit: »Une des grandes erreurs du siècle qui les professa toutes, fut de croire qu'une constitution politique pouvait être écrite et créée *a priori*, tandis que la raison et l'expérience se réunissent pour établir qu'une constitution est une œuvre divine, et que ce qu'il a précisément de plus fondamental et de plus essentiellement constitutionnel dans les lois d'une nation ne saurait être écrit«²⁷.

La meilleure constitution est une œuvre du temps – disait Napoléon, l'homme qui pourtant a donné à la France trois constitutions. S'il est vrai que les lois doivent être construites sur les coutumes, cela est encore plus vrai quand on parle de la loi fondamentale d'un État, même s'il s'agit de fonder un nouvel État, car alors il faut chercher des institutions qui soient effectivement ajustées au milieu, aux habitudes sociales, aux traditions locales, au caractère général du peuple, tout un *background* psycho-sociologique, géopolitique et économique. Cette sous-structure de la société nous présente ce qu'il y a de »plus fondamental et de plus essentiellement constitutionnel« C'est la *constitution sociale*, qui doit servir de base à la *constitution politique*. Celle-ci ne doit pas être un produit conçu aprioristiquement ou fabriqué à la façon d'un horloge, car elle n'est pas un ouvrage ou une chose faite par l'art, mais une œuvre de la prudence législative. Le législateur

²⁶ G. Burdeau, op. cit., t. III, p. 42.

²⁷ Joseph de Maistre, *Essai...*, I, O. C., p. 235. Voir aussi Étude sur la souveraineté, c. VII, O. C., p. 344.

prudent ne législa pas pour des êtres de raison, mais il doit avoir les pieds bien fermes sur le terrain qu'il foule²⁸.

Le réalisme politique de Joseph de Maistre se complète par la vision de l'homme dans les perspectives de la théologie catholique. La constitution est une œuvre de temps et elle se lève au terme des événements dirigés par la main invisible et mystérieuse de la Providence.

11. La Révolution française a mis en pratique la conception de l'État naturaliste-sécularisé, en niant la fondation transcendantale du pouvoir politique et de l'ordre juridique. D'après la doctrine du droit nouveau, découlant des principes de 1789, la constitution ne peut plus être considérée une «œuvre divine» – comme disait Joseph de Maistre – et tout au plus, dans les pays de droit coutumier et quand on fait l'interprétation des faits historiques, elle pourra être attribuée à l'empire inflexible du déterminisme social²⁹. Cependant la conception révolutionnaire à l'origine a une inspiration rousseauvienne, essentiellement volontariste et individualiste. Elle fait de la loi l'expression de la volonté du peuple, celui-ci étant formé par l'assemblément des individus libres et égaux, dont l'autonomie ne peut être limitée que par eux-mêmes.

L'invocation de l'Être suprême par les révolutionnaires ne s'oppose pas à ces observations, car elle est faite selon le déisme du XVIII. siècle, qui conçoit Dieu éloigné du monde et nie la Providence. Cependant la constitution, réduite à une œuvre purement humaine, par un autre côté se montre comme quelque chose de divin en raison d'une sorte de déification de la volonté populaire, mise à la place de Dieu en guise de dernier fondement de l'ordre juridique³⁰.

Pour qu'une constitution soit valable – dans la pensée de Sieyès – il faut et il suffit que la volonté nationale ait été déléguée à des représentants spéciaux, qui forment le «pouvoir constituant». Cette volonté est toujours légale, puisqu'elle est la loi elle-même, elle est légale indépendamment de quelque autre condition, elle est l'origine de toute légalité. Ces affirmations du pamphlet *Qu'est-ce que le Tiers État?* sonnent comme un écho du *Contrat social* de Rousseau, qui enseigne que la volonté du peuple est toujours droite et n'a pas besoin de justifier ses actes. C'était la même conception des constituants Camus

²⁸ Rappelons la distinction entre art («recta ratio factibilium») et prudence («recta ratio agibilium»). L'art a pour objet la production d'une chose extérieure à nous (action transcendantale), tandis que la prudence dirige les actes humains (action immanente). Cette direction peut être donnée pour chacun à ses propres actions volontaires, ou peut être celle d'une personne sur autre (prudence du père et chef de famille, du législateur, du chef de l'État), Le droit est une science prudentielle, la «iurisprudencia» des romains, et comprend un élément artistique à l'égard de son expression, c'est-à-dire de la rédaction des normes juridiques.

²⁹ Cfr. aussi G. Leibholz, *Die Hauptformen der Demokratie in Hessische Hochschulwochen für staatswissenschaftliche Fortbildung* vol. 14 (1957) p. 10.

³⁰ En réaction contre les conceptions aprioristiques de la Révolution, l'historicisme revendiqua la formation naturelle organique du droit, dans la perspective théologique de Joseph de Maistre, Adam Müller, Stahl, ou d'après le positivisme de Savigny et d'autres enseignant la doctrine de la «conscience collective». Ces derniers s'opposaient au rationalisme abstrait de la Révolution mais conservaient les mêmes postulats révolutionnaires dans la vision naturaliste de l'homme et de la société, que les premiers refoulaient. Quant au naturalisme de l'État moderne, v. Werner Sombart, *Der moderne Kapitalismus*, Dritter Band, Erster Halbband, Duncker & Humblot, Berlin, s. 48-49: «Das Wesen des modernen Staates, III: 1. Der moderne Staat ist naturalistisch-säkularisiert, will sagen: aus allen überstaatlichen Verbindungen und Bindungen herausgelöst, souverän, ipse Deus... 2. In seinem inneren Aufbau ist der moderne Staat individualistisch-atomistisch-nominalistisch.»

«Toujours, qui dans la...
 «... de sauver la res...
 «... constitutionnelle...
 «... par le chef d'É...
 «... d'un pacte en...
 «... de la souverain...
 «... de Marcel de...
 «... par une création cons...
 «... à Dieu seul. Les dé...
 «... auquel ils donn...
 «... cette notion, pl...
 «... plus élevé qui...
 «... de la nature divine». L...
 «... - «cette Consti...
 «... de la Montagne Sainte...
 «... l'ouvrage de quel...
 «... ».

«... telle conception le...
 «... Rosmini aux début...
 «... penseur italien, qui a...
 «... la crise spirituell...
 «... aux questions religie...
 «... participant aux pr...
 «... Grand métaph...
 «... et des hommes d...
 «... l'idéologie qui, p...
 «... l'Amérique l'implantati...
 «... pour l'État romain, c...
 «... sur la constitution se...
 «... époque du lyrisme r...
 «... après des critères d...
 «... de constitution...
 «... l'impulsion des forc...
 «... produit d'une idéologie, s...
 «... de Jupiter te. Les consti...
 «... de la République...
 «... dans la France de la Rév...
 «... en dix ans avait...
 «... d'une année. L...
 «... de...

et Teilhard, qui dans la séance du 1. juin 1790 déclaraient que l'Assemblée avait le pouvoir de changer la religion. D'où il faut conclure, avec Albert Mathiez, que la théorie révolutionnaire conférait au pouvoir constituant une dictature illimitée dans tous les domaines sans exception. Une fois qu'on accepte ces principes, la charte constitutionnelle octroyée par le chef d'État devient une injure au peuple souverain. On doit aussi rejeter l'idée d'un pacte entre le souverain et la société, car la constitution devient un dictamen de la souveraineté nationale, une *création* du pouvoir constituant. D'où la conclusion de Marcel de la Bigne de Villeneuve: »Créer, le terme est bien significatif, car une création consiste à tirer quelque chose de rien. Jadis, cette faculté était réservée à Dieu seul. Les députés n'hésitent pas à se l'attribuer. A leurs yeux le texte constitutionnel auquel ils donnent le jour est plus qu'une loi si haute et si vénérable qu'ils veuillent faire cette notion, plus même qu'une disposition hyperlégislative ou superlégislative du degré plus élevé qui soit positivement imaginable. C'est une révélation qui participe de la nature divine«. Les membres de la Convention iront plus loin. »La voici« – s'écriait Barrère – »cette Constitution tant désirée qui, comme les Tables de Moïse, n'a pu sortir de la Montagne Sainte qu'au milieu des foudres et des éclairs! Et qu'on ne dise pas qu'elle est l'ouvrage de quelques-uns. Dans quelques jours, on a recueilli la lumière de tous les siècles«³¹.

12. Avec une telle conception le pouvoir législatif se croit infaillible et tout-puissant. Ainsi le voyait Rosmini aux débuts du siècle dernier.

Le grand penseur italien, qui a fortement contribué à la restauration de la métaphysique et vécut la crise spirituelle de son époque entièrement dévoué à la philosophie spéculative et aux questions religieuses, a eu aussi une inclination très accentuée vers la science politique, participant aux préoccupations de ses contemporains en face de l'agitation révolutionnaire. Grand métaphysicien, il fut pourtant tout le contraire de ce que, à propos de Rousseau et des hommes de 1789, Auguste Comte nommait la »politique métaphysique«. Il critique l'idéologie qui, procédée de la France, inspirait en beaucoup de pays de l'Europe et de l'Amérique l'implantation du nouvel ordre constitutionnel. Dans ses projets de Constitution pour l'État romain, dans les essais sur »la constitution naturelle de la société civile« et sur »la constitution selon la justice sociale«, Rosmini cherchait à écarter les hommes de son époque du lyrisme révolutionnaire, en leur apportant la considération du fait politique d'après des critères d'objectivité sociologique.

Il y a deux modalités de constitution politique: l'une est formée graduellement, sans un plan préconçu, sous l'impulsion des forces sociales ou des aspirations populaires; l'autre, créé d'un coup, produit d'une idéologie, sortant de la *mens* du législateur comme Minerva sortit de la tête de Jupiter³². Les constitutions antérieures à 89 appartiennent au premier type, par exemple celles de la République de Venise et de l'Angleterre. Les autres ont pris leur origine dans la France de la Révolution.

Jusqu'alors la France en dix ans avait eu dix constitutions, quelques unes ayant été en vigueur pour moins d'une année. La même instabilité caractérisa les constitutions de

³¹ Marcel de la Bigne de Villeneuve, *L'Activité Étatique*, R. Sirey, 1954, p. 398-399. Cf. Egon Zweig, *Die Lehre vom Pouvoir Constituant: Ein Beitrag zum Staatsrecht der französischen Revolution*, Tübingen, Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1909.

³² A. Rosmini, *Progetti di Costituzione. Saggi editi ed inediti sullo Stato*, Fratelli Bocca Edit., Milano, 1952: *La Costituzione secondo la giustizia sociale*, p. 67 et ss.

type français aux autres pays. Rosmini se rapportait à une œuvre intitulée *Alcune parole sopra diverse cose che passano intorno a noi*, avec une énumération des constitutions européennes des 3 Mai 1791 au 24 Août 1829, c'est-à-dire en 38 années et quelques mois. Celles-ci montaient à 152, parmi lesquelles 12 n'ont été jamais appliquées et 75 étaient déjà révoquées. Les autres n'outrepassaient pas, en 1829, seize ans d'existence.

Dans son langage de polémiste le philosophe italien concluait que les abstractions politiques de la Révolution française étaient insuffisantes pour fonder un gouvernement durable et réduisaient la vie des États à l'existence éphémère des insectes.

13. Nous venons de voir que les constitutions inspirées par l'idéologie révolutionnaire ont consacré le décisionisme démocratique. Il faut ajouter que dans la réalité politique la constitution par la déclaration de la volonté générale et par l'interprétation de cette volonté à charge des membres d'une Constituante doit être considérée la constitution *par fiction d'une prétendue volonté collective*. En effet, ce sont les décisions des individus élus pour une assemblée déterminée qui prévalent sans qu'il soit possible d'établir une pleine correspondance entre ces décisions et la volonté réelle des électeurs. Le mandat impératif permettait de constater si cette correspondance avait lieu ou non. Dans les démocraties dont le système de suffrage se fonde sur un mandat ample et illimité, on ne peut pas faire la même constatation. Il ne reste, pour remplir la lacune, qu'appeler au plébiscite ou au *referendum* à propos de chaque mesure législative ou du moins de la constitution comme un tout.

D'ailleurs, si les premiers législateurs américains ont dépassé la délégation reçue, en France cette violation du mandat par excès fut encore plus flagrante. Les députés choisis pour les États Généraux, dans une élection faite de conformité avec le procès de convocation de cette assemblée représentative, avaient reçu des ordres ou états un mandat impératif limité, explicite, et soudain ils se proclamèrent représentants de toute la Nation avec un mandat universel. La transformation des États Généraux en Assemblée Constituante fut donc une usurpation de qualité³³.

Dans la théorie démocratique, la loi est l'expression de la volonté générale, ce qui est valable aussi et surtout pour la loi fondamentale, la constitution. Cet absolutisme de la volonté du peuple, à la place de la volonté du roi, comme source dernière du droit, heurte la réalité et n'est qu'une fiction.

En outre la démocratie moderne est une démocratie de partis. Gerhard Leibholz a exposé dans sa pénétrante analyse «*Strukturprobleme der modernen Demokratie*» que l'intervention des organisations partidaires dans la vie politique a changé le mécanisme du système représentatif³⁴. La volonté du peuple se manifeste par ses représentants, en

³³ Marcel de la Bigne de Villeneuve, *Traité général de l'État*, II, R. Sirey, 1931, p. 70, en note: «lors de leur élection aux États Généraux de 1789, les députés choisis étaient réellement titulaires d'un mandat, le mandat limité, impératif contenu dans les Cahiers. Ils y ont renoncé, ils l'ont répudié en se proclamant Assemblée Nationale Constituante, et c'est donc à partir du moment où ils n'étaient plus mandataires à aucun titre qu'ils ont revendiqué le mandat général de la Nation. Le fondement historique de l'absurde doctrine du mandat représentatif de droit public est une vulgaire usurpation de qualité».

³⁴ 2^e édition, 1964, spec. p. 78-131 (*Der Strukturwandel der modernen Demokratie*). G. Leibholz a déjà exposé en 1950 (cf. *Strukturprobleme* p. 176) que «in dem zur politischen Wirklichkeit gewordenen massendemokratischen Parteienstaat die Parteien erst das Volk aktivieren und handlungsfähig machen. Die Parteien sind das Sprachrohr, deren sich das organisierte Volk bedient, um sich artikuliert äußern und Entscheidungen fällen zu können. Ohne die Zwischen-

passant encore par un autre intermédiaire: le parti politique. Ce troisième élément, introduit dans la réalité politique des régimes fondés sur l'opinion publique, était d'abord ignoré par le droit constitutionnel (on ne trouvait aucune référence aux partis dans les constitutions), mais en ces dernières années il commença à être objet de réglementation juridique. C'est ainsi qu'au Brésil le régime de pluralité des partis fut incorporé au texte de la Constitution de 1946 (art. 134 et 141, § 13) élaborée peu après la fin de la deuxième guerre mondiale, c'est-à-dire dans un moment historique marqué par la réorganisation des États démocratiques, qui tâchaient d'assurer ce principe à un moment où il venait d'être nié par les États totalitaires avec le sacrifice de la liberté d'opinion.

Les législations électorales d'ailleurs ont contribué, en ces dernières années, à accentuer l'importance des partis en tant qu'instruments de manifestation de la volonté populaire. C'est ce qu'on peut constater avec le régime de votation par titre de groupe. Le suffrage universel individualiste, qui est venu substituer le suffrage de base corporative jadis existant, a évolué, s'écartant du primitif et extrême individualisme et recevant une base partisane.

La prétendue volonté du peuple est généralement la volonté d'un groupe, qui contrôle le parti dominant, soit la direction de ce parti, soit quelqu'un des groupes de pression, qui se multiplient de nos jours et parmi lesquels il faut rappeler surtout ceux qui représentent les grandes forces économiques. Par ailleurs les ajustements et les accords que les partis ou les groupes de pression font les uns avec les autres se développent sans aucune participation effective de la volonté du peuple³⁵.

14. La formation du droit constitutionnel brésilien nous permet de comprendre, par une illustration historique bien suggestive, les affirmations faites ci-dessus³⁶.

La Constitution de l'Empire du Brésil – octroyée par D. Pedro I le 25 Mars 1824 – était un produit des idées dominantes dans les élites dirigeantes du pays aussitôt après l'indépendance. L'influence des doctrinaires français était particulièrement sensible, ce qui explique l'institution du pouvoir modérateur comme «la clef de l'organisation politique», selon l'article 98 de la Constitution. Il va sans dire que les théories du droit public de l'époque n'étaient pas connues par le peuple. D'ailleurs la Constitution ne venait pas de l'Assemblée Constituante, élue par une petite parcelle de la population. Après les événements qui ont culminé avec la dissolution de cette Assemblée, l'Empereur D. Pedro chargea une commission de rédiger le nouveau projet, qui après la consultation aux chambres municipales des diverses provinces s'est converti dans la charte octroyée par le souverain.

schaltung der Parteien würde das Volk nicht in der Lage sein, Einfluß auf das staatliche Geschehen auszuüben und sich so selber zu verwirklichen. Ein Volk würde hilflos sein, wenn man ihm die Parteien nehmen würde, die es überhaupt erst in der politischen Sphäre als handelnde Einheit in Erscheinung treten lassen.« Cfr. aussi G. Leibholz, *Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert*, 3ième édition, 1966.

³⁵ Cf. Ernesto Bernareggi, *L'attività legislativa e la volontà popolare nel regime democratico*, Milano, Giuffrè, 1949, p. 11: «E sempre l'interesse del popolo che viene perseguito, ma come espresso da un gruppo che agisce nell'interesse del popolo e lo sostiene, considerandolo da un suo particolare punto di vista che ha ottenuto l'approvazione del popolo.» Cfr. aussi G. Leibholz, *Staat und Verbände in Veröffentlichungen d. Vereinigung d. Deutschen Staatsrechtslehrer* No. 24 (1966) p. 5-33.

³⁶ Cf. J. P. Galvão de Sousa, *Introdução à História do Direito Político Brasileiro*, 2^o ed., Saraiva, São Paulo, 1962.

Assurément ce procès peut être considéré plus démocratique que la promulgation d'une constitution indépendamment de l'approbation des chambres. En effet l'opinion publique naissante au Brésil se bornait aux limites de la vie communale. Les chambres municipales étaient les sources naturelles de la manifestation de l'opinion publique.

Cela n'empêche pas de reconnaître que la Constitution de l'Empire a été le fruit d'une petite parcelle de la nationalité, sans arriver à représenter la volonté consciente du peuple. Mieux encore, elle fut l'oeuvre de la décision de l'Empereur, qui, ayant dissous la Constituante, chargea une commission par lui-même choisie du nouveau projet et finalement octroya la Charte avec sa suprême autorité.

Le prince de Bragança, qui fut le premier à ceindre la couronne impériale brésilienne, était un homme fait pour régner en monarque absolu. Mais il devait accepter les idées libérales de son temps, pour assurer l'appui des forces politiques et des sociétés de pensée. Il faut ne pas oublier que le projet de Constitution était discuté au sein de la société secrète »Apostolado« avant d'être présenté à la Nation par le monarque.

Voilà donc comment on doit expliquer la Constitution du 25 Mars: une doctrine dominante la mentalité de l'élite dirigeante, un groupe de pression remplissant les cadres politiques, un homme façonné pour le pouvoir et pour se faire obéir. Le peuple ne comptait pour rien ³⁷.

Nous retrouverons une situation semblable, et peut-être encore plus accentuée, dans la formation de la première Constitution républicaine. Il ne faut que substituer la doctrine française de la monarchie constitutionnelle par le système américain de la république fédérative. Il y avait aussi des groupements d'influence politique décisive, celui des positivistes de l'École militaire et celui des républicains affiliés aux loges maçonniques. L'homme apte à prendre de grandes attitudes n'y était plus, mais au lieu d'un chef de valeur personnelle l'Armée suscitait pour la première fois au Brésil un phénomène très commun aux peuples voisins de l'Amérique espagnole, le *caudilhismo*. Le Maréchal Deodoro da Fonseca – le chef du gouvernement provisoire et le premier président de la République – servait d'instrument aux promoteurs du nouveau régime, et après s'être indisposé avec l'assemblée qui avait voté la Constitution et qu'il faillit dissoudre, était remplacé par le Maréchal Floriano, personnalité de la marque d'un *caudillo*. Il faut encore rappeler un autre homme d'une influence puissante sur le nouveau régime: Ruy Barbosa, auteur du projet de Constitution, calqué sur les enseignements des maîtres américains qui lui fascinaient dès sa jeunesse ³⁸.

L'Assemblée Constituante, élue factieusement, ne pouvait représenter l'opinion publique nationale. Les deux partis monarchiques – Conservateur et Libéral – en étaient exclus, et le Règlement Alvim, première loi électorale de la République, avait été élaboré à dessein pour assurer l'homogénéité républicaine dans l'Assemblée.

15. La Constitution de l'Empire du Brésil et la première Constitution républicaine présentent des différences sensibles à l'égard de la conformité du texte constitutionnel

³⁷ Voir les études réunies dans le tome spécial de la Revista do Instituto Historico e Geografico Brasileiro consacré au 1^{er} Congrès de l'Histoire Nationale, III^e Partie (Histoire Constitutionnelle et Administrative), Rio de Janeiro, 1916. Sur l'influence du libéralisme doctrinaire français dans la Constitution de 1824: Octacilio Alecrim, *Idéias e Instituições do Império. Influências francesas*, ed. Revista de Estudos Políticos, Rio de Janeiro, 1953.

³⁸ Deux mouvements d'idées ont exercé une influence pondérable aux premiers temps de la République: le positivisme de A. Comte, parmi les militaires, et le fédéralisme américain, parmi les politiciens.

avec la réalité constitutionnelle historique. La Constitution de 1824 avait été tracée selon les lignes de faite du doctrinarisme français, mais elle était plus accommodée que la loi fondamentale républicaine à la formation politique du peuple brésilien. En conservant l'institution monarchique et la forme unitaire de l'État, on assurait la continuité historique de façon à préserver le Brésil de la fragmentation dans laquelle tombèrent les peuples de l'Amérique espagnole après l'indépendance. La Couronne avait une force catalytique, qui permettait de dominer facilement les complots républicains ou séparatistes, et affermissait la cohésion nationale. Bien au contraire, la première Constituante républicaine faisait un saut dans l'histoire: l'État monarchique devenait républicain, sa forme unitaire était changée en fédérative, sans les conditions préalables pour justifier une et autre modification.

D'un autre côté, la consultation faite aux chambres par D. Pedro I, malgré un caractère purement formel pour donner un substractum juridique à la charte octroyée, était un moyen plus apte à apurer la volonté populaire que l'élection préfabriquée d'où découlait la Constituante. En plus, les hommes de cette assemblée se limitèrent à accepter la directive donnée par Ruy Barbosa et le contenu juridique du texte proposé par celui-ci. Le peuple était étranger à la Constitution, plus encore qu'en 1824.

16. On peut encore considérer les hypothèses du peuple non seulement indifférent mais hostile aux constitutions.

La lutte contre l'absolutisme monarchique au Portugal et en Espagne nous offre le spectacle de la dissension entre l'élément vraiment représentatif des classes populaires et les minorités aristocratiques et bourgeoises, qui accueillaient les idées modernes venues de France et propagées par les sociétés secrètes.

Cette dissension commença pendant l'invasion française. Il faut remarquer que la guerre de l'indépendance en Espagne – contre les armées de Napoléon – eut le caractère d'une « guerre sainte ». Les peuplades du nord de la péninsule, presque invincibles dans ses *guerillas*, s'insurgeaient non seulement contre l'envahisseur mais aussi et surtout contre l'ennemi de leur foi et de leurs traditions. Ce même peuple, quelques années plus tard, recevait avec enthousiasme les « Cent mille fils de Saint Louis », qui étaient les soldats français commandés par le Duc d'Angoulême pour aider les espagnols en lutte contre le gouvernement libéral et centralisateur de Madrid.

En tous ces événements on constate un phénomène semblable à ce qui eut lieu au Portugal durant les luttes entre D. Pedro IV – qui avait été au Brésil l'Empereur Pedro I – et son frère D. Miguel. Ce dernier, le « roi absolu », était objet d'une vraie vénération populaire, et les minorités qui défendaient la Constitution libérale n'avaient pas l'appui du peuple.

En Espagne, les fameuses Cortes de Cadix réunissaient dans cette blanche ville de la Méditerranée les politiciens qui chantaient des louanges de la Constitution de la France, tandis que le peuple en armes se battait au nord contre Napoléon, héraut du libéralisme.

17. Le régime constitutionnel moderne est l'expression juridique de l'État de droit libéral-bourgeois. Pour bien comprendre la signification de cette modalité de constitutionnalisme, il faut considérer les circonstances historiques qui lui ont donné naissance.

Ce régime est marqué, comme on a dit ci-dessus, par l'influence de trois révolutions: l'anglaise (1688), l'américaine (1776) et la française (1789).

Presque tous les auteurs signalent l'Angleterre comme son berceau. Le parlementarisme britannique, structurée avec la dynastie de Hannover, fournit les éléments fondamentaux de l'organisation juridique des monarchies constitutionnelles. Sans avoir eu une révolution qui fît table rase du passé – comme la France en a vu – le pays de la Manche a souffert une certaine influence du droit nouveau, dont un des premiers élaborateurs fut l'anglais Locke.

Il est vrai que la constitution politique de ce pays, fermé dans son «splendide isolement», ne changeait pas dans les assises qui la soutenaient. Nous avons vu que le *Bill of Rights* est venu réitérer la proclamation de droits reconnus par des siècles. Mais le nouveau mécanisme des institutions, dans la sphère du gouvernement central, passait par une transformation bien prononcée avec le système du gouvernement de cabinet et la primauté des partis politiques. Le libéralisme s'est greffé graduellement sur les institutions, sans les ébranlements révolutionnaires, de la même manière que le socialisme pénètre aujourd'hui presque insensiblement dans l'Angleterre.

Des révolutions écloses dans d'autres pays prirent pour modèle de leurs programmes certaines institutions et principes du droit constitutionnel britannique. C'est ainsi qu'on a vu la monarchie de Juillet en France (1830), sans parler de la Charte de 1815, qui a aussi reçu l'influence anglaise. Des constitutions élaborées en Europe au cours du XIX. siècle portent cette marque d'origine: *made in England*, ou bien *made in France*. Il est vrai que l'influence de la Constitution de la Belgique ne doit pas être sous-estimée, et l'on doit aussi relever les particularités historiques nationales du développement du droit constitutionnel germanique.

En 1830 la démocratie croit avoir trouvé son centre d'équilibre, entre les excès du jacobinisme et les intransigeances des adeptes de la restauration. La démocratie du constitutionnalisme fut alors le régime de la classe moyenne bourgeoise, du capitalisme en ascension, de la proclamation euphorique de Guizot: «Enrichissez-vous!» La démocratie du cens et du roi-citoyen, des *Whigs* et du *balancement of powers*. La démocratie qui devait recevoir le premier grand défi en 1848.

En cette année-là l'Europe est secouée par toute sorte d'agitations, le Manifeste communiste de Marx et Engels se répand et le socialisme révolutionnaire éveille le prolétariat à la lutte contre la bourgeoisie. Ainsi se préparait le mouvement qui devrait donner origine à la *Sozialdemokratie*.

Carlton Hayes observe que l'essor révolutionnaire de 1848 dans l'Europe centrale fut d'abord une affaire de la classe moyenne urbaine. Les villes ont pris l'initiative, tandis que les populations rurales étaient plus attachées aux usages traditionnels qu'à la liberté abstraite des constitutions. Malgré l'industrialisation, la plus grande partie des populations de l'Allemagne, de l'Empire autrichien, de l'Italie vivait encore en communautés rurales, travaillait aux champs, se méfiait des gens de ville et se tournait avec confiance vers les seigneurs territoriaux, les prêtres et les gouverneurs³⁹.

Metternich avait été le grand ennemi du régime constitutionnel et du libéralisme. Non-obstant ses précautions, la Révolution, avant de passer aux rues, prenait possession de la mentalité de nombreux intellectuels, politiciens et hommes de l'administration publique. Ceux-ci étaient les héritiers de l'illumination du XVIII. siècle (*Aufklärung*), adeptes des idéaux de la Révolution française, attirés par les exemples du libéralisme anglais, ou

³⁹ Carlton J. H. Hayes, *A Political Cultural History of modern Europe*, New York, The Macmillan Company, 1939. P. 91-92 (t. II).

des ennemis de certains
visions personnelles. Le
grande impulsion avec
les hommes urbains à ass
Le régime constitution
Et quand le suffrage uni
crée les masses ouvrières
ment sur la scène pol
bourgeoisie se sentait menacé

La formation consti
accusé d'une manière enc
minorités dirigeantes et les
historique de chaque nation

Ainsi on a renié la consti
en éléments aptes à donner
qu'il est impossible de vouloir

notamment les Etats-U
De ses premiers chefs poli
Venezuela ou Maïa au Brésil

l'Argentin Alberdi d
les démocraties anglo
le peuple à l'intérieur de leur

La constitution devenait ain
peu limitées dans leur pays n
C'est les élites marginales
le *Partido Político Brasileiro*

peu réglée en fonction de
pragmatique destinée
C'est britannique ou les lettres

la présence de la distinct
la constitution politique

juridique de la société
prise dans ce sens

politique. L'une et l'autre pe
politique ne cor
que Georges Daskala

la première hypothèse

La crise
entre
C. et

bien ennemis de certaines traditions de l'ancien régime qui étaient un obstacle à leurs ambitions personnelles. Le constitutionnalisme, dans les pays centro-européens, recevait une grande impulsion avec la révolution industrielle, qui fortifiait la bourgeoisie et incitait les hommes urbains à assumer des responsabilités politiques et administratives⁴⁰.

Le régime constitutionnel se forma donc avec la croissance et l'apogée de la bourgeoisie. Et quand le suffrage universel est venu pour donner une base plus populaire à la démocratie, les masses ouvrières – qui en 1848 commencèrent à prendre conscience de leur force – montèrent sur la scène politique, tandis que le régime constitutionnel entraînait en crise et la bourgeoisie se sentait menacée par les forces nouvelles⁴¹.

18. La formation constitutionnelle du Brésil et des peuples de l'Amérique espagnole accuse, d'une manière encore plus éloquente, le conflit entre le droit élaboré par les minorités dirigeantes et les réalités vécues par le peuple dans les sentiers du procès historique de chaque nationalité.

Ainsi on a renié la constitution historique et tout un patrimoine institutionnel, riche en éléments aptes à donner naissance à un régime démocratique doté d'une authenticité qu'il est impossible de vouloir trouver en des institutions modelées sur l'expérience d'autres pays, notamment les États-Unis d'Amérique⁴².

Dès les premiers chefs politiques, à l'époque de l'indépendance – comme Miranda en Venezuela ou Maia au Brésil – jusqu'aux réformateurs ou aux créateurs de constitutions – comme l'argentin Alberdi ou le brésilien Ruy Barbosa – tous étaient imprégnés des formules démocratiques anglo-saxoniennes et ne connaissaient pas suffisamment la vie du peuple à l'intérieur de leur pays⁴³.

La constitution devenait ainsi l'œuvre d'hommes instruits au gré des influences étrangères, déracinés dans leur pays natal et attachés aux intérêts de la classe sociale dominante. C'étaient les élites « marginales » dont nous parle Oliveira Vianna dans les deux volumes de *Instituições Políticas Brasileiras*. La constitution prend la forme d'une charte idéologique, rédigée en fonction de certaines conceptions politiques, et elle n'est plus un instrument pragmatique destiné à préserver les libertés concrètes, comme la *Magna Charta* britannique ou les lettres de franchise dans la tradition hispanique.

19. En présence de la distinction entre les sources formelles et les sources réelles du droit, la constitution politique signifie proprement la constitution formelle. C'est la constitution juridique de la société politique (*Polis, Civitas, État-nation*). À la constitution politique prise dans ce sens juridico-formel on pourrait opposer la constitution politique réelle. L'une et l'autre peuvent coïncider ou être en désaccord. Quand la réalité constitutionnelle politique ne correspond pas à la constitution formelle, alors on voit apparaître ce que Georges Daskalakis appelle la para-constitution et la contre-constitution. Dans la première hypothèse (para-constitution) la constitution formelle reste en

⁴⁰ Op. cit., II, p. 83-84.

⁴¹ Arturo Enrique Sampay, *La crisis del Estado de derecho liberal-burgués*, Editorial Losada, Buenos Aires.

⁴² Carlos Pereyra, *Breve Historia de America*, Aguilar, Mexico. Voir surtout p. 424 et ss.

⁴³ Ce fut le contraste entre les grandes villes du littoral, où dominaient les hommes de la « république des lettres », et la zone rurale de l'intérieur. Cette opposition, relevée par l'écrivain brésilien Euclides da Cunha, dans son chef-d'œuvre « Os Sertões », fournit, dans l'Argentine, la matière des discussions à propos du thème « civilisation ou barbarie ».

vigueur, mais elle est modifiée, dans ses applications, par de règles du droit écrit, par les coutumes, l'interprétation, les usages constitutionnels. Dans la deuxième hypothèse (contre-constitution), la constitution devient un »chiffon de papier« et les pratiques politiques sont radicalement contraires à l'esprit et aux institutions fondamentales du régime constitutionnel formellement établi ⁴⁴.

Cette distinction était déjà faite par Aristote, au livre 5. de la *Politique*, où il dit que la constitution légalement établie en plusieurs États, quoique non démocratique, peut être appliquée démocratiquement, en raison des coutumes et de l'éducation du peuple, tandis que d'autres États nous offrent l'exemple d'une constitution démocratique et un gouvernement oligarchique.

Le concept de para-constitution suscite le problème de la coutume constitutionnelle, qu'on a posé aux pays de constitution écrite.

Au Brésil - et la même observation vaut aussi pour les pays de l'Amérique espagnole - la contre-constitution l'emporte souvent, car les lois fondamentales des divers États ont été élaborées au gré de l'idéalisme utopique des élites marginales, auquel les réalités sociales et les pratiques politiques apportent un démenti sans appel. Le *caudilhismo* et la prédominance des oligarchies, dans la réalité constitutionnelle hispano-américaine, sont bien des exemples illustrant l'hypothèse d'Aristote: conflit entre la constitution réelle, oligarchique, et la constitution formelle, qui est généralement une charte idéologique démocratique.

D'ailleurs dans les démocraties modernes la réalité des groupes politiques plus ou moins ésotériques, ou du pouvoir économique manipulateur du pouvoir politique, c'est la source de la contre-constitution, tandis que le principe de l'origine populaire du gouvernement correspond à l'expression théorique de la constitution formelle. Il est aussi très important de considérer l'influence du pouvoir militaire, et ce n'est pas en vain qu'on commence à parler de l'État militariste.

Le point de vue suivant lequel les juristes étudient le droit est celui des sources formelles. Ce formalisme, légitime en soi-même, doit être complété par une vision sociologique du phénomène juridique. Quant au droit constitutionnel, il faut reconnaître qu'une constitution, élaborée selon les préceptes de la technique juridique suivis par le législateur constituant, procède d'influences idéologiques, c'est-à-dire d'une philosophie, aussi bien que des circonstances historiques qui conditionnent les mouvements politiques, les révolutions et les réformes législatives. Le droit constitutionnel en vigueur, et tout l'ordre juridique, ne se réduit pas à la pure normativité, mais consiste dans »la synthèse de la tension entre la norme et la réalité« ⁴⁵.

20. La para-constitution est une conséquence inévitable du développement du droit constitutionnel quand on veut faire de la constitution juridico-formelle un système complet, une charte idéologique embrassant toute la systématique de l'État pour ce qui

⁴⁴ Georges Daskalakis, Droit constitutionnel et réalité constitutionnelle, thèse présentée au Congrès International de Juristes d'Athènes, le 14 Juin 1955, Compte-rendu du Congrès International de Juristes, Commission Internationale de Juristes, La Haye, p. 41-45. Voir aussi Karl Löwenstein, Réflexions sur la valeur des constitutions dans une époque révolutionnaire, Revue Française de Science Politique, vol. II, numéros 1 et 2 et G. Leibholz, Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit dans Strukturprobleme der modernen Demokratie, p. 277-281 et Wesen der

⁴⁵ M. García-Pelayo, op. cit., p. 20.

regards à l'organisation
de pouvoir est une réalité
et précisément un in-
déniable des libertés
légales des aspects res-
semble certains dialecti-
ques peuvent remplir
de para-constitution ont
sont ainsi qu'au Brésil la
is tandis que les Consti-
le autre exemple qu'on
qu'il y ait aussi para-constitu-
qui s'est établi dans la Ch
Quand les pratiques poli-
constitution formelle, elles
ces des lois promulguées
sont des impératifs de la
Si la constitution est plus
ou moins complémentaires
par une croissance organique
et qu'il est déjà établi et sans
dans les États-Unis d'Amériq
est le système des amendm
même qu'on a dit qu'une c
dites
de que la loi constitutionn
constitutionnelle - c'est le ca
sont de l'élaboration sur ma
sont le Parlement. Aux p
de l'organisation entre la constitu
de l'organisation constituant, et le
dans les pays qui suivent le p
de l'organisation, les lois contrain
de l'organisation, tandis que l
de l'organisation n'est que l
de l'organisation et de l'organ

regarde à l'organisation des pouvoirs publics et à la garantie des libertés. Ces deux aspects du problème sont convergents et la constitution se présente à la fois comme une technique du pouvoir et une technique de la liberté. Dans sa signification élémentaire la constitution est précisément un instrument de structuration pragmatique du pouvoir politique et de défense des libertés. Mais elle tend à se transformer en une charte idéologique dans laquelle ces aspects techniques font partie d'un encadrement plus large et soumis au jeu d'une certaine dialectique. Alors il peut arriver que la constitution soit complétée ou même déviée, dans son application, par de nouvelles normes (législation, jurisprudence, interprétation du texte constitutionnel). Outre ces règles juridiques, des pratiques politiques peuvent remplir la structure constitutionnelle, comme, par exemple, le régime de partis formé chez plusieurs peuples dont la constitution ne le prévoit pas. Les dernières constitutions ont commencé à donner des normes au regard des partis politiques. C'est ainsi qu'au Brésil la Constitution de 1946 établit le régime de la pluralité des partis, tandis que les Constitutions antérieures étaient omises à propos de cette matière. Un autre exemple qu'on peut rappeler au Brésil c'est le parlementarisme de l'Empire, qui fut aussi para-constitutionnel, en se formant malgré l'absence de quelque disposition qui l'eût établi dans la Charte de 1824.

Quand les pratiques politiques et les règles juridiques sont contraires à la lettre de la constitution formelle, elles deviennent contre-constitutionnelles. On pourrait signaler, en ce sens, des lois promulguées en ces dernières années pour la sûreté de l'État ou pour obtenir des impératifs de la planification économique.

Si la constitution est plus un instrument pragmatique qu'une charte dogmatique, alors ces normes complémentaires de la loi fondamentale généralement s'ajoutent à leur texte par une croissance organique dans la ligne du droit historique, sans une rupture avec ce qui est déjà établi et sans s'opposer aux dispositions constitutionnelles. La Constitution des États-Unis d'Amérique nous fournit un exemple bien significatif de cette hypothèse avec le système des *amendments* ajoutés au texte constitutionnel. C'est à l'égard de ce système qu'on a dit qu'une constitution n'est pas un bâtiment complet, mais une fondation.

Dès que la loi constitutionnelle et la loi ordinaire ne se distinguent pas par une différence substantielle – c'est le cas de l'Angleterre – on ne peut plus parler de para-constitution, car l'élaboration sur matière constitutionnelle devient un procès normal dans les travaux du Parlement. Aux pays de constitution écrite et rigide, bien au contraire, une différenciation entre la constitution et la loi ordinaire s'établit, la première étant un acte du pouvoir constituant, et le législatif ordinaire prenant les fonctions du pouvoir constituant dans les hypothèses prévues par la constitution même.

Dans les pays qui suivent le paradigme du constitutionnalisme américain (Constitution des États-Unis), les lois contraires à la Constitution peuvent être déclarées nulles par le Pouvoir Judiciaire. La rigidité de la constitution et le principe du contrôle de la constitutionnalité des lois permettent de barrer plus facilement le chemin aux normes contre-constitutionnelles, tandis que la para-constitution se trouve aussi exclue, car la matière constitutionnelle n'est que ce qui est exprès dans la constitution écrite (critère purement formel de la constitutionnalité). Aux États-Unis le bâtiment complet de la Constitution comprend ses articles, les *amendments*, la jurisprudence constructive et les pratiques politiques.

Quoique le principe du contrôle de la constitutionnalité s'oppose à la possibilité d'une

vigueur, mais elle est modifiée, dans ses applications, par de règles du droit écrit, par les coutumes, l'interprétation, les usages constitutionnels. Dans la deuxième hypothèse (contre-constitution), la constitution devient un « chiffon de papier » et les pratiques politiques sont radicalement contraires à l'esprit et aux institutions fondamentales du régime constitutionnel formellement établi ⁴⁴.

Cette distinction était déjà faite par Aristote, au livre 5. de la *Politique*, où il dit que la constitution légalement établie en plusieurs États, quoique non démocratique, peut être appliquée démocratiquement, en raison des coutumes et de l'éducation du peuple, tandis que d'autres États nous offrent l'exemple d'une constitution démocratique et un gouvernement oligarchique.

Le concept de para-constitution suscite le problème de la coutume constitutionnelle, qu'on a posé aux pays de constitution écrite.

Au Brésil – et la même observation vaut aussi pour les pays de l'Amérique espagnole – la contre-constitution l'emporte souvent, car les lois fondamentales des divers États ont été élaborées au gré de l'idéalisme utopique des élites marginales, auquel les réalités sociales et les pratiques politiques apportent un démenti sans appel. Le *caudilhismo* et la prédominance des oligarchies, dans la réalité constitutionnelle hispano-américaine, sont bien des exemples illustrant l'hypothèse d'Aristote: conflit entre la constitution réelle, oligarchique, et la constitution formelle, qui est généralement une charte idéologique démocratique.

D'ailleurs dans les démocraties modernes la réalité des groupes politiques plus ou moins ésotériques, ou du pouvoir économique manipulateur du pouvoir politique, c'est la source de la contre-constitution, tandis que le principe de l'origine populaire du gouvernement correspond à l'expression théorique de la constitution formelle. Il est aussi très important de considérer l'influence du pouvoir militaire, et ce n'est pas en vain qu'on commence à parler de l'État militariste.

Le point de vue suivant lequel les juristes étudient le droit est celui des sources formelles. Ce formalisme, légitime en soi-même, doit être complété par une vision sociologique du phénomène juridique. Quant au droit constitutionnel, il faut reconnaître qu'une constitution, élaborée selon les préceptes de la technique juridique suivis par le législateur constituant, procède d'influences idéologiques, c'est-à-dire d'une philosophie, aussi bien que des circonstances historiques qui conditionnent les mouvements politiques, les révolutions et les réformes législatives. Le droit constitutionnel en vigueur, et tout l'ordre juridique, ne se réduit pas à la pure normativité, mais consiste dans « la synthèse de la tension entre la norme et la réalité » ⁴⁵.

20. La para-constitution est une conséquence inévitable du développement du droit constitutionnel quand on veut faire de la constitution juridique-formelle un système complet, une charte idéologique embrassant toute la systématique de l'État pour ce qui

⁴⁴ Georges Daskalakis, Droit constitutionnel et réalité constitutionnelle, thèse présentée au Congrès International de Juristes d'Athènes, le 14 Juin 1955, Compte-rendu du Congrès International de Juristes, Commission Internationale de Juristes, La Haye, p. 41-45. Voir aussi Karl Löwenstein, Réflexions sur la valeur des constitutions dans une époque révolutionnaire, *Revue Française de Science Politique*, vol. II, numéros 1 et 2 et G. Leibholz, *Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit* dans *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, p. 277-281 et *Wesen der Repräsentation*, p. 249-271.

⁴⁵ M. Garcia-Pelayo, op. cit., p. 20.

regarde à l'organisation des pouvoirs publics et à la garantie des libertés. Ces deux aspects du problème sont convergents et la constitution se présente à la fois comme une technique du pouvoir et une technique de la liberté. Dans sa signification élémentaire la constitution est précisément un instrument de structuration pragmatique du pouvoir politique et de défense des libertés. Mais elle tend à se transformer en une charte idéologique dans laquelle ces aspects techniques font partie d'un encadrement plus large et soumis au jeu d'une certaine dialectique. Alors il peut arriver que la constitution soit complétée ou même déviée, dans son application, par de nouvelles normes (législation, jurisprudence, interprétation du texte constitutionnel). Outre ces règles juridiques, des pratiques politiques peuvent remplir la structure constitutionnelle, comme, par exemple, le régime de partis formé chez plusieurs peuples dont la constitution ne le prévoit pas. Les dernières constitutions ont commencé à donner des normes au regard des partis politiques. C'est ainsi qu'au Brésil la Constitution de 1946 établit le régime de la pluralité des partis, tandis que les Constitutions antérieures étaient omises à propos de cette matière. Un autre exemple qu'on peut rappeler au Brésil c'est le parlementarisme de l'Empire, qui fut aussi para-constitutionnel, en se formant malgré l'absence de quelque disposition qui l'eût établi dans la Charte de 1824.

Quand les pratiques politiques et les règles juridiques sont contraires à la lettre de la constitution formelle, elles deviennent contre-constitutionnelles. On pourrait signaler, en ce sens, des lois promulguées en ces dernières années pour la sûreté de l'État ou pour obtenir des impératifs de la planification économique.

Si la constitution est plus un instrument pragmatique qu'une charte dogmatique, alors ces normes complémentaires de la loi fondamentale généralement s'ajoutent à leur texte par une croissance organique dans la ligne du droit historique, sans une rupture avec ce qui est déjà établi et sans s'opposer aux dispositions constitutionnelles. La Constitution des États-Unis d'Amérique nous fournit un exemple bien significatif de cette hypothèse avec le système des *amendments* ajoutés au texte constitutionnel. C'est à l'égard de ce système qu'on a dit qu'une constitution n'est pas un bâtiment complet, mais une fondation.

Dès que la loi constitutionnelle et la loi ordinaire ne se distinguent pas par une différence substantielle – c'est le cas de l'Angleterre – on ne peut plus parler de para-constitution, car l'élaboration sur matière constitutionnelle devient un procès normal dans les travaux du Parlement. Aux pays de constitution écrite et rigide, bien au contraire, une différenciation entre la constitution et la loi ordinaire s'établit, la première étant un acte du pouvoir constituant, et le législatif ordinaire prenant les fonctions du pouvoir constituant dans les hypothèses prévues par la constitution même.

Dans les pays qui suivent le paradigme du constitutionnalisme américain (Constitution des États-Unis), les lois contraires à la Constitution peuvent être déclarées nulles par le Pouvoir Judiciaire. La rigidité de la constitution et le principe du contrôle de la constitutionnalité des lois permettent de barrer plus facilement le chemin aux normes contre-constitutionnelles, tandis que la para-constitution se trouve aussi exclue, car la matière constitutionnelle n'est que ce qui est exprès dans la constitution écrite (critère purement formel de la constitutionnalité). Aux États-Unis le bâtiment complet de la Constitution comprend ses articles, les *amendments*, la jurisprudence constructive et les pratiques politiques.

Quoique le principe du contrôle de la constitutionnalité s'oppose à la possibilité d'une

contre-constitution, celle-ci peut exister comme un état de fait. C'est ce que la sociologie politique constate au Brésil et parmi les peuples de l'Amérique espagnole dont l'organisation politique s'est inspirée au modèle des États-Unis, les uns plus que les autres.

Les constitutions politiques du type d'une charte idéologique embrassent tout le droit constitutionnel, soit que la matière fût ample soit qu'elle fût restrictive. Elles tendent à faire du droit constitutionnel ce qu'on a fait, en France, du droit civil, quand on a tâché de le réduire au texte de la codification. Le droit civil a débordé ces digues où on l'avait enceint, et peu à peu il fut changé et morcelé par les lois qui modifièrent le Code. Un morcellement semblable est plus difficile dans les constitutions, en raison du principe de l'intangibilité constitutionnelle, d'où s'ensuivent les conflits entre la constitution juridique et la réalité constitutionnelle, si fréquents dans la vie politique des peuples qui ont subi l'influence du constitutionnalisme français. En effet la réalité déborde du schématisme des constitutions idéologiques et suscite des normes de type para-constitutionnel ou contre-constitutionnel.

Dans une conférence de large retentissement prononcée en 1930, René Capitant soutenait que la coutume n'était pas seulement un élément complémentaire mais un donné primordial de l'organisation constitutionnelle de la III. République française, dont les institutions essentielles ne se trouvaient pas dans les textes écrits et étaient même en opposition avec ces textes. Ainsi, par exemple, des quatorze attributions initiales du Président de la République n'en subsistaient que deux, par lesquelles il pouvait manifester personnellement son autorité: le choix du Président du Conseil et le droit de grâce⁴⁶.

Les études de droit constitutionnel comparé nous font comprendre la relativité des textes et des formules. C'est l'enseignement de Mirkine-Guetzévitch, qui considère que ces études doivent être ordonnés surtout à l'observation des pratiques constitutionnelles⁴⁷, nous portant à employer la méthode sociologique – observation des faits sociaux – dans le domaine des sciences juridiques.

Les transformations opérées dans la vie politique des peuples de tous les continents après la deuxième guerre mondiale, le dérangement entre les pouvoirs de l'État, la crise de la représentation et du système électoral, les exigences de la sûreté de l'État et les nouvelles formes d'organisation internationale, tous ces faits viennent démontrer la relativité dont nous parle l'auteur cité. Des constructions autrefois jugées immuables tombent comme un château de cartes, et des principes juridiques auxquels on donnait une valeur dogmatique ne résistent plus à la pression des événements. La question, pour la plupart des nations, n'est pas la simple revision constitutionnelle mais la réforme de l'État et le réajustement entre la constitution politique et la constitution historico-sociale.

⁴⁶ Apud Marcel Prélot, préface à *Mirkine-Guetzévitch*, Les Constitutions européennes, Presses Universitaires de France, t. I, p. IX.

⁴⁷ *Mirkine-Guetzévitch*, op. cit., t. I, p. 13.

Federalism, I

base of Law and Directo

I. Legal eelect

the history of
with plur

ance and caprice

The constitut

however specific they

the basic law instrum

contemporaneo

influenced by Coloni

and styling and basi

post-war era, wheth

indigenous popu

the Colonial Office

a common, invaria

the Colonial Office

ways, even if they re

or spontaneous loc

more readily than

constitution of 1949, aft

assembly with

rather »British«, wher

other British constit

basically Anglo-Saxon

the ultimate choice as

the example of the »c

and in some respect

of powers generally) r

is bas