

## Qu'est-ce qu'une constitution ? Théories de la constitution

Le constitutionnalisme occidental a, dans ses expériences historiques locales au sein des États nationaux, la figure de la constitution écrite comme l'expression maximale de la dimension dogmatique du phénomène constitutionnel, l'exception la plus importante, comme nous l'avons vu dans la partie précédente, étant la constitution britannique et sa dimension historique. Cependant, résumer le concept de constitution à son sens formel signifie réduire un problème ontologique à la simple dimension froide du texte de la constitution ; lorsque la *constitution formelle* est considérée comme délimitant les procédures et les formes de légifération au sein d'un ordre constitutionnel institué, elle devient un paramètre qui permet de contrôler la compatibilité procédurale du mode de production de la législation infraconstitutionnelle avec les dispositions de la Constitution elle-même. D'autre part, la notion de *constitution matérielle* délimite quels sont les droits fondamentaux des individus et quelles sont les normes substantielles essentielles pour la structuration de l'État et pour la bonne organisation de la société.<sup>1</sup> Ainsi, avant d'arriver à cette définition dichotomique (formelle/matérielle) largement acceptée aujourd'hui, il y a une question

<sup>1</sup> Pour la distinction entre constitution formelle et constitution matérielle, voir Mathieu et Ardant 2017-2018, 70-1 ; aussi Verpeaux 2013, 65-8. Cependant, il est toujours utile de se rappeler l'ouvrage classique de Mortati 1998, sur cette même différenciation à propos du concept de constitution.

classique qui a été posée depuis le début du mouvement constitutionnel libéral : qu'est-ce qu'une constitution ?

L'analyse de la nature d'une constitution et de sa fonction au sein d'un ordre politico-juridique institué sont des problèmes auxquels ont été confrontés différents auteurs au cours des deux derniers siècles. Sur la base de la présence récurrente dans les cours de droit constitutionnel et même dans l'historiographie de la pensée juridico-constitutionnelle, six théories de la constitution ont été choisies pour tenter de répondre à la question qui guide ce chapitre. Dans la mesure où elles se situent entre la période des révolutions libérales du XVIII<sup>e</sup> siècle et la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle, ces six théories sont à la base d'une grande partie des conceptions locales de la constitution développées par les cours constitutionnelles des pays insérés dans le constitutionnalisme occidental.

Encore une fois, qu'est-ce qu'une constitution ? Cette question a été récurrente dans la pensée politico-juridique occidentale avant même la période des révolutions libérales. André Lemaire (1907, 99-102, 106) a fait référence au XV<sup>e</sup> siècle comme à une époque où, d'une part, des juristes tels que François Hotman se préoccupaient de dissocier le fondement de l'origine de la France du pur pouvoir absolu du monarque, à tel point que son classique *Franco-Gallia* (1573) met l'accent sur une notion – encore naissante à l'époque – de la souveraineté populaire comme un fondement du pouvoir, tandis que, d'autre part, l'usage du terme de *lois fondamentales* était déjà récurrent chez des hommes politiques comme le duc d'Anjou, d'Alençon, qui soutenaient qu'il n'était pas possible de maintenir un royaume sans ses « lois fondamentales ». Bien que nous ayons été confrontés ici à des caractères qui se réfèrent directement à l'une des fonctions les plus essentielles d'une constitution, c'est-à-dire la limitation du pouvoir, l'utilisation même du mot *constitution* est beaucoup plus ancienne, et peut aussi être vue chez Aristote avec le concept très large de *politeia*, et encore chez les Romains de l'époque impériale avec les *constitutiones principis*, un ensemble de documents législatifs qui comprenaient des règles générales telles que les *edicta* et *mandata*, ainsi que des normes d'une nature particulière, comme les *decreta*, *epistulae* et *rescripta*.

Ce qui semble approcher Aristote, Hotman et d'autres auteurs prémodernes qui se sont éloignés les uns des autres pendant des siècles ou des millénaires, c'est la nécessité de donner forme, c'est-à-dire d'incarner les normes les plus essentielles qui structurent les bases de leurs organisations politiques et, par conséquent, séparent la civilité de la barbarie. Cependant, il est évident que l'aspect très caractéristique de la constitution dans la modernité reste intouché par tous : la limitation du pouvoir public en tant que fonction essentielle d'une constitution. Une fonction essentielle et suffisante en soi, indépendamment des légitimations métaphysiques ou théologiques. Ainsi, la simple question qui donne le titre à ce chapitre pourrait être répondue par des centaines de pages, dans divers sens possibles à travers l'histoire.

Dans les sections suivantes, nous oserons essayer de répondre à la question susmentionnée chez chacun des auteurs qui, à notre avis, ont été décisifs dans la formation de la pensée politico-juridique occidentale : Burke, Lassalle,

Marx, Hauriou, Kelsen et Schmitt. Le caractère apparemment « arbitraire » de cette élection est atténué par le fait que plusieurs auteurs désignent cette liste comme une liste minimale de penseurs responsables de ce qu'on appelle conventionnellement les théories de la constitution.<sup>2</sup>

#### 4.1 Les conceptions jusnaturalistes

Une première définition qui coïncide temporellement avec le début du constitutionnalisme occidental peut être établie avec le concept imprécis de *constitution jusnaturaliste*. Imprécis parce qu'il ne s'agit pas d'une terminologie récurrente dans la doctrine et parce qu'il n'a pas de bases théoriques claires qui la dissocient des *lois du royaume* médiévales ou des *lois fondamentales* responsables de la structuration normative des monarchies européennes de la fin du Moyen Âge.<sup>3</sup> Traitant de la France de l'Ancien Régime, Olivier Beaud (2009) souligne que le mot « constitution », encore inspiré de l'ancienne notion de *constitutio* du latin, avait peu de sens réel, restant étroitement associé à la prérogative du souverain de émettre des ordonnances pour les sujets.

Cependant, non seulement au XVIIIe siècle, mais un siècle ou deux plus tôt, en Europe continentale et en Angleterre, les monarchies ont commencé à essayer de justifier leurs pouvoirs absolus plus directement dans la nature humaine, sans avoir à recourir à la légitimation de la *Respublica Christiana*. Une conception de la constitution jusnaturaliste s'est développée, décrivant les organisations entre les puissances, sous la légitimité spirituelle de l'Église catholique, comme une situation de fait produite par l'évolution historique d'une certaine collectivité, et non par une simple volonté souveraine ; le royaume serait un corps organique chargé de bien ordonner une société, avant même de garantir les droits. Jean-Baptiste Busaall (2012, 271) rappelle que la dynastie des Bourbons est responsable de cette grande organicité du Royaume de France, puisque jusque-là les relations de privilèges, de forums et même de lois étaient centrées sur différents points d'appui en dehors du territoire français, comme Rome et le Royaume d'Espagne.

Il y a aussi le rapport entre souveraineté et pouvoir normatif qui s'est construit tout au long des XVIe et XVIIe siècles par des juristes tels que Jean Bodin (1530-1596) et Charles Loyseau (1564-1627), augmentant d'une part la pertinence d'une différenciation hiérarchique entre les normes émises par le monarque lui-même, tout en créant d'autre part les conditions théoriques, sur le plan normatif, de la séparation entre l'État et l'Église, ce qui se produira au XVIIIe siècle avec la paix de Westphalie (1648). Charles Loyseau (1609, I, 24) définissait

<sup>2</sup> Jorge Miranda (2011, 188-92) présente la même liste comme une sorte d'illustration de ce que sont les grands courants doctrinaux sur le problème constitutionnel.

<sup>3</sup> Plus précisément en France, les *lois fondamentales du royaume*, de nature coutumière et d'origines immémoriales dans les coutumes locales des premières dynasties du Royaume, ont commencé à se développer en tant que lois au sens formel à partir de la dynastie des Bourbons. Sur le sujet, voir Chevallier (1979).

la souveraineté comme une « puissance absolu » de l'État, comme une forme qui lui attribue l'existence. Dans un autre ouvrage, Loyseau (1613, 3-12) traitera de l'idée d'« ordre » en tant qu'« État » pour justifier la division – qui deviendra une référence structurante du Royaume – de la société française en trois États, qui seront hiérarchisés les uns au-dessous des autres, les lois du Royaume étant chargées d'établir l'ordonnement des rapports entre ces trois États.

La légitimité transcendantale de l'Église catholique n'était pas stable, encore moins inébranlable. Dans l'ouvrage *Franco-Gallia*, traitant de la « forme et constitution du gouvernement franco-gaulois » (chap. X), François Hotman (1991, 63-7) a eu recours à une idée encore très naissante d'une constitution de droit naturel dans des conditions permettant de préserver la continuité historique du pouvoir en France, même dans le cas d'une éventuelle destitution de la monarchie, accusée par lui de tyran – il faut rappeler que l'ouvrage lui-même est un manifeste huguenot en réaction au massacre de la Saint-Barthélemy. Si la souveraineté provenait du peuple, comme le soutenait Hotman, la constitution serait la forme souveraine d'existence de ce peuple sur son propre sol, quelles que soient les circonstances entourant la monarchie et le gouvernement au pouvoir. Même en l'absence d'un rejet explicite de tout fondement religieux pour légitimer le pouvoir politique, il est déjà possible de trouver en *Franco-Gallia* une tentative de légitimation du pouvoir politique dans la nature humaine d'un peuple constitué, c'est-à-dire dans son propre développement historique au fil du temps.

Brièvement, on peut définir la constitution jusnaturaliste comme une tentative, avant les événements historiques qui ont culminé avec la Révolution française, de fonder le pouvoir politique sur un ordre supérieur de principes et de règles de droit naturel qui serviraient de paramètre éthique et métaphysique pour le droit positif. Bien que fortement marquée par le thomisme, dans le domaine philosophique, et par le catholicisme, dans le domaine religieux, on peut dire que la constitution jusnaturaliste a été la grande thèse à contester par les courants qui allaient émerger aux XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles, en particulier par la constitution historique sur le sol britannique.

#### 4.2 Edmund Burke (1729-1797) et la constitution historique

La partie précédente a été mise en évidence la division entre la période de droit consuetudinaire et la période de *common law* dans la formation historique du constitutionnalisme britannique. L'anti-normandisme, tel que défini par l'historien britannique Christopher Hill, a renforcé cette division historique en entendant opposer les traditions et les coutumes locales britanniques aux autres formes d'organisation politique et sociale connues à l'époque. Toutefois, la consolidation de la *British constitution*, par opposition à ce qui représentait l'*Ancient constitution*, est devenu possible avec une rhétorique anti-normande ajoutant à l'idée que le *common law* eût été le seul système juridique existant dans le royaume capable de lui donner l'unité.

John Pocock (1967, 229-30) souligne que, bien que la déposition du roi Jacques II ait été le principal événement politique de la Révolution de 1688, la

perte de pertinence juridique et politique de l'*Ancient constitution* sera, en fait, l'héritage le plus important laissé par la Révolution. Près d'un siècle auparavant, Edward Coke et les partisans du parlementarisme avaient déjà plaidé pour la nécessité de limiter le pouvoir monarchique et d'étendre les prérogatives du Parlement. Cependant, ce n'est qu'avec la Révolution de 1688 qu'il sera possible d'affirmer l'existence d'une constitution historique qui consolide le pouvoir des tribunaux dans l'interprétation du droit, ainsi que le rôle du Parlement dans la définition des politiques.

Environ un siècle après la guerre de Sécession, Edmund Burke (1729-1797), considéré comme l'un des grands théoriciens du conservatisme, représentait avec ses idées une grande synthèse de cinq cents ans d'évolution de la *British constitution*. Burke a soutenu, sans recourir au droit naturel, qu'il y aurait une relation de continuité responsable de la formation historique de la tradition constitutionnelle d'un pays, qui serait reconnaissable à sa capacité de limiter le pouvoir, de diviser son exercice et d'affirmer les droits individuels. Penseur respecté au fil du temps par les libéraux, les conservateurs et les progressistes, Burke a produit ses principaux textes lorsqu'il était parlementaire (1766-1794) à la Chambre des communes (*House of Commons*), en particulier dans l'observation critique des événements historiques, tels que la Révolution française, et dans la lutte effective contre les politiques de son temps, notamment avec la motion de censure, en mai 1782, qui mit fin au gouvernement du polémiste Lord North, premier ministre pendant la guerre d'indépendance américaine.<sup>4</sup>

Le philosophe George H. Sabine (1962, 489) souligne le fait que, avant une constitution historique, chez Burke, l'idée essentielle était celle d'une « constitution prescriptive ». Bien plus qu'une dimension locale du pouvoir, ou un agrégat momentané d'individus, une nation serait formée par une idée de continuité guidée par des décisions qui, délibérément de la part du peuple, trouvent la reconnaissance dans les générations futures ; des idées qui *prescrivent* des titres, des droits, tout ce qu'il y a de plus essentiel, y compris ceux qui prescrivent le gouvernement ; selon Burke (1861, 147), la constitution britannique existe pour être, tout d'abord, une évolution constante qui remonte à une époque immémoriale.

Autant la Magna Carta de 1215 a déjà été mentionnée par Coke comme la première grande manifestation d'un parlement sur le sol britannique au Moyen Âge, autant c'est avec Burke et sa doctrine du traditionalisme que la déclaration des droits susmentionnée est également considérée comme le premier grand document normatif ayant un statut constitutionnel pour la *British constitution*. John Pocock souligne que la pensée de Burke combinait une théorisation abstraite sur la sagesse supposée supérieure des institutions traditionnelles avec les idées plus concrètes de son époque ; une relation complexe d'idées centrée

<sup>4</sup> Sur la façon dont la motion de censure contre Lord Frederick North constituerait une nouvelle phase du parlementarisme, voir le travail de l'historien Herbert Butterfield (1949).

sur la combinaison de la contemplation de la société anglaise alors existante avec les concepts traditionnels qui avaient formé le système de *common law*.<sup>5</sup>

Le concept de constitution historique, en tant que constitution non écrite formée d'un ensemble de documents normatifs de valeur historique supérieure affirmés au fil du temps par un peuple donné, a dans la pensée de Burke l'une des contributions les plus pertinentes à la théorie constitutionnelle, que ce soit pour son adhésion ou sa réfutation.

#### 4.3 Ferdinand Lassalle (1825-1864) et la constitution sociologique

Avec le prussien Ferdinand Lassalle une période du constitutionnalisme occidental a été inaugurée au cours de laquelle la rivalité avec la perspective historiciste britannique a dû être surmontée – au moins de manière explicite – et des définitions concrètes ont commencé à émerger en Europe continentale pour différencier la constitution en tant que simple acte législatif de la constitution en tant que loi suprême d'un ordre politico-juridique. La proximité avec Marx à l'époque de la Révolution prussienne de 1848 peut être perçue dans la manière dont les deux reflètent réciproquement dans leurs œuvres la nécessité de concevoir un espace propre pour la composition entre les forces politiques existant dans une société.<sup>6</sup> Provient de Lassalle, dans son livre *Über Verfassungswesen*, née d'une conférence donnée à Berlin en 1862, une confrontation directe avec une question centrale pour la théorie constitutionnelle : quelle est l'essence d'une constitution ? La précision de la conférence, transformée en livre, face à ce questionnement peut s'expliquer par divers facteurs et circonstances du moment par lequel Lassalle était passé, comme la rencontre avec Giuseppe Garibaldi la même année lors d'un voyage à Naples, ou la préparation du *Arbeiter-Programm* (« Programme des travailleurs ») qui constituerait la base programmatique de

<sup>5</sup> « It is confined to one aspect of Burke's thought—his doctrine of the superior wisdom of traditional institutions—and it treats even that in isolation. There are many things in his social and political philosophy besides his traditionalism, and it is not suggested that his membership of the common-law tradition explains all or any of them. To understand their meaning and their presence among his ideas, it may well be necessary to invoke the natural law, the philosophy of Hume, the sociology of Montesquieu or the rise of a romantic sensibility, and even more complex operations will obviously be needed if any one aspect of his thought is to be reduced to philosophical unity with any other. It is certainly not suggested that Burke's unified view of reality—if he had one—was derived from the common law; on the other hand it is suggested that in order to explain his traditionalism, regarded simply as an isolated factor, there is no need to suppose more than his continued employment and highly developed understanding of certain concepts which came from the common law (as he recognized) and were generally in use as part of the political language he spoke with his contemporaries. In this respect, Burke's thought was formed by the contemplation of English society and history with the aid of concepts traditionally used for that purpose, and by the contemplation of those concepts themselves » (Pocock 1960, 143).

<sup>6</sup> Sur la Révolution de 1848, le soi-disant « Printemps des peuples », et son influence sur Lassalle, voir : Moyssset (1906) et Marx (1900). Sur la relation entre Lassalle et Marx, voir : Fleury 1939, 45-54.

l'*Allgemeiner Deutscher Arbeiter-Verein* (« Association générale des travailleurs allemands »), fondée l'année suivante à Leipzig, et qui existera jusqu'à 1875, date à laquelle, en fusion avec le Parti ouvrier social-démocrate, elle donnera naissance au Parti ouvrier socialiste d'Allemagne.

La réponse à la question de l'essence de la constitution est donnée afin de différencier la loi de la constitution, parce que cette dernière est aussi une loi, mais elle ne se limite pas à être une *simple* loi : c'est la loi fondamentale d'une nation (Lassalle 1999, 24). Lassalle a inventé la célèbre phrase selon laquelle une constitution devrait être plus qu'une simple *feuille de papier*, puisque, en plus de la constitution écrite, il y aurait une constitution effective. Il stipule que l'essence de la Constitution d'un pays est formée par les « rapports de force réels existant dans un pays » (Lassalle 1999, 31). Mais quels seraient ces véritables rapports de pouvoir ? Il répond que les « rapports de forces réels qui existent dans chaque société sont cette force effective, agissante, qui conditionne toutes les lois et les dispositions juridiques de cette société, de telle sorte que pour l'essentiel elles ne peuvent guère être différentes de ce qu'elles sont » (Lassalle 1999, 26).

C'est un concept aussi historiquement impactant que controversé, parce que son caractère hautement descriptif pourrait condamner une nation influencée par des agents vicieux à rester fatalement lié à un sombre destin. Parmi les véritables forces réelles de pouvoir, Lassalle énumère l'Église, la monarchie, les banquiers, l'aristocratie, la grande bourgeoisie, la petite bourgeoisie et la classe ouvrière. Malgré cette critique importante que l'on peut formuler, le concept sociologique de constitution a le mérite indéniable de tenter d'approcher la réalité socio-économique et historique du moment constituant, laissant la mesure de l'efficacité de la constitution définie par les directions que peut prendre la composition entre les rapports de force réels. La composante transformatrice qu'une constitution doit avoir, guidant la collectivité vers le bien commun à partir des valeurs partageables, serait probablement construite dans le cadre d'une dialectique matérialiste constante et sans fin entre les différentes forces réelles de pouvoir.

#### 4.4 Karl Marx (1818-1883) et la constitution comme superstructure ?

Initialement, il est important de souligner que les portées de ce travail, plus précisément de ce chapitre, sont liées au constitutionnalisme et au(x) concept(s) de constitution. Par conséquent, dans ce point, nous essaierons, de manière ponctuelle, d'analyser un concept possible de constitution basé sur la pensée de Marx. Il existe une relation vaste et intéressante entre la pensée juridique et le marxisme, notamment en raison de l'œuvre de Michel Miaille (1941-) et de sa réception au Brésil par des auteurs tels que Enzo Bello, Martônio Mont'Alverne Lima, Gilberto Bercovici et Alysson Mascaro.<sup>7</sup> Cependant, notre approche

<sup>7</sup> Pour plus d'informations et d'études sur la critique marxiste du Droit aujourd'hui, voir : Miaille 1976 et 1980 ; et une conférence publiée sous forme d'article par Michel Miaille (2014). Voir aussi Lyra Filho (1983) ; Bello, Lima et Bercovici 2019 ; Bello 2010, 7-33 ; et aussi Mascaro 2013.

méthodologique ne nous permet pas d'aller au-delà des champs spécifiques qui nous guident dans ce travail.

Bien qu'il ne se soit jamais consacré à des thèmes strictement juridico-constitutionnels, il est possible de soutenir que chez Marx, la notion de constitution assumerait également la condition de superstructure, c'est-à-dire en tant que norme juridique majeure d'une organisation politique. Si, d'une part, l'ensemble des relations économiques constituait la superstructure économique de la société, d'autre part, sur cette base économique réelle, une superstructure juridique et politique serait érigée et déterminée par celle-ci. Mais, en revanche, si elle n'assume pas sa fonction historique de limitation/uniformisation des relations économiques, cette superstructure serait condamnée à simplement donner une forme juridique et une légitimité politique à ce qui est défini par la superstructure économique.<sup>8</sup>

En termes aussi brefs, on pourrait se référer à tort au structuralisme philosophique qui, déjà chez Saussure, cherchait à décrire les relations d'équivalence ou d'opposition comme déterminantes d'un ensemble d'éléments qui formeraient la structure ; cependant, l'objectif de Marx trouve essentiellement son origine dans la critique des relations économiques. L'une des catégories les plus importantes de la critique marxiste, la superstructure serait le niveau maximum de projection idéologique des stratégies des groupes économiques et politiques (les élites) dans le but de maintenir et de perpétuer leurs domaines.

D'autre part, l'infrastructure – un autre concept central de cette théorie – serait composée de relations matérielles entre ceux qui détiennent eux-mêmes les forces de production, c'est-à-dire les travailleurs qui emploient leurs efforts à la transformation des matières premières en produits (manufacturés, industrialisés). Ainsi, l'ensemble de ces rapports de production constituerait, pour Marx, la « structure économique de la société, la base réelle, sur quoi s'élève une superstructure juridique et politique et à laquelle correspondent des formes de conscience sociales déterminées » (Marx 1909, 26).

Dans cette perspective hautement déterministe, la constitution aurait pour rôle d'être la référence normative suprême dans l'organisation d'une société organisée dans le but de maintenir la sécurité juridique des détenteurs des moyens de production. L'utilisation même du mot « constitution » par Marx se référait, avec imprécision, à l'idée d'une loi supérieure dans une organisation politico-juridique indépendante. Cependant, la pertinence de la critique marxiste de la constitution est devenue significative non seulement en raison de son influence sur l'origine de l'URSS et sur les pays qui ont adhéré au Pacte de Varsovie, mais même avec la dissolution de l'Union soviétique et le début

<sup>8</sup> Marx (1909, 5, Préface) lui-même a déjà dit que : « L'ensemble de ces rapports de production constitue la structure économique de la société, la base réelle, sur quoi s'élève une superstructure juridique et politique et à laquelle correspondent des formes de conscience sociales déterminées. Le mode de production de la vie matérielle conditionne le procès de vie social, politique et intellectuel en général. Ce n'est pas la conscience des hommes qui détermine la réalité ; c'est au contraire la réalité sociale qui détermine leur conscience. »

du XXI<sup>e</sup> siècle, les nombreuses critiques des processus de mondialisation font régulièrement appel aux références marxistes pour tenter d'aborder des questions telles que l'inégalité sociale, l'extrême pauvreté, parmi d'autres problèmes pour lesquels les réponses actuelles ne sont pas étayées par la réalité.

D'une constitution-bilan, comme on l'appelait en référence au léninisme postrévolutionnaire, qui visait à décrire la réalité effective des structures du pouvoir d'État et de l'organisation politico-économique existante, nous sommes passés à une conception marxiste de la constitution dans le sens de la limitation juridico-politique de la superstructure représentée par l'économie. En abandonnant la catégorie de la constitution-bilan et en passant à la constitution-programme qui allait caractériser plusieurs constitutions de pays socialistes dans la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, y compris la constitution de l'Union soviétique de 1977, la critique marxiste de la constitution a cherché à se concentrer sur la dimension historique de la conscience sociale d'un peuple comme référence pour définir comment la superstructure juridico-politique se positionnerait par rapport à la superstructure économique.

À notre avis, il n'aurait plus de sens pour une révolution anticapitaliste mondiale de penser à partir de la matrice marxiste, mais plutôt comme une source de subventions théoriques possibles pour la refondation des fondements du capitalisme vers un ordre international moins inégalitaire entre les nations et doté de véritables instruments de promotion de la dignité humaine dans ses multiples dimensions existentielles.

#### 4.5 Maurice Hauriou (1856-1929) et la constitution comme institution

Les théories institutionnalistes du droit et de la constitution ont fait l'objet de propositions différentes au cours de la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle dans plusieurs pays, notamment en France et en Italie. Au tournant du XIX<sup>e</sup> au XX<sup>e</sup> siècle, Vittorio Emanuele Orlando, professeur de droit constitutionnel à Palerme et homme politique proche à la fois des diplomates d'autres nations et des juristes de l'expression de Georg Jellinek, a introduit les bases de ce qui serait le droit public italien. La pensée juridico-constitutionnelle du début du XX<sup>e</sup> siècle n'avait pas encore ses propres théorisations sur des questions purement théoriques, étant marquée par le dogmatisme et, dans une certaine mesure, aussi par le pragmatisme. C'est avec Santi Romano (1918), l'élève le plus remarquable de Vittorio Emanuele Orlando, que l'institutionnalisme juridique italien a gagné corps et âme, en particulier dans l'œuvre *L'Ordinamento giuridico*, où il délimite ses différences avec le formalisme positiviste en affirmant que « le droit est une institution », c'est-à-dire qu'avant d'être une norme ou un ensemble de normes, le droit serait une institution, une sphère d'action dans laquelle les normes deviennent possibles.

Cependant, cette idée était déjà présente, à la même époque, sur le sol français avec Maurice Hauriou, constitutionnaliste devenu célèbre comme professeur à la faculté de droit de l'Université de Toulouse comme l'un des plus importants juristes européens du XX<sup>e</sup> siècle. Contrairement à Santi Romano et sa vision de

l'institution comme une seule entité<sup>9</sup>, Hauriou soutenait qu'il y avait une ligne de continuité entre l'émergence de l'État moderne, le contrat social, surtout après les contributions de J.J. Rousseau, et l'affirmation de l'institution comme expression objective du pouvoir subjectif diffus parmi les individus vivant dans la société. Ainsi, il n'y aurait pas une « unité » du système juridique, mais un dualisme entre la *constitution sociale* et la *constitution politique* qui représente le passage du subjectivisme caractéristique de la première à l'objectivisme qui devrait marquer la seconde.

Un système social se formerait et s'ordonnerait à partir d'un « mouvement lent et uniforme » qui ne s'observe que dans les organismes vivants ; le renouvellement continu de ces mouvements permet à un groupement humain de développer un équilibre dans ses relations et, finalement, de transformer sa volonté collective en gouvernement (Hauriou 1929, 71). Lorsque cette organisation sociale s'institue, sous une forme spécifique et durable, elle cesse d'être une simple situation de fait pour devenir une institution sociale. Hauriou développe son idée de l'institution comme sociale ou comme politique, puisque l'État est la forme de l'institution politique qui s'ajoute à la société, sans avoir l'intention de la dominer ou de la subjuguier ; l'État n'agit que par le moyen de la loi, c'est-à-dire par le biais d'une loi constituée, avant tout, sur la base des libertés individuelles qui forment les institutions sociales.

En affirmant que l'État serait soumis à une « superlégalité constitutionnelle », il n'y aurait pas seulement la constitution écrite, mais surtout un ensemble de principes fondamentaux ayant pour fonction de donner une légitimité constitutionnelle au pouvoir de l'État.<sup>10</sup> Au milieu de tels principes, il y aurait ceux qui garantissent des libertés individuelles et aussi les principes politiques qui guident le fonctionnement du régime actuel. Hauriou a souligné qu'un régime constitutionnel était formé par des « facteurs constitutionnels » : le pouvoir, l'ordre, l'État, la liberté. Selon ses propres mots, le pouvoir

étant à la fois le fondateur et l'organisateur de l'ordre. L'État étant une forme perfectionnée de l'ordre. La liberté étant à la fois la cause et le but de ces actions et de la création de ces formes (Hauriou 1929, 114).

Les droits et libertés individuels, formés au sein des institutions sociales qui servent de forme extérieure à un groupement humain, seraient à la base de la constitution sociale. La constitution écrite, en revanche, serait la forme externe de la constitution politique, de sorte que « la base d'une constitution se trouve dans des institutions, et la Constitution elle-même n'est qu'une organisation

<sup>9</sup> Sur le sujet de l'unité de l'ordre juridique, voir Gazzolo (2018), en particulier dans les références précises aux travaux de Fioravanti et de Grossi sur le sujet en question.

<sup>10</sup> « Par sa forme de loi, la constitution s'adapte aux lois ordinaires tout en leur étant supérieure ; elle constitue une superlégalité, qui est encore une sorte de légalité, et cette circonstance facilite l'organisation du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois ordinaires, parce que la contrariété des textes ou des principes se présentera comme un cas de conflit de lois » (Hauriou 1929, 247).

d'institutions. »<sup>11</sup> Autant les droits individuels trouvent leur origine dans des droits subjectifs, autant leur reconnaissance en tant qu'institutions juridiques objectives se produit dans la constitution sociale dans la mesure où ils assument une position hiérarchique supérieure aux autres normes du droit privé et qu'ils en viennent à servir de fondement à la vie privée elle-même.<sup>12</sup>

Il est évident que, dépassant les autres institutionnalistes de son temps, Hauriou (1933, 90-1) a démontré que l'évolution du droit moderne reposait sur l'affirmation historique de dualismes successifs, que l'on peut résumer dans le rapport entre sujet de droit et norme juridique, mais aussi dans les notions de droit subjectif et de droit objectif, ou encore dans le dualisme entre constitution sociale et constitution politique. Son institutionnalisme a la capacité de comprendre l'évolution progressive des formations humaines vers un État politique institué à partir du passage d'un stade pré-étatique, très caractérisé par des volontés subjectives conflictuelles, à un stade évolutif marqué par l'objectivité des institutions politiques.

D'autre part, c'est précisément dans ce dualisme entre constitution sociale et constitution politique que se concentrera une grande partie de la critique de la pensée de Hauriou, en particulier par les institutionnalistes italiens. Le constitutionnaliste italien Costantino Mortati, dans son ouvrage de 1940, adresse cette critique à Hauriou en argumentant qu'il est impossible de configurer une conscience collective, en tant qu'entité juridique, différente de la conscience collective qui anime l'État. Le concept d'institution serait, pour Mortati, nécessairement unitaire, puisque des éléments tels que la nation, l'État, le régime politique et le système de gouvernement ne pourraient être considérés séparément.<sup>13</sup>

Une autre critique possible réside dans le fait que le concept de constitution dans l'institutionnalisme de Hauriou pouvait s'en approcher, aux yeux les moins attentifs, les formalismes positivistes très répandus à son époque, reléguant la constitution sociale à un simple plan pré-normatif. Néanmoins il semble indéniable qu'une double conception de la constitution (sociale et politique) a la différence de concevoir une institution comme un ordre essentiel qui rassemble en lui-même les dualismes du droit et les dualismes de la société (individu et

<sup>11</sup> Dans l'original : « A la base de la constitution sociale, à défaut d'institutions sociales proprement dites qui soient la forme extérieure d'un groupe humain, il faut bien au moins des institutions juridiques qui soient des groupes d'idées. En un mot, d'une façon ou de l'autre, la base d'une constitution se trouve dans des institutions, et la Constitution elle-même n'est qu'une organisation d'institutions » (Hauriou 1929, 613).

<sup>12</sup> « La constitution sociale est le fondement de la vie privée, laquelle passe avant la vie publique, de même que le droit privé passe avant le droit public ; ensuite, il est entendu que la constitution politique est pour la garantie des libertés individuelles, c'est-à-dire de la constitution sociale » (Hauriou 1929, 611).

<sup>13</sup> Dans l'original, il soutient que « Se determinanti elementi si considerano come necessari pel sorgere dell'istituzione in senso giuridico e se il concetto che di questo si assume è unitario, non può prescindere dal dimostrare la presenza degli elementi stessi quando si attribuisca ad una data entità natura istituzionale » (Mortati 1998, 71).

État, pouvoir et ordre). Norbert Foulquier (2009) détecte que Hauriou s'est attaché à considérer la complexité des faits en mouvement constant, de sorte que la conservation de l'ordre social et l'affirmation de la suprématie du droit sont des objectifs qui vont de pair dans sa pensée.

#### 4.6 Hans Kelsen (1881-1973) et la constitution positive

Reconnu comme l'un des juristes les plus influents du XXe siècle, Kelsen a la célèbre conception du système juridique comme une structure échelonnée et pyramidale, dans laquelle le niveau normatif supérieur attribue une légitimité formelle au niveau normatif inférieur. Cette conception viendrait se consolider comme une référence fondamentale pour les différentes variantes du positivisme qui émergeront après son œuvre. Dans sa *Théorie pure du droit* (1934), Kelsen a défini la constitution comme la norme la plus élevée du niveau de droit positif, ayant pour fonction d'être « la norme positive ou les normes positives par lesquelles la production de normes juridiques générales est régulée » (Kelsen 1999, 247).

Le concept de constitution de Kelsen est souvent confondu, d'une manière profondément erronée, avec sa conception de la norme fondamentale. Jouant un rôle central dans la légitimation non seulement de l'ordre politico-juridique de l'État, mais aussi de l'ordre international, Kelsen définit la norme fondamentale comme un présupposé logico-transcendantal, établi *a priori* uniquement de manière formelle, puisqu'il serait matériellement dépourvu de contenu prescriptif, dont la fonction est de fonder la validité objective d'un ordre juridique positif, c'est-à-dire de légitimer la forme à partir de laquelle le contenu sera élaboré (Kelsen 1999, 244-45).

Le monisme kelsénien, à l'origine de la tentative de formation d'un ordre international universaliste, se réfère à une « éthique universelle » et, surtout, à une « conscience humaine universelle » en tant qu'élément intersubjectif capable d'unir différents peuples (Kelsen 1926, 326 ; et 1989, 469). Sa propre définition d'une norme fondamentale du droit international (Kelsen 1999, 239-43) ne détermine pas *a priori* le contenu matériel de l'ordre international. Kelsen (1926, 318) reconnaît que le droit international n'est qu'un droit primitif, c'est-à-dire un droit qui « souffre incontestablement d'une imperfection technique, ce qui l'empêche cependant d'être reconnue comme un vrai droit. » Face à cette « imperfection technique » du droit international, il resterait aux États nationaux de continuer à occuper le principal lieu d'exercice du pouvoir politique institué.<sup>14</sup>

Ce vide substantiel de la norme fondamentale *in genere* est justifié par le fait que « le droit et la morale constituent différents types de systèmes de normes », une fois que : « elle est basée sur une définition du droit qui la détermine comme faisant partie de la morale, qui identifie le droit et la justice » (Kelsen 1999, 71-2).

<sup>14</sup> Pour une critique de la proposition de Kelsen pour l'ordre international, nous nous référons à notre Teixeira (2011).

Cependant, il est nécessaire de concevoir la constitution au-delà de sa fonction normative au sein de l'État et de comprendre comment Kelsen, depuis 1934, avec sa *Théorie pure du droit*, comprenait que les droits nationaux de tous les États souverains composaient d'ordres partiels d'un ordre total : c'est-à-dire d'un « élément d'un tout, un ordre partiel » (Kelsen 1926, 299). Ce « tout » serait l'ordre international, qui, selon lui, représenterait l'unité objective de la connaissance juridique, une connaissance qui devrait être « impérativement, une conception moniste » (Kelsen 1989, 180). Avec la primauté du droit international, ce ne serait plus la norme fondamentale de l'ordre étatique qui fonderait l'unité du système de droit, mais plutôt la norme fondamentale du droit international (Kelsen 1926, 310).

Le grand problème que Kelsen (1926, 276) a identifié dans la construction dualiste est que, si elle était poussée à ses conséquences ultimes, elle pourrait faire du droit international rien de plus qu'une sorte de morale ou de droit naturel, au lieu d'être un vrai droit, dans le sens qui lui plaît le plus, c'est-à-dire comme un droit positif, parce que seule un droit national pourrait être appelée droit. Lorsque deux systèmes normatifs ont deux normes fondamentales différentes, indépendantes l'une de l'autre et irréductibles l'une à l'autre, alors ces systèmes auront une nature différente, puisque la validité et la cohérence entre les normes d'un système résultent, en dernière analyse, de la dérivation de la norme fondamentale qui est à la base du système.<sup>15</sup>

Kelsen (1926, 233) comprend l'État comme un « ordre de conduite humaine », plutôt qu'un « ordre de la nature », doté d'une *puissance* suffisante<sup>16</sup> pour faire obéir à ses normes les individus qui y sont soumis. Conçu comme un ordre de conduite humaine, l'État doit, en tant qu'objet de la connaissance juridique produite par une doctrine de droit public, avoir la nature du droit, c'est-à-dire prendre la forme d'un système juridique ou d'une partie de celui-ci (Kelsen 1989, 20).

Et c'est précisément à ce moment, c'est-à-dire à celui de la définition de l'État comme entité nécessairement juridique, que Kelsen (1926, 259) fait sa critique la plus sévère du dualisme, lorsqu'il considère que la théorie de la souveraineté de l'État national aboutit par conséquent à la conclusion

qu'un seul État peut avoir le caractère d'entité juridique suprême, que la souveraineté d'un État est incompatible avec celle de tout autre État et exclut par conséquent l'existence d'un autre État en tant qu'ordre souverain.

La reconnaissance par un État de l'existence d'un autre égal à lui impliquerait une contradiction logique avec le postulat de l'unité de la connaissance (Kelsen

<sup>15</sup> « [L]'unité du système résulte de l'identité du principe sur lequel se fonde la validité de ses divers éléments » (Kelsen 1926, 264).

<sup>16</sup> Dans l'original : « L'État, affirme-t-on par exemple, est essentiellement *Puissance* ; il est par suite supérieur aux individus qui sont soumis à ses règles ; ces individus sont ses 'sujets' » (Kelsen 1926, 234).

1926, 268) et avec le principe de la souveraineté de l'État, parce qu'un État qui est au-dessus de tous les autres ne pourrait pas en venir à reconnaître l'existence de quelqu'un au-dessus de lui ou à ses côtés, sous peine de rendre irréalisable la défense logico-rationnelle de sa propre souveraineté (Kelsen 1926, 277-79). Dans la théorie de Kelsen, le postulat de l'unité de la connaissance est valable sans limites, même au niveau normatif, où il trouve son expression dans l'unité et l'exclusivité du système de normes, un présupposé valide, ou même dans l'unité nécessaire du point de vue de sa considération, de son évaluation ou de son interprétation.<sup>17</sup>

Kelsen ajoute également que, si la souveraineté est indispensable pour caractériser la différence essentielle entre un ordre ou une entité qui le personnifie, qui l'objective, et les systèmes ou entités inférieurs, subordonnés, qui en font partie en tant qu'attribut de celui-ci, l'hypothèse de la coexistence d'autres États équivalents, également souverains et subordonnés à un ordre juridique international supérieur qui unit tous ces États, est inconciliable avec l'idée d'État.<sup>18</sup>

En affirmant la nature de l'État en tant qu'ordre humain essentiellement juridique et en défendant la thèse selon laquelle le dogme de la souveraineté de l'État empêcherait la reconnaissance réciproque entre les États comme étant toutes des entités ayant des « existences juridiques » souveraines entre elles, Kelsen (1926, 296) résume ce qu'il comprend comme le but de toutes les théories juridiques et même de la science juridique elle-même : constituer un ordre universel capable de regrouper en un seul système toutes les règles du droit positif. De cette façon, au lieu d'être un concept substantiellement politique, « la souveraineté de l'État ou, maintenant, de la communauté des États, devient identique à la positivité du droit » (Kelsen 1989, 126-27).

En ce qui concerne cet ordre universel auquel se réfère Kelsen, c'est chez Christian Wolff (1934, orig. 1749) et dans sa notion de *civitas maxima* que le maître de Vienne s'est inspiré de la conception de son modèle d'ordre juridique international. Une fois établie l'hypothèse juridique selon laquelle les normes du droit international forment un ordre universel supérieur à tous les États nationaux et capable de les enfermer tous, c'est-à-dire comme un ordre destiné à former une communauté supérieure aux États et en même temps à les englober dans un seul univers phénoménologique, alors,

cette communauté, ayant fondamentalement la même nature que les États individuels, peut être indiquée comme la personnification du monde ou de

<sup>17</sup> Dans l'original : « [...] la sua espressione nella unità ed esclusività del sistema di norme presupposto valido ovvero – il che ha lo stesso significato – nella necessaria unità dal punto di vista della considerazione, valutazione o interpretazione » (Kelsen 1989, 154-55).

<sup>18</sup> Dans l'original : « [...] della coesistenza di altri Stati, in linea di principio equiparati, ugualmente sovrani, subordinati ad un ordinamento giuridico internazionale superiore che unisce tutti questi Stati » (Kelsen 1989, 151).

l'ordre juridique universel, comme un monde ou un État universel, comme une *civitas maxima*<sup>19</sup>.

Du point de vue de la théorie juridique, Kelsen (1926, 317) a défendu ce modèle comme étant le meilleur pour résoudre les cas de conflit de lois, parce que pour résoudre les conflits entre le droit national et le droit international seraient utilisées

les mêmes méthodes que ceux qui mettent aux prises les différents degrés de l'ordre étatique. La contrariété d'une règle de degré inférieur à une règle de degré supérieur donne lieu à sa nullité ou à son annulabilité, soit à une sanction contre un organe responsable.

Les contradictions qui peuvent survenir entre le droit interne et le droit international ne seront pas des contradictions logiques, mais seulement des antinomies entre une norme inférieure et une norme supérieure (Kelsen 1953, 193-94). Le principe de l'autonomie du droit interne, qui détermine la nécessité d'une reconnaissance interne de toutes les normes internationales, céderait la place au principe élémentaire du droit selon lequel la *lex superior derogat inferiori*, c'est-à-dire que, s'il existe une antinomie entre une norme de droit interne et une norme de droit international, la norme d'ordre inférieur est nulle (Kelsen 1953, 272).

Du point de vue politique, Kelsen a prophétisé que l'état actuel du système politique international, où il y a des centaines d'États arbitrairement divisés et gouvernés de manière autonome, n'est que temporaire, puisque son unité juridique serait perfectionnée dans la notion de *civitas maxima* en tant qu'organisation du monde basée sur le pacifisme, par opposition à l'impérialisme ; ainsi que toute conception objectiviste, le concept éthique de l'être humain est « l'humanité », de sorte que pour une théorie objectiviste du droit, le concept même de droit est identifié à celui du droit international, ce qui en fait également un concept éthique (Kelsen 1989, 468 ; et Kelsen 1926, 325).

Kelsen soutient que le choix entre le monisme et le dualisme est un choix qui ne peut être fait qu'en tenant compte d'éléments métajuridiques, tels que les idées éthiques et politiques.<sup>20</sup> Cependant, il est important de souligner qu'une telle position constitue une contradiction, puisqu'il définit le monisme comme une nécessité logique imposée par la structure même du système juridique national, qui, étant souverain, ne peut reconnaître aucun autre ordre au-dessus ou à côté de lui ; par conséquent, il ne serait pas approprié de prétendre que le monisme peut être supplanté par le dualisme. En outre, l'auteur attribue à la souveraineté de l'État la responsabilité d'empêcher le développement de l'ordre juridique

<sup>19</sup> Dans l'original : « [Q]uesta comunità, avendo fundamentalmente la stessa natura dei singoli Stati, può essere indicata come personificazione dell'ordinamento giuridico mondiale o universale, come Stato mondiale o universale, come *civitas maxima* » (Kelsen 1989, 367).

<sup>20</sup> « On ne peut se décider qu'en considération d'éléments métajuridiques – d'idées éthiques et politiques » (Kelsen 1926, 313).

international de progresser vers la formation d'une *civitas maxima* en tant qu'organisation politique universelle (Kelsen 1989, 469). Cependant, Kelsen ne semble pas attacher d'importance à la signification historique que l'État moderne représentait pour l'Occident, permettant aux peuples de se limiter sans avoir à recourir à un ordre supérieur.

Les raisons qui poussent Kelsen à placer la souveraineté de l'État comme un obstacle au développement de l'humanité sont dues au fait que la souveraineté représente la défense d'un subjectivisme égoïste personnalisé dans la figure d'un État qui opte pour le « moi » lorsqu'il devrait penser l'universel.<sup>21</sup> Selon lui, la conception pluraliste partirait d'une philosophie subjectiviste incapable de considérer qu'un autre sujet revendique la souveraineté que je m'attribue et qui fait que l'existence de l'autre ne soit considérée que comme un objet inférieur à moi, jamais égal ou supérieur (Kelsen 1953, 190). D'autre part, la conception objectiviste de la connaissance part du monde pour arriver au particulier, admet une raison universelle, un esprit universel, qui se manifeste, se réalise et s'individualise de manière momentanée et éphémère chez les individus qui pensent et qui veulent, c'est-à-dire des individus chez qui l'esprit subjectif n'est pas un élément de l'esprit universel, mais plutôt une entité guidée par la raison consciente qui dérive de la raison universelle et empêche les individualités d'être, « comme dans le subjectivisme, étrangers par nature et impénétrables les uns aux autres » (Kelsen 1926, 322).

Plutôt que d'ignorer l'importance historique de l'État moderne et du principe de souveraineté, ainsi que de se contredire lorsqu'il affirme que le monisme est une nécessité logique qui peut devenir l'objet d'un choix politique ou éthique, Kelsen compromet la « pureté » de son système en plaçant le monisme comme une idée éminemment éthique et l'un des rares traits vraiment indiscutables et remplis de valeurs de la conscience culturelle moderne.<sup>22</sup> Le degré de compromission de la « pureté » de sa théorie devient plus profond lorsqu'il affirme qu'une fois la primauté du droit international est garantie, « la notion de droit se parfait également du point de vue moral : le droit devient l'organisation de l'humanité et s'identifie ainsi à l'idée morale suprême » (Kelsen 1926, 300).

Le fait est que Kelsen voulait créer un ordre international capable de clore et de composer parfaitement sa théorie moniste, mais, pour ce faire, son argumentation devait éviter toute sorte de rapprochement avec les concepts éthiques, moraux et politiques. Cela ne s'est pas produit. Les fondements de sa *civitas maxima* sont définis par la négation de la structure de l'État national, puisqu'on lui attribue un subjectivisme égoïste qui le rend incapable de reconnaître toute autre entité au-dessus ou à côté de lui. Cependant, le monisme kelsénien, en

<sup>21</sup> « L'unicité de la souveraineté, l'unicité de ce moi qu'est l'État souverain est l'homologue, – et, au fond, plus que l'homologue, – de l'égotisme, (*Solipsismus*), inévitable conséquence du subjectivisme » (Kelsen 1926, 322).

<sup>22</sup> Dans l'original : « [...] un'idea eminentemente etica ed uno dei pochi tratti veramente indiscussi e pieni di valore della coscienza culturale moderna » (Kelsen 1989, 299).

faisant la négation de la souveraineté de l'État au profit de « l'État mondial », tend à « concevoir son propre ordre international sous forme étatique ». <sup>23</sup> En d'autres termes, toute la construction théorique de Kelsen finit par générer une entité ayant les mêmes caractéristiques que l'État souverain qu'il croyait être la source de presque tous les problèmes de la communauté politique internationale du XXe siècle.

Il est également important de souligner que le rigorisme logique de la proposition de Kelsen la transforme en une sorte de scientisme juridico-philosophique, car il n'admet pas l'existence d'un fondement du système basé sur des éléments qui sont en dehors du système lui-même. Nous n'allons pas approfondir cette critique dans le domaine de la logique, d'autant plus que cette critique a déjà été largement et avec insistance développée par le post-positivisme, les théories des systèmes, les théories du discours, entre autres. Cependant, il convient de rappeler qu'actuellement la défense des principaux courants de l'universalisme juridique repose sur une logique structurelle d'inspiration kelsenienne, où la formation conséquente d'institutions supranationales – dotées d'une compétence politique et judiciaire – recourt à des arguments qui partent de l'hypothèse de l'unité de l'expérience humaine, de l'existence d'une morale universellement valable pour tous les êtres rationnels et de la nécessité de lier tous les États, indépendamment de leurs volontés individuelles, au même corps centralisateur, souverain, et détenteur de la prérogative de conférer la légitimité à tous les ordres qui sont en dessous de lui.

Par conséquent, en concevant la constitution d'un État politiquement institué comme un simple sommet de la pyramide normative, Kelsen attribue à la norme fondamentale la condition d'être l'instance immédiate de légitimation de cette constitution dans le plan purement logico-formel du système juridique, le principe de l'unité de la *civitas maxima* ayant la fonction de légitimation éthique des États et d'organisation maximale de l'humanité sur le plan moral.

#### 4.7 Carl Schmitt (1888-1985) et le décisionnisme dans la constitution

L'un des juristes les plus controversés du XXe siècle, associé – à tort ou à raison est peut-être la plus grande controverse qui l'entoure – comme idéologue du nazisme, devenant même un auteur « annulé » au XXIe siècle dans divers cercles universitaires, Schmitt a une vaste œuvre qui deviendra un courant juridico-philosophique : le décisionnisme juridique schmittien. Dès son plus jeune âge, il a rapidement acquis une reconnaissance académique pour sa capacité exceptionnelle à traiter des sujets liés au droit constitutionnel, à la théorie politique et à la théorie du droit, ainsi qu'à la philosophie des relations internationales et au droit international. En ce qui concerne la question qui donne son titre à ce chapitre, c'est avec son ouvrage de 1928, *Verfassungslehre*, qu'il a

<sup>23</sup> Dans l'original : « [...] concepire l'ordinamento internazionale proprio in forma statale » (Zolo 1998, 30).

élaboré peut-être la définition la plus frappante du décisionnisme juridique : la Constitution en tant que « décision politique fondamentale » d'un ordre politiquement institué (Schmitt 1993, 154).

Cette définition apparemment simple de la constitution découle d'une structure de pensée beaucoup plus complexe que, dans ce contexte, nous essaierons de concentrer sur ses aspects les plus pertinents. Matthias Jestaedt (2011) rappelle que chez Schmitt il y a une double définition de la constitution qui considère le texte dans sa dimension positive, mais aussi la « constitution derrière la constitution ». <sup>24</sup> Le concept schmittien ne correspondrait pas exactement à ce qui est actuellement divisé entre le concept formel et le concept matériel de constitution, mais il peut être considéré comme l'une des contributions théoriques les plus pertinentes à cette division qui est largement acceptée aujourd'hui. Pour Schmitt, il y aurait une distinction nécessaire entre deux dimensions existentielles, c'est-à-dire la dimension formelle, bien sûr, et une dimension antérieure qui se situe dans le corps politique de la nation. La Constitution comme forme, au sens positif du terme (*Verfassung im positiven Sinne*), c'est-à-dire exprimée linguistiquement dans un texte doté d'une hiérarchie supérieure dans le système des sources juridiques de l'État, elle aurait une fonction strictement juridique. D'autre part, la constitution antécédente, c'est-à-dire l'ensemble des valeurs et des principes situés dans la réalité phénoménale de la nation, renforce certains éléments de la philosophie politique qui, dans la pensée schmittienne, auront la primauté dans sa théorie juridico-constitutionnelle.

Le premier élément politico-philosophique à mettre en évidence dans cette définition de Schmitt est l'idée de nation. La différenciation entre nation et peuple est présente à différents moments de la pensée de Schmitt, mais dans sa *Verfassungslehre* devient évident que, pour lui, le mot nation serait mieux pour définir l'unité politique formée par un peuple doté de la conscience de sa spécificité politique et de la volonté d'exister politiquement. <sup>25</sup> Ainsi, le peuple ne serait rien d'autre qu'un agrégat humain, tandis que la nation serait un concept objectif capable de signifier l'intersubjectivité qui pousse cet agrégat humain vers la réalisation de sa volonté politique.

Le deuxième élément concerne le caractère contraignant qu'aura la constitution antérieure par rapport à la constitution formelle ; en comprenant la constitution comme une décision politique globale/fondamentale sur le genre et la forme de l'unité politique de la société, Schmitt place le texte constitutionnel émanant du pouvoir constituant comme une sorte de simple forme conjoncturelle de la volonté politique du pouvoir souverain.

<sup>24</sup> Pour la thèse originale, voir Jestaedt (2009).

<sup>25</sup> « Nation et peuple sont souvent employés comme notions interchangeable, mais le mot 'nation' est plus frappant et prête moins aux confusions. Il désigne en effet le peuple en tant qu'unité capable d'action politique, avec la conscience de sa spécificité politique et la volonté d'exister politiquement, tandis que le peuple qui n'existe pas comme nation ne représente qu'un groupement humain dont la cohésion peut être ethnique, culturelle, mais pas nécessairement *politique* » (Schmitt 1993, 214-15).

Cela conduit à un troisième élément à prendre en compte : si la constitution formelle est le produit d'une décision politique fondamentale émanant du souverain, la distinction entre majorité et minorités devient sans pertinence pour l'organisation juridique et constitutionnelle de l'État. Les questions relatives aux minorités seront limitées au niveau normatif infraconstitutionnel, car elles sont comprises comme distinctes des valeurs et des principes de la majorité qui soutient la légitimité politique du souverain. Par conséquent, le contrôle de constitutionnalité lui-même serait confié à un tribunal juridictionnel lié au pouvoir exécutif, qui est celui qui représente directement l'unité politique. Cette thèse schmittienne est souvent citée aujourd'hui dans le contexte de la montée du Troisième Reich, lors de la publication du texte, en 1931, *Der Hüter der Verfassung* (« Le Gardien de la Constitution »), dont la première version avait été publiée deux ans plus tôt. Considérant qu'il est clair son lien avec les idées de pouvoir neutre – qui attribuent la neutralité au chef de l'exécutif – et d'unité politique à travers la capacité de normaliser les conflits politiques, le livre de 1931 peut être compris plus comme un point d'arrivée que comme un point de départ dans sa pensée. En d'autres termes, ce serait l'apogée d'une idée en développement depuis la publication de sa thèse d'habilitation, en 1914, intitulée *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen* (« La valeur finale de l'État et l'importance de l'individu »).

Pour mieux comprendre la conceptualisation schmittienne de la constitution, il est également important de se rappeler un dualisme présent dans l'œuvre de Schmitt qui est à la base de toute sa pensée politico-juridique : la normalité contre l'exception. Pendant ses études de droit, il s'est principalement intéressé aux auteurs qui tentaient de justifier les origines du pouvoir politique de l'État moderne ; de Jean Bodin et Thomas Hobbes, en passant par Joseph De Maistre et Donoso Cortés, tous deux étroitement liés aux contextes politiques de leurs pays, la France, l'Angleterre et l'Espagne, jusqu'à l'établissement d'importants dialogues avec ses jeunes contemporains, tels que Walter Benjamin. Dans sa thèse de doctorat et, peu après, dans sa thèse d'habilitation, Schmitt a consacré des efforts intenses dans l'analyse des concepts politiques qu'il a qualifiés de « théologiques », affirmant qu'il s'agirait d'une « théologie laïque » qui, depuis le XVI<sup>e</sup> siècle, aurait érigé les fondements de l'État moderne en opposition à toute autre forme de pouvoir existant, en particulier le pouvoir de l'Église.

L'exception surgit avec une métaphore difficile à comprendre pour ceux qui ne sont pas très proches des œuvres de Schmitt (1972, 61-2) : l'état d'exception serait à l'État moderne ce que le miracle est à la théologie.<sup>26</sup> Le miracle serait un moyen de corriger les actes humains qui violent les lois de la nature. Par conséquent, l'exception serait un moyen de corriger la politique de l'État lorsqu'il ne fonctionne pas sur la base de la normalité même qu'il institue. Ne s'agirait-il pas d'une dangereuse surévaluation de la capacité humaine à se guider et à transcender la normalité vers l'exception ? Schmitt ne concevrait-il pas un remède

<sup>26</sup> On utilise ici la collection qui comprend le texte de 1922.

trop amer contre les insuffisances de l'État lui-même ? À plusieurs reprises, il a dit qu'il n'était qu'un simple interprète du phénomène politique, parce que l'essence de l'être humain est l'existence politique, qu'elle soit dans la normalité ou dans l'exception. Dans l'Antiquité grecque, le *nomos* était ce qui séparait la civilité de la barbarie, de l'anomie, de l'absence de toute norme de conduite acceptée par tous.

Le mot « normalité » est la composition entre le mot latin *normalis* et le suffixe *ité*, qui signifie l'attribut de quelque chose, la caractéristique de quelque chose. *Normalis* serait une règle de charpentier dans l'Antiquité romaine, une sorte de carré. Mais l'origine est encore plus ancienne et touche au droit : elle dériverait du grec *nomos*. À l'origine, il s'agirait également d'une règle, beaucoup plus souple et capable de mesurer les frontières entre les choses disposées dans un terrain montagneux. À partir du *nomos*, la pensée occidentale a produit le concept de norme. Cet exercice étymologique ne sert qu'à rappeler comment l'idée de « normalité » est, par essence, liée à l'idée d'« être gouverné par une norme ». Dans sa thèse de 1921, Schmitt avait ce problème comme toile de fond de ce qu'il appelait le *Romantisme politique* (même le titre de l'œuvre était celui-ci) : la tentative de la politique, par l'intermédiaire de l'État moderne, d'attribuer la normalité à toute conduite humaine. Certaines questions le troublaient : quel est l'espace pour l'irrationnel ? Pour l'arbitraire ? Pour un dictateur qui impose simplement sa volonté par la force ? C'est ainsi qu'il publia sa thèse la plus importante à ce jour sur le sujet *La dictature* (1921). L'année suivante, il publie le texte qui sera remarquable dans sa biographie : *Théologie politique*. Ce travail a eu un tel impact parce qu'il est une sorte de point d'arrivée de sa réflexion sur la façon dont l'État moderne a remplacé la religion en politique ; sur la façon dont le Dieu omnipotent voudrait maintenant que l'État lui-même devienne omnipotent ! Ainsi, il appartiendrait à l'État de définir ce que serait la normalité.

C'est précisément parce qu'il avait tant de conviction en politique et en la capacité humaine de s'ordonner lui-même qu'il a compris que même dans l'exception, il y aurait un souverain. En temps normal, ce serait l'État. Mais qui serait le souverain dans l'état d'exception ? La réponse est résumée dans ce qui est peut-être sa phrase la plus connue : « Le souverain est celui qui décide dans un état d'exception » (Schmitt 1972, 33).

Il se trouve que sa conception politico-juridique de la souveraineté est étroitement liée à la notion de pouvoir (commandement maximum) dans une société politique, ce qui aboutit à une conception réductionniste de la souveraineté qui lui est propre. Ainsi, dans un ordre politiquement institué, la décision fondamentale adoptée par le détenteur du pouvoir souverain serait appelée *constitution*, qu'elle émane d'un monarque ou d'un parlement démocratiquement élu. Être en mesure de décider de l'adoption d'une loi supérieure, c'est-à-dire de la loi fondamentale de l'État, supposerait d'être légitimé politiquement par le dépassement de la barbarie, par le dépassement de l'exception par la normalité.

Surnommé par Günter Frankenberg (2003, 312) la « Cassandre de Plettenberg », en raison de sa capacité à prédire les malheurs du droit public dans la seconde moitié du XXe siècle, Schmitt a prévu que plusieurs instituts classiques de droit public n'arriveraient pas inébranlables à la fin du XXe siècle, ayant également

prédit que l'État et sa souveraineté nationale entreraient dans le XXI<sup>e</sup> siècle dans un processus continu de vidage ; c'est-à-dire un processus qui serait guidé par un nouveau *nomos de la Terre* (Schmitt 2003), par une imposition nécessaire des intérêts humains fondamentaux face aux États nationaux eux-mêmes, par un ordre international en complexification progressive et en spécialisation fonctionnelle.

Auteur de la célèbre phrase « Celui qui parle d'humanité, veut te tromper », présente dès 1927, dans le *Der Begriff des Politischen*, Schmitt avait exprimé son désaccord avec l'idée d'un « État mondial » ou de toute unité éthique ou juridique qui englobe l'humanité dans son ensemble et, par conséquent, annule le « plurivers » (*pluriversum*) des peuples et des États, car cela reviendrait à supprimer la dimension même du « politique ». <sup>27</sup> Le décisionnisme schmittien se perfectionne dans des moments tels que la définition de la constitution comme une « décision politique fondamentale », puisque, plus que de croire en l'humanité ou en la condition universelle de la morale humaine, Schmitt croyait en la capacité intersubjective qu'ont les individus de prendre des décisions politiques concrètes, légitimée par la capacité réelle de normaliser les relations humaines face aux exceptions.

## Bibliographie

- Beaud, Oliver. 2009. "L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'État." *Jus Politicum : Revue de droit politique* 3. <<https://juspoliticum.com/article/L-histoire-du-concept-de-constitution-en-France-De-la-constitution-politique-a-la-constitution-comme-statut-juridique-de-l-Etat-140.html>>.
- Bello, Enzo, Martônio Mont'Alverne B. Lima, e Gilberto Bercovici. 2019. "O fim das ilusões constitucionais de 1988 ?" *Revista Direito e Práxis* 10, 3 : 1769-811. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2018/37470>
- Bello, Enzo. 2010. "Cidadania, alienação e fetichismo constitucional." In *Direito e Marxismo*, orgs. Enzo Bello, e Martônio Mont'Alverne B. Lima, 7-33. Rio de Janeiro : Lumen Juris.
- Burke, Edmund. 1861. "Reform of representation in the House of Commons (1782)." In Edmund Burke, *Works*, vol. VI. London : Bohn.
- Busaall, Jean-Baptiste. 2012. *Le spectre du jacobinisme : l'expérience constitutionnelle française et le premier libéralisme espagnol*. Madrid : Casa de Velázquez.
- Butterfield, Herbert. 1949. *George III, Lord North and the People*. London : Bell and Sons.
- Chevallier, Jean-Jacques. 1979. *Histoire de la pensée politique*. Tome I – *De la Cité-État à l'apogée de l'État-Nation monarchique*. Paris : Payot.
- Fleury, Victor. 1939. "Les idées politiques de Lassalle et Marx." *Revue d'Histoire du XIX<sup>e</sup> siècle* 169 : 45-54.
- Foulquier, Norbert. 2009. "Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929)." *Jus Politicum : Revue de droit politique* 2. <<https://juspoliticum.com/article/Maurice-Hauriou-constitutionnaliste-1856-1929-75.html>>.

<sup>27</sup> Pour approfondir l'étude sur cette question, je me permets de revenir à Teixeira 2011, chapitre final.

- Frankenberg, Günter. 2003. *Autorität und Integration : Zur Grammatik von Recht und Verfassung*. Frankfurt am Main : Suhrkamp.
- Gazzolo, Tommaso. 2018. "Santi Romano e l'ordinamento giuridico." *Jura Gentium* 15, 2 : 115-27.
- Hauriou, Maurice. 1929<sup>2</sup>. *Précis de droit constitutionnel*. Paris : Recueil Sirey,
- Hauriou, Maurice. 1933. *Aux sources du droit : le pouvoir, l'ordre et la liberté*. Paris : Librairie Bloud & Gay.
- Hotman, François. 1991. *Francisci Hotomani Commentariorum in Orationes M. T. Ciceronis Volumen Primum* (orig. 1554), trad. fr. *La Gaule Française*. Paris : Fayard.
- Jestaedt, Matthias. 2009. *Die Verfassung hinter der Verfassung*. Paderborn : Verlag Schöningh.
- Jestaedt, Matthias. 2011. "La double constitution : une stratégie positiviste." *Jus Politicum : Revue de droit politique* 6. <<https://juspoliticum.com/article/La-double-constitution-Une-strategie-positiviste-404.html>>.
- Kelsen, Hans. 1926. "Les rapports du système entre le droit interne et le droit international public." *Recueil des cours de l'Académie de droit international* 13, 4 : 227-331.
- Kelsen, Hans. 1953. "Théorie du droit international public." *Recueil des cours de l'Académie de droit international* 84, 3 : 1-204.
- Kelsen, Hans. 1989. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre* (orig. 1920), trad. it. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale: contributo per una dottrina pura del diritto*. Milano : Giuffrè.
- Kelsen, Hans. 1999. *Reine Rechtslehre* (orig. 1934), trad. port. *Teoria pura do direito*. São Paulo : Martins Fontes.
- Lassalle, Ferdinand. 1999. *Qu'est-ce qu'une Constitution ?* Paris : Sulliver.
- Lemaire, André. 1907. *Les Lois Fondamentales de la Monarchie française. D'après les théoriciens de l'ancien régime*. Paris : Fontemoing.
- Loyseau, Charles. 1609. *Traité des Seigneuries*. Paris.
- Loyseau, Charles. 1613<sup>2</sup>. *Traité des Ordres et Simples Dignités*. Paris.
- Lyra Filho, Roberto. 1983. *Karl, meu amigo : diálogo com Marx sobre o Direito*. Porto Alegre : Fabris.
- Marx, Karl. 1900. *Révolution et contre-révolution*. Trad. fr. Laura Lafargue. Paris : V. Giard et E. Brière éd.
- Marx, Karl. 1909. *Contribution à la critique de l'économie politique*. Trad. fr. Laura Lafargue. Paris : V. Giard et E. Brière éd.
- Mascaro, Alysson Leandro. 2013. *Estado e forma política*. São Paulo : Boitempo Editorial.
- Mathieu, Bertrand, et Philippe Ardant. 2017-2018<sup>29</sup>. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. Paris : LGDJ.
- Miaille, Michel. 1976. *Une introduction critique au droit*. Paris : Maspero.
- Miaille, Michel. 1980. *L'État du droit : une introduction à une critique du droit constitutionnel*. Paris : Maspero.
- Miaille, Michel. 2014. "Droit constitutionnel et marxisme." *Revista Culturas Jurídicas* 1, 2 : 1-34. <https://doi.org/10.22409/rcj.v1i2>
- Miranda, Jorge. 2011<sup>3</sup>. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro : Forense.
- Mortati, Costantino. 1998. *La costituzione in senso materiale*. Milano : Giuffrè.
- Moyssset, Henri. 1906. "Notes sur Lassalle et la Révolution de 1848 d'après des publications récentes." *Revue d'Histoire du XIXe siècle* 15 ("La Révolution de 1848") : 129-44.

- Pocock, J. G. A. 1960. "Burke and the Ancient Constitution." *The Historical Journal* 3, 2 : 125-43. <https://doi.org/10.17323/2587-8719-2018-ii-3-141-170>
- Pocock, J. G. A. 1967. *Ancient Constitutional and the Feudal Law*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Romano, Santi. 1918. *L'Ordinamento giuridico*. Pisa : Mariotti.
- Sabine, George H. 1962<sup>4</sup>. *Storia delle dottrine politiche*. Trad. it. Luisa de Col. Milano : Edizioni di Comunità.
- Schmitt, Carl. 1972. *Der Begriff des Politischen* (orig. 1963), trad. it. *Le categorie del politico*. Bologna: il Mulino.
- Schmitt, Carl. 1993. *Verfassungslehre* (orig. 1928), trad. fr. *Théorie de la Constitution*. Paris : Presses Universitaires de France.
- Schmitt, Carl. 2003. *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum* (orig. 1974), trad. it. *Il nomos della terra nel diritto internazionale del Jus Publicum Europaeum*. Milano : Adelphi.
- Teixeira, Anderson Vichinkeski. 2011. *Teoria Pluriversalista do Direito Internacional*. São Paulo : WMF Martins Fontes.
- Verpeaux, Michel. 2013. *Droit constitutionnel français*. Paris : Presses Universitaires de France.
- Wolff, Christian. 1934. *Jus gentium methodo scientifica pertractatum* (orig. 1749). Oxford : Clarendon Press.
- Zolo, Danilo. 1998. *I signori della pace*. Roma : Carocci.