



Cuestiones Constitucionales

ISSN: 1405-9193

rmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México

México

Pierré Caps, Stéphane

Les mutations de la notion de Constitution et le droit constitutionnel

Cuestiones Constitucionales, núm. 10, enero-junio, 2004, pp. 169-180

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88501005>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en [redalyc.org](http://redalyc.org)

 redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## LES MUTATIONS DE LA NOTION DE CONSTITUTION ET LE DROIT CONSTITUTIONNEL

Stéphane PIERRÉ-CAPS\*

**RESUMEN:** Si partimos de las variaciones doctrinales que la evolución de la noción de Constitución ha suscitado en los últimos cincuenta años, veríamos cómo es una historia que comenzó mal pero que terminó bien. El autor afirma que las múltiples variantes del derecho constitucional, desde lo formal o material, institucional o jurisprudencial, social o internacional, originan un proceso de constitucionalización de las ramas del derecho que nos permiten ver el universo jurídico en su totalidad. La Constitución normativa suprime las fronteras entre los órdenes jurídicos nacionales y también entre estos últimos y el orden jurídico internacional. Así, la validez superior de la Constitución es una afirmación de la estabilidad de la sociedad política, y, por tanto, la inscripción de la identidad de la sociedad política en el texto constitucional, y su garantía jurisdiccional es una afirmación de la estabilidad de la Constitución.

*ABSTRACT: If we depart from the doctrinal variances provoked by the evolution of the notion of the constitution in the last fifty years, we would see how this is a story that had a bad beginning but a good end. The author stands that the multiple variants of constitutional law (formal or material, institutional or jurisprudential, social or international) originate a process of constitutionalization of the law branches that allows us to see the whole law universe. The normative constitution abolishes the boundaries among the national juridical systems and also, between these ones and the international juridical system. Therefore, the superior constitutional validation is an affirmation of the stability of the political society, and likewise the inscription of the political society identity on the constitutional text and its jurisdictional guaranty is an affirmation of the stability of the constitution.*

\* Professeur de Droit public à l'Université Nancy 2. Directeur de L'Irenée (Institut de Recherches sur L'Evolution de la Nation et de L'Etat en Europe)

L'évolution de la notion de Constitution ces cinquante dernières années pourrait s'apparenter à une histoire qui commence mal mais qui finit bien, du moins si l'on en juge par les variations doctrinales qu'elle a suscitées. Pour ne considérer que le seul contexte français, nous aurions ainsi été successivement convoqués au chevet d'un moribond,<sup>1</sup> puis d'un lazare,<sup>2</sup> avant d'être invités à célébrer un phénix et à communier dans la «rénovation» du droit constitutionnel, selon le mot du manifeste ouvrant la première livraison de la Revue française de droit constitutionnel.<sup>3</sup>

La cause paraît donc entendue, hormis quelques dissonances persistant à témoigner d'un «malaise dans la Constitution»,<sup>4</sup> sinon quelques résistances empreintes d'une véritable déréliction de la politique:<sup>5</sup> l'heure serait au triomphe de la «Constitution normative»,<sup>6</sup> théorisée par Hans Kelsen et portée par la prégnance du constitutionnalisme américain et la généralisation du système de contrôle de la constitutionnalité des lois.

Formel ou matériel, institutionnel ou jurisprudentiel, social ou international, ces multiples déclinaisons du droit constitutionnel témoigneraient d'un processus de «constitutionnalisation» des branches du droit, voire de l'univers juridique tout entier. Cette emprise de la «Constitution normative» aboutirait logiquement à l'abolition des frontières entre les ordres juridiques nationaux eux-mêmes, aussi bien entre ces derniers et l'ordre juridique international, a fortiori l'ordre juridique européen: l'idée de «Constitution européenne» et, dans certains cas, la captation du pouvoir constituant par la «Communauté internationale» seraient les indices de cette internationalisation de la notion de Constitution. Au bout du compte, le droit constitutionnel ne serait pas loin de sa propre fin historique: il ne lui resterait plus guère qu'à vivre au rythme de cette citoyenneté du monde rêvée par une justice elle-même en quête d'internationalisation et scandée par la fabrication indéfinie des «droits fondamentaux» par le juge constitutionnel.

<sup>1</sup> Burdeau, Georges, "Une survivance: la notion de Constitution", *Mélanges Mestre*, Paris, Sirey, 1956, pp. 53-62.

<sup>2</sup> Rousseau, Dominique, "Une résurrection: la notion de Constitution", *RDP*, 1990, pp. 5-22.

<sup>3</sup> Favoreu, Louis y Maus, Didier, "Editorial", *RFDC*, núm. 1, 1990, pp. 5-22.

<sup>4</sup> Rials, Stéphane, "Les incertitudes de la notion de Constitution sous la Ve. République", *RDP*, 1984, pp. 587-606.

<sup>5</sup> Cf. "Le droit contre la politique?" (dossier), *Le Débat*, núm. 64, marzo-abril de 1991, pp. 148-192.

<sup>6</sup> Zoller, Elisabeth, *Droit constitutionnel*, 2a. ed., Paris, PUF, 1999, col. Droit fondamental, 642 pp.

Or, cette «exaltation métaphysique de la Constitution», que stigmatisait Paul Bastid en y voyant l'héritage des révolutionnaires français tenant les Constitutions écrites «pour des décrets souverains faisant sortir l'ordre du chaos»,<sup>7</sup> se heurte à la réalité historique et contemporaine des faits: le droit constitutionnel, conçu et construit comme le droit du pouvoir politique et du citoyen,<sup>8</sup> n'est nullement cette création ex nihilo de l'Etat et du droit suggérée aujourd'hui. L'on sait, en effet, que les systèmes constitutionnels se sont engendrés les uns les autres par référence à ces trois traditions fondatrices que forment les constitutionnalismes anglais, américain et français, auxquelles il conviendrait peut-être d'ajouter le constitutionnalisme soviétique qui, même s'il ne supporte plus un Etat spécifique, n'en continue pas moins à influencer les Etats de création récente, soucieux de faire pénétrer la nation dans le champ de la rationalité historique.

Certes, c'est d'abord par son objet que la Constitution acquiert la validité d'une règle supérieure, puisqu'elle apparaît comme l'acte de légitimation d'une société politique nouvelle. Mais cette fondation dogmatique du constitutionnalisme américain s'enracine aussi dans le terreau de la *common law*. Aussi la décision *Marberry v. Madison* de 1803 peut-elle être interprétée comme le maillon qui rattache la Constitution écrite à la *common law*. C'est ce que Maurice Hauriou appelait la «Constitution sociale», en laquelle il voyait une légitimité supérieure à la Constitution elle-même, dans la mesure où «le contrôle des lois est mené au nom des principes de la vie privée» bien plus que de ceux de la Constitution politique, c'est-à-dire du texte même de la Constitution écrite.<sup>9</sup> Et en ajoutant que la «Constitution sociale, qui a pour base les droits individuels, n'est pas autre chose que la Constitution de la communauté nationale»,<sup>10</sup> le même auteur mettait ainsi l'accent sur la dualité de la notion de Constitution, tout à la fois construction historique, résultat de l'action et du combat des hommes et oeuvre rationnelle, produit de l'esprit humain. C'est pour avoir occulté cette ambivalence que le postulat rationaliste du droit constitutionnel contemporain, fondé sur l'institution-

<sup>7</sup> Bastid, Paul, *L'idée de Constitution*, Paris, Economica, 1985, p. 31.

<sup>8</sup> Cf. Borella, François, «Réflexions sur la question constitutionnelle aujourd'hui», *Civitas Europa*, núm. 5, 2000, pp. 8-12.

<sup>9</sup> Hauriou, Maurice, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929, p. 611.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 622.

nalisation d'une nation unifiée et homogène de citoyens et de ses pouvoirs, «se heurte désormais au particularisme des sociétés concrètes».<sup>11</sup>

C'est donc en restituant préalablement cette dualité de la notion de Constitution (I) que l'on pourra mettre en évidence la réalité du droit constitutionnel aujourd'hui (II).

### I. LA DUALITE DE LA NOTION DE CONSTITUTION

En réalisant l'idéal des philosophes du XVIII<sup>e</sup> siècle —la Constitution comme construction de l'esprit— les Pères fondateurs américains et les constituants révolutionnaires français justifiaient par là même la fondation et la légitimation de l'Etat par le *pactum societatis*: la Constitution serait ainsi une sorte de formulation idéale par la raison supérieure. Ils entendaient ainsi définitivement rompre avec la Constitution coutumière qui, par-delà la variation historique de la forme des Constitutions, la faisait reposer sur une tradition historique et des facteurs spirituels.

En instituant la primauté du texte écrit sur la coutume, ils faisaient aussi de la Constitution un instrument pédagogique, dans la mesure où elle permettait à chacun d'y trouver l'énoncé de ses droits et de ses devoirs. En ce sens, la Constitution créait véritablement le citoyen, en même temps qu'elle établissait le gouvernement limité, selon les termes de l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

C'est cette volonté délibérée de faire du passé table rase qui allait introduire une véritable antinomie au sein de la notion de Constitution (1) et déboucher à terme sur l'«impérialisme constitutionnaliste» actuel (2).<sup>12</sup>

#### 1. *L'antinomie constitutionnelle*

L'idée de Constitution est-elle naturelle ou artificielle? A cette question les révolutionnaires français ont entendu répondre par la rationalisation de l'idée de droit et l'établissement d'une nouvelle légitimité du pouvoir politique. Même si le mot de Constitution, désignant l'ensemble des textes déterminant la forme du gouvernement d'un pays, n'apparaît pas avant la fin du XVII<sup>e</sup> siècle, ce qui se rapportait alors à la structure

<sup>11</sup> Borella, F., *op. cit.*, nota 8, p. 8.

<sup>12</sup> Cf. Vedel, "Georges, Propos d'Ouverture", en Mathieu, Bertrand y Verpeaux. Michel (dirs.) *La constitutionnalisation des branches du droit*, Economica-PUAM, 1999, p. 14.

du pouvoir politique et à l'organisation de la société n'était rien d'autre que la résultante d'une accumulation de faits historiques où la volonté humaine avait peu à voir. La coutume trouvait ainsi à s'épanouir au sein d'un milieu social relativement homogène et structuré par les statuts, «ensembles de droits et de devoirs découlant de facteurs biologiques (sexé, âge) ou sociaux».<sup>13</sup>

Certes, la civilisation de droit volontaire, non immuable, modifiable, introduite par l'école du droit naturel, justifiant la Constitution écrite par la nécessité de limiter le pouvoir pour mieux protéger les droits naturels de l'homme, aura balayé cette antique conception, qui ne semble plus guère revêtir aujourd'hui qu'un intérêt historique. Pourtant, les auteurs de l'école contre-révolutionnaire auront développé une argumentation qui mérite de retenir l'attention, par-delà leur attachement situé aux Constitutions coutumières. Parce qu'ils estimaient que la nature était une habitude propre à chaque nation et créée par l'histoire, qu'elle possédait donc à la fois un caractère social et contingent, les Constitutions écrites n'étaient que des lois politiques, leur précarité tenant précisément à la raison humaine qui les avait conçues. Ces remarques n'étaient certainement pas fausses d'un point de vue juridique. Elles introduisaient en tout cas un doute sérieux sur la valeur normative de la Constitution, en subordonnant son efficacité et son caractère opératoire «à la condition de refléter exactement l'état de la société à un moment donné».

Loin de relever de l'histoire des idées constitutionnelles, cette divergence d'interprétation de la notion de Constitution tend à éclairer la singularité du constitutionnalisme des Etats issus de la décolonisation: la Constitution n'est pas seulement le résultat d'une rationalisation abstraite, mais aussi d'une force de résistance incarnée par le nationalisme, elle-même constitutive de la prise de conscience d'une existence nationale. C'est la lutte de libération nationale qui produit ici le constitutionnalisme qui, pour cette raison, ne s'épuise pas dans le droit du pouvoir politique et du citoyen, faute de l'existence d'une société politique nationale pré-constituée. Comme l'avait bien vu Georges Burdeau, «On ne saurait... contester la prétention des jeunes Etats à reconstruire le passé du groupe pour y trouver la référence à une identité nationale. Pas plus que les vieux Etats d'Europe, ils ne peuvent accepter d'être les «fils de personne». C'est, d'ailleurs, cette situation qui explique la contradiction que

<sup>13</sup> Rouland, Norbert, *Introduction historique au droit*, Paris. PUF, 1998, col. Droit fondamental, p. 110.

ce constitutionnalisme n'est pas parvenu à surmonter: contraints de proclamer en droit l'unité nationale en même temps que la souveraineté du peuple, les Etats en question ont fait de l'unité du pouvoir le reflet de l'unité de la société, récusant les standards de la démocratie constitutionnelle et se condamnant ainsi à l'échec.

De fait, on ne sera pas surpris de constater que cette dualité, qui est au principe même de la Constitution, a aussi polarisé les interprétations des philosophes et des publicistes: de Kant à Hegel à Kelsen et Schmitt, en passant par Savigny, Hauriou et Carré de Malberg, la réflexion sur le droit constitutionnel et le pouvoir constituant se partage, pour l'essentiel, en fonction de celle-ci, même si, bien entendu, les termes dans lesquels elle se pose ont évolué. A cet égard, c'est sans nul doute Maurice Hauriou qui aura eu l'intuition la plus forte «qu'un pouvoir constituant est enraciné, en vertu des requêtes naturelles de l'ordre et de la justice, dans le corps de la nation»<sup>14</sup> et que, par conséquent, la notion de Constitution procède avant tout d'une dialectique du fait et du droit, comme l'écrivait justement Paul Bastid: «on ne saurait raisonner sur les Constitutions, qui sont des faits, comme on raisonne sur des idées abstraites...».<sup>15</sup>

Dans ces conditions, «l'impérialisme constitutionnaliste» qui prétend désormais régenter la vie sociale et juridique n'est pas seulement une incongruité; il est surtout dangereux.

## 2. «*L'impérialisme constitutionnaliste*»

Bien sûr, nul ne songerait à nier les mutations du droit constitutionnel contemporain, dues à la généralisation de la justice constitutionnelle, et la fonction de pacification des sociétés politiques anciennes ou récentes que ce phénomène a entraînée. Mais ce qui paraît inquiétant, selon le propos du Doyen Vedel, «c'est qu'à partir de constatations exactes, on construise un univers juridique... dont la Constitution, son juge et ses commentateurs détiendraient toutes les clés et garderaient toutes les voies».<sup>16</sup> Et d'ajouter que la Constitution n'est ni «une axiomatique génératrice de rigidités», ni un «livre sacré»;<sup>17</sup> que, par conséquent, «le

<sup>14</sup> Goyard-Fabre, Simone, *L'Etat, figure moderne de la politique*, París, Armand Colin, 1999, col. Cursus, p. 82.

<sup>15</sup> Bastid, P., *op. cit.*, nota 7, p. 29.

<sup>16</sup> Vedel, *op. cit.*, nota 12, p. 14.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 14.

juge constitutionnel n'est pas un prophète ou un guide, il est un censeur»,<sup>18</sup> autrement dit un pouvoir institué par la Constitution et soumis, pour cette raison, au pouvoir constituant.

Mais il semble bien que ces sages remarques soient aujourd'hui très en-deçà de la réalité. Si, en effet, l'Etat constitutionnel contemporain est synonyme d'Etat de droit là où est instituée une garantie juridictionnelle des droits et libertés fondamentaux, il semble bien que celui-ci soit en passe de céder à «l'Etat des droits» dénoncé par Simone Goyard-Fabre sous l'effet d'une spirale infernale, la multiplication juridictionnelle des droits fondamentaux se nourrissant de leurs «revendications sans fin».<sup>19</sup> S'il y a bien, à cet égard, un «mythe de l'Etat de droit»,<sup>20</sup> celui-ci tient surtout à cet étonnant paradoxe qui voit «l'objectivisme du droit constitutionnel» contemporain sécréter «le subjectivisme des droits».<sup>21</sup> En ce sens, les mutations des droits de l'homme en un «droit aux droits» provoquent d'autant plus une saturation de l'Etat constitutionnel que celui-ci a lui-même perdu le monopole des droits de l'homme et se trouve concurrencé, sur ce plan, par des organisations internationales se prévalant elle-même d' «un statut universel de l'être humain».<sup>22</sup>

Même déplacée au niveau supra-étatique, la question posée reste en l'occurrence fondamentalement la même: «les droits de l'homme... peuvent-ils fonder un ordre collectif planétaire?».<sup>23</sup> De fait, celle-ci tient à l'affirmation des droits de l'homme comme principe intangible d'action collective internationale: «au nom d'une éthique absolue de la liberté individuelle, nous imposons collectivement la contrainte la plus coercitive qui soit: la guerre».<sup>24</sup> Ainsi assiste-t-on, au *coeur* même de la normativité internationale, à la substitution d'une logique interpersonnelle à une logique collective. Le danger de ce nouvel avatar du droit naturel, qui entend s'imposer à la «Constitution normative» elle-même et qui subvertit les fondements du droit international, est qu'il fait de ceux qui s'ingèrent dans les Etats les vecteurs exclusifs de l'universalité des

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>19</sup> Goyard-Fabre, Simone, *op. cit.*, nota 14, p. 95.

<sup>20</sup> Luisin, Bernard, "Le mythe de l'Etat de droit", *Mélanges Borella*, Nancy, Presses Universitaires de Nancy, 1999, pp. 249-266.

<sup>21</sup> Goyard-Fabre, Simone, *op. cit.*, nota 14, p. 97.

<sup>22</sup> Borella, F., *op. cit.*, nota 8, p. 10.

<sup>23</sup> Beckouche, Pierre, "Le désarroi pour longtemps", *Le Monde*, 14 de abril de 1999, p. 15.

<sup>24</sup> *Idem*.

principes justifiant l'ingérence. Or, ce sont toujours les Etats occidentaux qui s'ingèrent, ce qui tend à raviver les critiques non occidentales des droits de l'homme et aboutit au résultat inverse de celui escompté. La relativisation des droits de l'homme qui en découle ne fait pas de l'ingérence un droit, mais la transforme en réalité en une version sécularisée des croisades du Moyen-Age.<sup>25</sup> Autrement dit, les droits de l'homme peuvent être «une stratégie de légitimation d'une politique étrangère, mais non une politique étrangère en soi».<sup>26</sup>

Ainsi et quel que soit le plan sur lequel elle se déploie, «l'inflation exponentielle des droits de l'homme est grosse d'un *anti-humanisme* qui contient les germes de mort du droit et de la politique».<sup>27</sup> C'est pourquoi l'adaptation de la Constitution à l'évolution de la société par le juge constitutionnel est nécessaire; elle n'est pas suffisante. L'adaptation de la Constitution par le pouvoir constituant aux effets induits de la jurisprudence constitutionnelle peut-être juridiquement et politiquement nécessaire; elle n'est pas suffisante. Car cette double démarche ne fait que perpétuer au fond l'œuvre des constituants du XVIII<sup>e</sup> siècle. Or, ce n'est pas dans ces termes que se pose la question constitutionnelle aujourd'hui.

## II. LE DROIT CONSTITUTIONNEL AUJOURD'HUI

Parce qu'il s'est enfermé dans des contradictions qu'il importe de mettre préalablement en évidence (1) le constitutionnalisme libéral classique ignore cette question nouvelle du droit constitutionnel que l'on peut appeler la «Constitution démotique» (2).

### 1. *Les apories du constitutionnalisme libéral classique*

Celles-ci tiennent à deux séries de considérations: tout d'abord, la démocratie constitutionnelle ne peut être que nationale; ensuite et parce qu'elle repose sur le postulat d'une égalité individuelle abstraite, le constitutionnalisme classique se condamne à ignorer la diversité des identités collectives.

<sup>25</sup> Védrine, Hubert (dialogue avec Dominique Moïsi), *Les cartes de la France à l'heure de la mondialisation*, Paris, Fayard, 2000, 190 p.: «Refonder la politique étrangère française», *Le Monde Diplomatique*, décembre de 2000, p. 3.

<sup>26</sup> Hobsbawm, Eric J., *Les enjeux du XXI<sup>e</sup> siècle*, Paris, Ed. Complexe, 2000, p. 61.

<sup>27</sup> Goyard-Fabre, Simone, *op. cit.*, nota 14, p. 97.

1. Si la Révolution française a bien proclamé l'indissociabilité des droits de l'homme et du citoyen, les nécessités de la lutte pour la conquête du pouvoir politique et l'affirmation de sa nouvelle légitimité l'auront très rapidement conduit, après l'exaltation initiale de la fraternité universelle, au constat que ceux-ci ne peuvent se réaliser qu'au sein d'un corps politique national. Il est significatif, à cet égard que, dès le premier texte constitutionnel français, celui du 3 septembre 1791, le corps politique ne s'appréhende qu'en terme exclusivement national: l'article 2 du Titre II, en effet, définit la qualité de citoyen français et fait par là même de la nation un facteur d'inclusion, mais aussi d'exclusion, puisque les étrangers n'y sont pas admis, dans la mesure où ils relèvent précisément d'un autre corps politique national, sauf à intégrer par naturalisation un corps politique national différent. Et les quelques étrangers ralliés à la Révolution apprendront rapidement à leurs dépens qu'il n'y pas de «citoyen de l'humanité». Des révolutions nationales européennes de 1848 à la décommunisation en passant par le démembrement des empires multinationaux et coloniaux, ce fusionnement politique et constitutionnel du citoyen et de la nation singulière ne sera jamais remis en cause: «bien que la démocratie politique soit établie en droit sur des principes abstraits, elle s'enracine en fait dans des ensembles historico-culturels. Le citoyen n'existe pas à l'intérieur d'une humanité abstraite. Il se réalise dans une société particulière, avec son histoire, sa mémoire et sa culture concrète».<sup>28</sup> Ces considérations tendent aussi à révéler l'impuissance du constitutionnalisme libéral classique face aux clivages nationaux.

2. A compter de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, la nouvelle légitimité du pouvoir politique repose sur la nation considérée *in abstracto*, c'est-à-dire en tant que postulat de base nécessaire à l'établissement de la Constitution et à l'existence de l'Etat. Cette liaison originelle de la nation et de la Constitution repose sur la nécessaire homogénéité de la nation en tant que corps politique, car c'est elle qui explique et justifie l'unité de la représentation politique. Plus précisément, c'est la représentation qui, selon Sieyès, transforme ce corps social homogène en un sujet juridique titulaire du pouvoir constituant. Le concept de nation ne correspond ainsi à aucune réalité concrète: il est l'expression d'une société politique unifiée et homogène dont la composante indivise n'est autre que le citoyen. C'est dire que cette conception s'avère tragiquement impuissante lorsque

<sup>28</sup> Dieckhoff, Alain, *La nation dans tous ses Etats*, Paris, Flammarion, 2000, p. 85.

la société politique n'est pas donnée *a priori* ou lorsque la volonté de neutralité juridique du libéralisme constitutionnel ne parvient pas à transcender les différences sociales ou identitaires qui traversent le corps politique national. Au reste, les termes du débat sont bien connus depuis une trentaine d'années, notamment sous l'influence de la controverse opposant les «libéraux» aux «communautariens» aux Etats-Unis.<sup>29</sup>

L'on aura toutefois une preuve de cette impuissance, mais par l'absurde, si l'on veut considérer que le normativisme constitutionnel kelsénien ne s'est véritablement imposé que là où la réalité sociale se dérobe, où il s'agit en quelque sorte d'organiser le néant: si Kelsen lui-même fut le principal artisan de la Constitution autrichienne de 1920, c'est bien parce qu'il s'agissait de concevoir des institutions politiques capables de supporter et, surtout, de légitimer l'idée incongrue d'une république autrichienne réduite à sa portion allemande et à laquelle avait été refusé le bénéfice du principe des nationalités. Il s'agissait bien en l'occurrence d'une création constitutionnelle *ex nihilo* qui correspondait très exactement à la démarche kelsénienne de la table rase. Dans le même sens, si le «patriotisme constitutionnel» développé par Habermas s'est imposé dans le contexte de l'Allemagne d'après-guerre, c'est bien parce qu'il fallait justifier la République fédérale allemande sans recourir aux Allemands, à la fois partagés en deux Etats et pervertis par l'utilisation criminelle faite par les nazis de la «*Deutschum*», la germanité. Et si l'on retrouve la même inspiration normativiste en Bosnie ou en Europe, c'est, à vrai dire, parce qu'il n'y a guère d'autre moyen de tenter de légitimer cet «Etat sans substance», reposant sur un fondement purement abstrait, que fustigeait Hegel.

L'exercice trouve précisément là ses limites, faute d'être capable de répondre à la question qui, depuis Aristote, est au principe même de la sociabilité politique: qui sommes-nous et comment vivre ensemble?

## 2. *Le droit constitutionnel démotique*

La problématique du droit constitutionnel démotique se dévoile tout d'abord dans l'impossibilité de la démocratie constitutionnelle libérale à répondre à la question de l'identité de la société politique: en Alle-

<sup>29</sup> Cf. Berten, André et al. (comp. y present.), *Libéraux et communautariens*, Paris, PUF, 1997, 412 pp.

magne, par exemple, la question de l'immigration a suscité récemment un débat sur la notion de «*deutsche Leitkultur*», la «*culture allemande de référence*», expression due au président du groupe parlementaire chrétien-démocrate au Bundestag, et que les étrangers devraient adopter en gage de leur intégration dans la société politique allemande. Le problème est alors de savoir si cette «*culture allemande de référence*» se ramène au «*patriotisme de la Constitution*» et l'égalité des droits fondamentaux entre Allemands et étrangers ou s'il s'agit de tout autre chose, autrement dit de tenter de répondre à cette question jusque là en suspens: «Qu'est-ce que l'être allemand?».<sup>30</sup> Dans le même sens, les élections générales du 12 novembre dernier en Bosnie-Herzégovine auront montré, s'il en était besoin, les limites de la construction constitutionnelle des Accords de Dayton: la logique de la partition ethnique prospère sous le couvert d'une internationalisation du système des droits fondamentaux censée pourtant justifier l'existence d'un «*Etat sans substance*»; elle paralyse le fonctionnement du gouvernement et du parlement «*central*». La question du devenir des Accords de Dayton se trouve d'autant plus posée qu'au Kosovo, c'est également une logique identitaire qui se met en place dans le sillage d'une action internationale pourtant fondée sur les droits de l'homme. Enfin, le débat qui se développe à propos d'une hypothétique «*Constitution européenne*» montre aussi les difficultés à concevoir une structure «*cosmopolitique*» pour reprendre le propos de Jean-Marc Ferry,<sup>31</sup> dont «la substance éthique» serait d'abord constituée par «le droit inconditionnel à un revenu de base», ce qui est tout de même un peu court pour fonder un corps politique européen.

Ces situations montrent bien que les revendications et les aspirations des groupes politiques singuliers posent au droit constitutionnel des questions qui ne sont certes pas inédites —on les trouve déjà dans le constitutionnalisme européen du XIXe siècle et dans celui de la décolonisation— mais que celui-ci ne peut plus désormais ignorer car, comme l'écrit François Borella: «le peuple introuvable n'est plus la source du pouvoir et du droit, il en est l'enjeu».<sup>32</sup>

<sup>30</sup> *Cfr.* Vernet, Daniel, "L'Allemagne, l'Italie et l'identité chrétienne", *Le Monde*, 10 de novembre de 2000.

<sup>31</sup> *Cfr.* Ferry, Jean-Marc, *La question de l'Etat européen*, Paris, Gallimard, 2000, col. Essais, 322 pp.

<sup>32</sup> Borella, F., *op. cit.*, nota 8, p. 17.

C'est dire que la problématique du droit constitutionnel démotique, déjà analysée par ailleurs,<sup>33</sup> s'impose au droit constitutionnel sous un double aspect: en tant qu'objet d'analyse d'abord, celui-ci pose la question de la «juridicisation du ou des cadres territoriaux et sociaux de l'organisation politique des sociétés humaines»:<sup>34</sup> définition des identités collectives (qu'est-ce qu'un national?) minorités, statut des langues et des religions, organisation de l'Etat et pluralisme national; parce que ce qui allait de soi auparavant et justifiait que le droit n'en traitât que par prétérition, se pose avec d'autant plus d'acuité que les évolutions économiques et politiques en cours rendent plus aléatoires la construction constitutionnelle de l'unité de la base sociale de l'Etat face à la diversité revendiquée de sa population. Au reste, le droit constitutionnel du pouvoir politique et du citoyen y trouve aussi le prétexte à son adaptation et à son renouvellement, qu'il s'agisse, par exemple, des mécanismes de la représentation politique ou de l'intervention conciliatrice du juge constitutionnel entre le droit à la différence et la solidarité du groupe social.

Mais le droit constitutionnel démotique apparaît également comme une méthode d'analyse, et c'est bien en ce sens qu'il donne à nouveau à voir cette dualité originelle de la Constitution: de la même façon que le droit préexiste à la Constitution, que cette dernière n'est qu'un point d'aboutissement de la vie juridique, non son principe et sa source, c'est la réalité sociale qui impose une mise à jour du droit constitutionnel et non l'inverse. Le droit constitutionnel démotique s'efforce donc de prendre au sérieux ce que disent d'eux-mêmes et de leur destin collectif les auteurs de la Constitution démocratiquement élaborée. La validité supérieure de la Constitution est un gage de pérennité de la société politique ainsi définie. L'inscription de l'identité de la société politique dans le texte constitutionnel et sa garantie juridictionnelle est un gage de pérennité de la Constitution.

Désormais définie comme une philosophie de la nation formalisée dans une certaine organisation du pouvoir, la Constitution, écrivait Paul Bastid, «est en relation intime avec la situation ou avec les besoins d'un milieu donné. Si elle s'en détachait, elle serait vite emportée par les événements».<sup>35</sup> C

<sup>33</sup> Outre l'article de F. Borella, cit.: *cfr.* Pierré-Caps, S., «La Constitution démotique ou les mutations de la Constitution au seuil du XXIe siècle», *op. cit.*, nota 20, pp. 403-422.

<sup>34</sup> Borella, F., *op. cit.*, nota 8, p. 20.

<sup>35</sup> Bastid, P., *op. cit.*, nota 7, p. 184.