

CONSTITUTION ET SAVOIRS POUR UNE ÉPISTÉMOLOGIE CONSTITUTIONNELLE

I. Étapes clefs du Droit constitutionnel

Le droit constitutionnel a été précédé d'une *préhistoire* juridique qui lui a préparé le terrain; certes d'une manière très imparfaite, c'est pourquoi on en parle peu. Small a affirmé que le caméralisme «est un chapitre perdu dans l'histoire des sciences sociales». Les juristes caméralistes sont les prédécesseurs des juristes constitutionnalistes. Le caméralisme est à la fois une pratique et une science de l'administration publique. Ce terme est apparu en Allemagne, où il possède d'innombrables connotations dans le domaine des sciences de l'État et dans les domaines apparentés. Selon Johann Heinrich Gottlob Von Justi, un classique de ces études, le caméralisme est un art du gouvernement (politique), une économie, une science de la police et une science commerciale.

Malgré les intersections évidentes entre les deux matières, il est indéniable que le passage du caméralisme au constitutionnalisme constitue un pas de géant qualitatif.

De plus, l'institution scolaire du caméralisme lui a conféré un caractère moins juridique et plus administratif. Mais les chaires caméralistes ont immédiatement précédé les études des constitutionnalistes. En 1727, ouvrent les cours à Halle et Frankfurt. Trois ans plus tard, c'est le tour de Riltten et, en 1746, cet enseignement est inauguré à Jena et à Leipzig, ainsi qu'en Autriche, à l'Académie thérésienne, et en Suède, à Uppsala.

L'autonomisation du droit constitutionnel trouve naturellement ses origines dans la Révolution française. En 1791, la Constituante française décida que les Facultés de Droit devraient enseigner la Constitution. D'autre part, un décret de l'an XII stipula que deux disciplines annuelles de droit constitutionnel seraient créées. Toutefois, ces deux décisions restèrent lettre morte jusqu'en 1834, lorsque la Faculté de Droit de Paris (où siège aujourd'hui l'Université Paris II, Panthéon-Assas) fit venir Pellegrino Rossi de Bologne, où il était très renommé. En 1835, le mot «constitutionnel» fait son entrée dans le *Dictionnaire de l'Académie française*.

L'Italie fut donc le berceau de la concrétisation pratique de l'autonomisation épistémique du droit constitutionnel et elle allait être celui de la philo-



sophie du droit. Suite à l'invasion française, le droit constitutionnel est déjà enseigné en 1797 par Giuseppe Compagnone Di Luzo, à Ferrara, au Nord de l'Italie. Cet enseignement se diffusera ensuite dans tout le pays. D'autres universités furent également pionnières, notamment celles de Pavie et de Bologne.

La Constitution de Cadix de 1812 a déclenché la même année en Espagne la création de disciplines de droit constitutionnel, telles que la Chaire d'Études royales de Saint Isidore à Madrid, et d'autres, intitulées «Constitution».

En 1818, en France, Benjamin Constant avait déjà publié son vaste *Cours de Politique constitutionnelle*¹. Au moins depuis 1836, le Portugais Silvestre Pinheiro Ferreira publiait de nombreuses études (dont certaines en France et en français) sur des matières constitutionnelles et de droit public en général. Et Faustino da Madre de Deus discutait le constitutionnalisme sur un ton pamphlétaire et réactionnaire au moins depuis 1823.

Du reste, le va et vient épistémique est complexe. À titre d'illustration: en France, en 1852, le droit constitutionnel fut réuni au droit administratif pour former le droit public. En 1878, ils furent à nouveau séparés.

Si nous pensons aux «géants de Weimar», ces grandes figures de la science juridique constitutionnelle allemande, dont Rudolf Smend et Hermann Heller (auxquels nous pouvons également ajouter Hans Kelsen de Vienne et Konrad Hesse, le plus jeune de ces géants), nous ne pouvons pas nous empêcher de méditer sur la faiblesse de la raison face à la raison de la force, dans l'histoire et dans la vie. Les géants de Weimar n'ont pas arrêté le «nain de Vienne». D'ailleurs, Carl Schmitt, l'un d'entre eux, finira par applaudir le Führer, notamment dans *Der Führer schützt das Recht*, article bien connu, rédigé en 1934, où il défend les exécutions arbitraires et sommaires des membres des SA ordonnées par Hitler. Schmitt finit par devenir un libéral à l'envers².

Il ne faut toutefois pas confondre l'adhésion politique de Schmitt dans les années 1930 avec ses œuvres antérieures, dont certaines sont d'une lucidité impressionnante, ni avec son talent, reconnu notamment par certains ju-

1. B. CONSTANT, *Cours de Politique constitutionnelle ou Collection complète des Ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif et la Constitution actuelle de la France*, 2^e éd. (1^{ère} éd. 1818), Paris, Librairie de Guillaumin et Cie, 1872, vv. vols.

2. Cf. dans la même ligne, J.-F. KERVÉGAN, *Hegel, Carl Schmitt – Le politique entre spéculation et positivité*, Paris, P.U.F., 1992; trad. port. de C. Huang, *Hegel, Carl Schmitt. O Político entre a Especulação e a Positividade*, Buaeri, São Paulo, Manole, 2006, p. 96 et suiv. Cf. aussi J. P. McCormick, *Carl Schmitt's Critique of Liberalism, Against Politics as Technology*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997. Sur Schmitt, cf. aussi B. MELKEVIK, L'abîme et 'l'exception': Schmitt, Agamben et le Schmittisme, in *Mirandum*, année XIII, n. 20, 2009, pp. 5 et suiv.

ristes français qui le surnomment la «bête d'intelligence», bien qu'ils soient animés de sentiments certainement doubles ou ambigus envers le personnage.

De peur de nous enliser dans des idéalismes propres aux intellectuels séduits par leurs Galatées théoriques, il convient d'être conscients du fait que c'est très bien d'avoir la raison de notre côté, mais il ne faut pas oublier que les instruments de la raison ne peuvent pas être réduits à une simple idéologie ou utopie, ou pire encore, à une simple illusion ou chimère. Le droit constitutionnel, et en particulier le constitutionnalisme de l'État constitutionnel et culturel, est très fort, mais il faut être conscient de ses limites³ et prendre garde à ses ennemis. Popper a exagéré (il le reconnaîtra plus tard, du moins en partie) en dénonçant les ennemis de la société ouverte⁴. La constitution ouverte et pluraliste⁵ actuelle a également et naturellement des ennemis: elle doit les identifier correctement.

La science du droit constitutionnel progresse à travers le monde – comme en témoignent, par exemple, les réunions de l'Association Internationale de Droit Constitutionnel (AIDC)⁶. Dont le dernier congrès a eu lieu à Athènes.

II. *Droit constitutionnel et autres epistēmai*

Le droit constitutionnel, c'est, avant tout, du Droit, pleinement et à part entière. Il s'agit donc d'une discipline qui participe du Droit en général et des autres disciplines juridiques, d'une discipline qui, de par son existence et sa façon d'être, se distingue de chacune des autres dans le contexte des savoirs. Ainsi le droit constitutionnel constitue-t-il une science, un *art* et une *technique*, au même titre que l'ensemble du Droit.

Si l'on ne conçoit pas l'aspect scientifique dans une perspective purement «scientiste» (exagération d'une prétendue science toute-puissante qui mène à la nescience), on peut dire que le droit constitutionnel, comme le Droit en

3. Cf. v.g., J. BOULOIS, Les limites du droit constitutionnel, in *Revue internationale de Droit comparé*, n.º 2, 1986, p. 601 ss. Autres perspectives sur les limites juridiques: A. ALLOTT, *The Limits of Law*, London, Butterworths, 1980; A. M. BALLESTEROS, *Razones y Límites de la Legitimación Democrática del Derecho*, Universidad de Murcia, Murcia, 1979.

4. Sir K. R. POPPER, *The Open Society and its Enemies* (1957, revision en 1973), trad. port. *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*, Belo Horizonte, Editora da Universidade de São Paulo / Editora Itatiaia, I, 1974.

5. P. HAEBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, 3^e éd., Berlin, Duncker & Humblot, 1998; IDEM, *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Koenigstein / Ts, Athenaeum, 1980 (cf. particulièrement l'essai de p. 79 et suiv.); U. COELLO NUNÑO, *La Constitución Abierta como Categoría Dogmática*, Prologue de P. L. Verdù, México, Editorial México / J. M. Bosch Editor, 2005.

6. <http://www.iacl-aidc.org/>

général, est une discipline, une *épistémè* ou une «science» *hoc sensu* à plusieurs dimensions – sociale, humaniste, herméneutique et normative: (a) C'est une *science sociale*, qui appartient à cette catégorie parmi d'autres sciences telles que la Sociologie, l'Histoire ou l'Anthropologie. C'est une science de l'Homme en interaction, en société. (b) C'est une des *Humanités* (qui peuvent ne pas être scientifiques ou purement scientifiques), comme la Philosophie ou les Philologies. Le droit constitutionnel se préoccupe de l'Homme, de son drame et de sa dignité. (c) Comme les Philologies (et comme une des dimensions de la Philosophie), c'est une discipline de textes et une discipline *herméneutique* (fondée sur l'interprétation, une discipline dont la méthodologie repose sur l'interprétation et qui ne peut donc exister sans celle-ci). (d) C'est aussi une discipline (ou «science» *hoc sensu*) *normative*, comme l'Éthique. En pratique, le droit constitutionnel applique des normes, mais aussi des principes et même des valeurs. Sa balance les pèse, les pondère. Non seulement il décrit, mais il prescrit aussi et surtout des comportements.

Dans le domaine du Droit, il est plus intéressant d'analyser le positionnement de chaque discipline par rapport au droit constitutionnel plutôt que le contraire. La place prépondérante que celui-ci occupe au sein de l'Encyclopédie juridique, c'est-à-dire de l'ensemble des disciplines du Droit, implique une *constitutionnalisation effective (ipso facto)* de l'ensemble du Droit, au point qu'il faudra peut-être même bientôt envisager sérieusement la révision de nombre de ses fondements (ou prétendus fondements). Le Droit doit se regarder sérieusement dans le miroir que le Droit constitutionnel lui présente.

Cependant, on constate parfois des excès en sens inverse, comme, par exemple, lorsque l'on réclame des harmonisations avec la Constitution qui n'ont rien à voir ni avec la hiérarchie normative de la supériorité constitutionnelle, ni avec la compatibilisation de contenus par latéralité ou par tout autre non-correspondance entre objets.

Le droit constitutionnel trouve sa place épistémique dans le droit public⁷. Cela ne l'éloigne toutefois ni du droit privé ni des branches hybrides. On peut citer quelques exemples: le droit privé réserve une place importante à l'application des droits fondamentaux (parfois sous la catégorie de droits de la personnalité – mais pas seulement), une des branches principales du droit constitutionnel; dans ce domaine, des études qui remontent à Canaris⁸ ont été divulguées, développées et promues de façon autonome, entre autres par

7. Sur la distinction, M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, P.U.F., 1994, p. 183 et suiv.

8. C.-W. CANARIS, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, trad. port. de I. W. Sarlet et Paulo Mota Pinto, réimp. de l'éd. de 2003, Coimbra, Almedina, 2006.



Ingo Wolfgang Sarlet⁹. Cependant, les caractéristiques particulières du droit constitutionnel et l'histoire de son encadrement dans le Droit l'amènent à cette place, où les rapports s'établissent surtout entre les entités étatiques et publiques dans l'exercice du pouvoir d'*imperium*, en dépit de la privatisation massive de l'État et de ses activités résultant de la tendance néolibérale de notre époque.

Les grands principes des diverses branches du Droit sont constitutionnalisés (sauf, bien entendu, les grands principes ou super-principes spécifiquement constitutionnels). D'une certaine manière, au droit constitutionnel politique et organisatoire général de l'État, d'une part, et aux droits fondamentaux en général, etc., d'autre part, s'ajoute une sorte de programme général et de garantie des grands principes de chaque branche du Droit. Ceux-ci obtiennent un siège constitutionnel, ils s'harmonisent et deviennent compatibles entre eux, car les principales branches juridiques sont structurées selon une seule et même logique sous la coupole d'un seul et même texte (législatif – bien sûr), la Constitution, et elles sont toutes animées d'un seul et même projet juridico-politique : le projet de la Constitution elle-même. Ce n'est pas un hasard si on a dit que les constitutions étaient aussi, en somme, l'ensemble des têtes de chapitre des différentes branches du Droit.

On l'aura compris, ce qui nous intéresse surtout, c'est de connaître le droit constitutionnel en l'observant à l'œuvre, plutôt que les longues thèses abstraites et spéculatives sur son être en soi sur les concepts opposés voire les théories conflictuelles au sujet de la *periphilosophie* jusconstitutionnelle. Les questions abordées précédemment, épistémologiques et autres, servent uniquement à définir de grands domaines et quelques limites. Mais toute tentative épistémique est très souvent vaine, voire puérile. C'est pourquoi ces questions ne sont même pas synthétisées, elles sont simplement énoncées (pour qu'on se souvienne qu'elles existent).

Les manuels commencent encore souvent par une introduction aux *disciplines auxiliaires* de celle qui est au centre de l'étude. Il y a longtemps¹⁰ que nous défendons une autre conception. Le caractère *auxiliaire* d'une disci-

9. I. W. SARLET, Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, in *A Constituição Concretizada. Construindo pontes com o público e o privado*, org. de I. W. Sarlet, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2000, pp. 107 et suiv.; IDEM (Org.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, 2^e éd. revue et complétée, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006. Embrassant tout le dialogue entre le droit constitutionnel et le droit civil, IDEM (Org.), *O Novo Código Civil e a Constituição*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2006.

10. Au moins depuis notre livre épuisé *Introdução à Teoria do Direito*, Porto, Rés, 1988.

plaine est très relatif et peut être inversé. La criminologie est une discipline auxiliaire du droit pénal mais celui-ci est aussi une discipline auxiliaire de celle-là. Selon le point de vue de chacune de ces disciplines, l'autre semble secondaire. Or, il n'en est rien. Dans la pureté du concile des savoirs, dans la République éthérée des Lettres, il n'y a que des disciplines complémentaires, mutuellement complémentaires. En pratique, il y a parfois des disciplines «amies» et des disciplines en quelque sorte concurrentes... Cela peut provenir de la rivalité entre certains domaines ou certains professionnels: entre la Psychiatrie et la Psychologie? Entre les architectes et les ingénieurs? Mais les esprits supérieurs et les grands chercheurs, toutes disciplines confondues, savent très bien que le prestige d'une discipline ou d'un cursus ne s'acquiert pas par opposition à une autre discipline ou à un autre cursus que l'on minimise ou que l'on traite avec mépris. Il y a beaucoup de *terra ignota* sur les vastes continents des savoirs. Il n'y a donc pas lieu de se bousculer ou de mener des «drôles de guerres» entre sciences.

Le nombre de disciplines qui s'intersectionnent et dialoguent avec le droit constitutionnel est considérable: l'Histoire, la Sociologie et la Philosophie, etc... Et il y a des disciplines qui tantôt s'intègrent au Droit et tantôt s'autonomisent par rapport à lui. En réalité, elles font partie du droit constitutionnel *lato sensu*, mais elles s'autonomisent par rapport au droit constitutionnel *stricto sensu*. Si le droit constitutionnel occupait la place qui lui revient dans les cursus juridiques, en nombre de chaires (comme, par exemple, le droit civil: une chaire – ou plus – par livre du Code civil), les nombreuses disciplines rangées aujourd'hui dans la catégorie déjà trop étroite de «droit constitutionnel» tendraient naturellement à s'autonomiser.

La première est la Théorie générale de l'État. Une autre, la Philosophie de l'État, finit souvent (mais pas toujours) par s'intégrer à la Philosophie du droit. Elle a beaucoup d'affinité avec la Philosophie politique et celle-ci peut même remplacer celle-là, si l'on considère que l'État n'est qu'une des formes historiques de l'organisation du pouvoir.

L'Histoire du droit constitutionnel (ainsi que l'Histoire constitutionnelle, plus vaste – à la manière d'Otto Bruenner) et ce que l'on appelle le «Droit constitutionnel comparé» (ou Géographie constitutionnelle – comparaison synchronique de constitutions dans l'espace) sont très importants. *Comparaison de cultures constitutionnelles* serait peut-être aujourd'hui une désignation mieux adaptée à la fonction et au sens de cette matière. Car il ne s'agit pas seulement de comparer, au sens littéral et mécanique du terme, des textes de tel ou tel ordre juridique sans aucune intégration dans les cultures générales et juridiques. Il existe des caricatures sur les *faux amis* comparatistes qui sont très révélatrices de ce qu'il ne faut pas faire dans ce domaine¹¹.

11. R. DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 1982, pp. 341-342.

La Théorie de la Constitution est plus récente et très enracinée dans le droit constitutionnel classique. On peut l'assimiler en grande partie à une «Philosophie de la constitution», mais cette désignation est plus rare.

Bien que les droits fondamentaux fassent souvent l'objet d'une chaire autonome, il s'agit bel et bien de droit constitutionnel *tout court*.

Les droits humains ont une dimension interdisciplinaire, même s'ils se fondent essentiellement sur un droit constitutionnel déjà partiellement mondialisé, mais présentant toutefois de nombreuses racines nationales.

Le droit parlementaire ainsi que le droit électoral sont des branches du droit constitutionnel qui ne quittent pas la maison paternelle même si ces disciplines deviennent parfois académiquement autonomes, ce qui est malheureusement très rare. Il faut également inclure au droit constitutionnel le droit honorifique et le droit constitutionnel des religions.

Les branches hybrides sont en net développement: droit constitutionnel pénal, droit constitutionnel civil, droit constitutionnel fiscal, droit constitutionnel du travail, etc.¹².

Mais ne confondons pas chaire autonome avec autonomie épistémique: l'herméneutique constitutionnelle ou la justice constitutionnelle (défense, garantie, procédure constitutionnelle...) peuvent se présenter en tant que disciplines autonomes, comme nous l'avons dit au sujet des droits fondamentaux. Elles n'en restent pas moins des disciplines du droit constitutionnel. La justice constitutionnelle peut néanmoins se transformer (comme elle le fait déjà dans certains cas) en droit constitutionnel processuel ou en procédure constitutionnelle. Le Brésil, par exemple, est déjà très engagé sur cette voie.

Un jour, étant donné le développement normal de ces études, il sera peut-être intéressant de faire, pour le droit constitutionnel, ce que l'on est en train de refaire pour le droit pénal, à savoir récupérer l'ancienne idée de *Science pénale générale*, dans son ensemble, dans laquelle s'insèrent les autres, plus spécifiques, qu'elles soient substantives (Droit pénal ou criminel), adjectives (processuelles), normatives (composées de ces deux dernières catégories), humanistes (comme la Philosophie pénale), sociales (comme l'Histoire pénale) voire bio-sociales (comme la Criminologie).

Dans certaines universités à travers le monde, des chaires fusionnent ou s'associent et l'on peut ainsi être professeur de Droit de l'État (qui englobe

12. V. R. ARONNE, *Direito Civil Constitucional e Teoria do Caos*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2006; M. F. PALMA, *Direito Constitucional Penal*, Coimbra, Almedina, 2006; M. da C. FERREIRA DA CUNHA, *Constituição e Crime. Uma Perspectiva da Criminalização e Descriminalização*, Porto, Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995.



le droit constitutionnel *lato sensu*) et de Philosophie du droit, par exemple, sans courir le risque d'être accusé de ne pas être spécialiste d'une matière ou de l'autre. Il existe aussi d'autres matières et d'autres combinaisons de matières... Mais la relation entre le Droit constitutionnel et la Philosophie du Droit commence à être perçue et reconnue. Depuis les années 1970 (mais la réceptivité aux choses positives est souvent lente voire nulle), de grands auteurs (tels que Ernst Friesenhahn ou Peter Haeberle...) se sont aperçus progressivement de l'importance de la philosophie du droit lors des auditions (*hearings*) auxquels le Sénat des EUA soumet les candidats aux postes de juge de la Cour suprême (qui remplit des fonctions constitutionnelles). Il y a même eu un cas très intéressant, celui du juge Clarence Thomas, à partir duquel s'est intensifiée la discussion sur le «Droit naturel», qu'il avait revendiqué comme étant sa propre *philosophy of law*¹³. La juridiction constitutionnelle du Brandebourg, en Allemagne, a également commencé dernièrement à prévoir des auditions publiques préalables à la nomination de ses juges constitutionnels.

III. Interdisciplinarité et culture dans le droit constitutionnel

Les Constitutionnalistes sont peut-être ceux qui comprennent de la façon la plus immédiate les ponts, les liens et les implications interdisciplinaires de leur savoir. Nous ne nions pas que le crime constitue pratiquement la moitié de la trame fictionnelle, littéraire, dramatique ou cinématographique. Mais près de l'autre moitié est certainement de nature politique et, par conséquent, elle n'échappe pas au constitutionnel, ne serait-ce que comme toile de fond. Nous ne nions pas non plus que le droit civil et le droit commercial, son fils, naviguent sur les ruisseaux et les canaux de la vie sociale quotidienne: c'est pour cela qu'ils sont liés à tout... Mais leur technicisme, qui constitue du reste leur couronne de gloire, empêche peut-être parfois une attention sociale et une spéculation théorique, voire philosophique, qui pourraient éventuellement élargir leur champ.

Il est curieux de constater que, en soi et pour soi, les branches les plus vastes ou traditionnellement considérées comme principales (ce qui suscite d'ailleurs une polémique assez stérile) sont toutes proches des mille et une controverses au sujet de ce qui transcende le Droit – étant donné que le Droit est un service de vie, cela n'a rien d'étonnant. Toutefois – et nous touchons ici au cœur même de la question – à part quelques tentatives interdiscipli-

13. V. BLACK, Natural Law, Constitutional Adjudication and Clarence Thomas, in *Fides. Direito e Humanidades*, vol. II, 1992, pp. 41 et suiv.

naires, la plupart des études ne prennent pas le temps de s'attarder sur l'histoire, la comparaison, la sociologie et la philosophie, pourtant connexes à leur spécialité, pour se plonger directement dans l'étude des codes, s'il y en a, ou dans la jungle de la législation éparse, si nécessaire.

Les Constitutionnalistes n'oublient ni les démarches interdisciplinaires à proprement parler, ni celles qui élargissent la démarche interdisciplinaire, comme c'est le cas de la Théorie de l'État en tant que science de la culture¹⁴ ou, plus précisément, «la théorie de la constitution en tant que science culturelle»¹⁵.

Peter Haeberle affirme: «Le constitutionnalisme est une création culturelle par excellence. Il découle de textes des classiques – surtout d'Aristote, mais aussi de John Locke, de Montesquieu et de Rousseau, voire de Jonas et de John Rawls – ainsi que de grands textes tels que les *Federalist Papers*, datant de la création des États-Unis (1787), de 1789, de la Constitution suisse (1848), ou encore de simples projets de Constitution (...) Le constitutionnalisme est (...) une création de l'Humanité conçue comme un tout (...)»¹⁶.

Le constitutionnaliste de Bayreuth, grande capitale de l'opéra wagnérien, considère le constitutionnalisme comme la «réalisation culturelle» de l'Humanité: «Cette approche initiale, de nature scientifico-naturelle, part du principe que la Constitution elle-même est "culture" et qu'elle ne se limite pas à régir par des normes certains domaines du "droit constitutionnel de la culture" traditionnel, tels que les objectifs de l'éducation, les droits fondamentaux culturels, la liberté religieuse ou la liberté scientifique et artistique – entre lesquelles Goethe établit un lien profond en affirmant: "Celui qui possède la science et l'art, possède aussi la religion; celui qui ne les possède pas tous les deux, puisse-t-il avoir la religion!"»¹⁷.

Il insiste ensuite sur le fait que la compréhension scientifico-culturelle de la Constitution est une œuvre d'identité, de patrimoine et de pluralité, ce qui contribue même au fédéralisme d'États et au fédéralisme supra-étatique, conçu comme une possibilité de fédéralisme européen.

Nous considérons que la théorie de Haeberle comprend des théories par-

14. Depuis le début, avec H. HELLER, *Staatslehre*, Leiden, 1934 (3^e éd. 1963); trad. port. du L. Gomes da Motta, *Teoria do Estado*, São Paulo, Editora Mestre Jou, 1968, pp. 54 et suiv.; pp. 58-59.

15. P. HAEBERLE, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, Berlin, Duncker & Humblot, 1998; P. L. VERDU, *Teoría de la Constitución como Ciencia Cultural*, 2^e éd. corrigée et augmentée, Madrid, Dykinson, 1998.

16. P. HAEBERLE, *Novos Horizontes e Novos Desafios do Constitucionalismo*, Conférence internationale sur la Constitution portugaise, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisbonne, 26 avril 2006, inédite, p. 6 de la version photocopiée.

17. *Ibid.*, p. 7.

tielles, telles que celle de la Constitution en tant que «stimulus et limite» de Rudolf Smend, en tant que «norme et tâche» de U. Scheuner, en tant que «limitation du pouvoir» et organisation d'un «processus vital de liberté» de Horst Ehmke et même du vecteur «force normative de la constitution» de Konrad Hesse. L'auteur rejette toutefois le «décisionisme» de Carl Schmitt¹⁸. Il y a ainsi, dans la théorie de la Constitution, une véritable (dans le sens de vérité analogique, mais pas moins vraie pour autant) *interdisciplinarité interne* qui couronne cette perspective culturelle.

La clef de l'interdisciplinarité réside justement dans cette dimension culturelle (mais pas seulement dans ses fondements, ou comme s'il s'agissait de quelque chose de folklorique comme certains semblent la concevoir en la pervertissant). Cette dimension culturelle soutient et explique le droit constitutionnel, elle l'imprègne et se projette à partir de celui-ci dans la société et dans l'Histoire. Une conception techniciste, isolationniste, non culturelle et non interdisciplinaire du droit constitutionnel, une conception qui renierait purement et simplement cette dimension ne serait qu'une charade dénuée de sens, *a tale... told by an idiot*, sans que nous sachions si elle contient ou non *le son et la fureur* (*sound and fury*), littéraires ou réels.

Ainsi le droit constitutionnel exige-t-il de la part de ses défenseurs encore plus que ce que Schackle exigeait des économistes, c'est évident. Car il y a des dimensions humanistes voire théologiques qui ne font peut-être pas défaut aux économistes mais qui sont pratiquement indispensables pour comprendre le fond de certains problèmes constitutionnels. Souvenons-nous de la leçon de Schackle, auteur averti. Pour lui, un économiste n'a pas seulement besoin d'être mathématicien, il doit aussi être philosophe, psychologue, anthropologue, historien, géographe et il doit étudier la politique; il doit aussi être un maître de l'exposé en prose – il n'a toutefois pas besoin d'être poète – et un homme du monde ayant de l'expérience dans les affaires et les finances, comprenant les problèmes de l'administration et maîtrisant quatre ou cinq langues étrangères¹⁹.

La reconnaissance du fait que le domaine constitutionnel est imprégné de culture renvoie à un concept de culture aux niveaux les plus divers. Il ne s'agit pas seulement de la culture érudite, ou culture élevée, ni de la culture populaire. Des éléments que certains considèrent comme des éléments de «contre-culture» peuvent être inclus dans cette vision élargie. Si les Beatles font déjà partie de la culture élevée, dans un certain sens, il est indéniable

18. *Ibid.*, p. 8.

19. G. L. S. SHACKLE, *What makes an Economist?*, Liverpool, The University Press of Liverpool, 1953, p. 1.

que les paroles du *Hip Hop* sont parfois intéressantes et interpellantes et peuvent donner matière à réflexion au constitutionnaliste et à celui qui étudie la politique.

La Culture, en tant que pondération et ensemble de connaissances ou de savoirs, constitue aussi un espoir de modération. Les progrès scientifiques et artistiques ne sont pas les seuls facteurs de progrès spirituel, comme semblaient le penser, en général, Diderot et D'Alembert. Le véritable progrès spirituel est un facteur de paix. Il ne faut néanmoins jamais oublier la leçon que Jean Anouilh donne dans *Antigone*, où Créon, l'intellectuel-roi, choisit l'injustice de peur d'être considéré comme un faible²⁰...

En outre, dans une acception encore plus large, l'idée de Culture s'oppose en bloc, comme on le sait, à l'idée de Nature. Nous entendons ici par «Nature» une *phusis* dépourvue de toute essence ou de toute coloration axiologique (contrairement à ce que l'on présuppose, notamment lorsque l'on parle de Nature humaine ou de Droit naturel)²¹. Certaines théorisations politiques et constitutionnelles, surtout les plus pessimistes (Hobbes, Carl Schmitt, Julien Freund, Raymond Aron), cherchent à élucider ce qu'est l'Homme, ce qui a des répercussions politiques, déjà contaminées dans une certaine mesure par un présupposé anthropologique, dont certains ont considéré qu'elles s'apparentaient aux idéologies de droite (alors que celles de gauche – à commencer par la pensée de Rousseau, mais aussi celles de quelques libéraux européens – seraient optimistes). Mais la question idéologique ne nous intéresse pas directement ici²². Les Grecs disaient déjà *oi anthropoi kakoi eisin* – les hommes sont méchants. Montesquieu, de son côté, affirmait que l'homme a tendance à abuser du pouvoir. Toutefois, les mêmes Grecs affirmaient aussi: *Paideia teleion ton nomon* – l'éducation (et la culture) est supérieure aux Lois.

C'est bien de cela qu'il s'agit: reconnaître, dès le départ, que la culture est plus efficace que les lois et qu'il est possible d'élaborer des lois imprégnées de culture, sa *longa manus*, son agent le plus efficace. La loi et la Constitution considérées comme des agents de culture. Et il faut beaucoup de culture pour combattre ce que la nature a de barbare, d'hostile et d'inhumain. Certains ont accueilli avec enthousiasme la sélection naturelle de Darwin. En effet, il s'agit précisément pour nous d'opérer une *sélection contre* la nature à l'état brut (et non pas la nature culturalisée de celui qui l'axiologise). Contrairement à la sélection naturelle, à la domination et à la destruction des

20. Cf. notre *Filosofia do Direito*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 229 et suiv.

21. Cf. notre *O Ponto de Arquimedes. Natureza Humana, Direito Natural, Direitos Humanos*, pp. 21 et suiv. et *passim*.

22. Cf. notre *Repensar a Política. Ciência & Ideologia*, pp. 215 et suiv.

plus faibles, l'Homme, l'Humanité et la Civilisation s'ennoblissent par la protection des plus faibles. Et, si l'on songe à Casalmiglia, le Droit est au fond cette protection des plus faibles, des minorités, des oppositions... face aux plus forts, au plus grand nombre, aux pouvoirs. Le droit constitutionnel joue ici un rôle important. En effet, en tant que science de culture et carrefour interdisciplinaire, il constitue une des tranchées avancées d'une autre forme de sélection: la *sélection culturelle* (v. le Préambule de la Constitution suisse).

IV. *Le droit constitutionnel entre Droit et Politique. L'exemple de la Justice constitutionnelle*

Les relations entre le droit constitutionnel et la politique sont si nombreuses et si profondes que cela ne vaut pas la peine de tenter de les énoncer ici. En outre, elles sont auto-évidentes. Il existe toutefois une spécificité de la question qui mérite une brève allusion: et cette spécificité, de grand intérêt pratique, c'est justement le terrain de la Justice constitutionnelle.

C'est que la présence politique dans le Droit est si forte que la Justice constitutionnelle elle-même pourrait être menacée en tant que Justice juridique, «justice particulière» au sens de l'autonomie du juridique. Comme nous le verrons plus loin, cette crainte est manifestement exagérée.

Cependant, il est certain que divers auteurs et «acteurs» ou «opérateurs» juridiques ont fait part de leurs appréhensions, voire de leurs angoisses, fondées sur le fait que le droit constitutionnel entretient des relations si étroites avec la politique qu'il risque de devenir moins juridique. La politisation des tribunaux constitutionnels constitue un des mythes d'une certaine classe juridique (qui ne se vérifie pas vraiment en fin de compte).

Comme l'a souvent souligné Peter Haeberle, il arrive parfois que les juges des tribunaux constitutionnels (comme celui de Karlsruhe) soient nommés en raison de leur appartenance politique. Cet auteur rappelle, comme dernière exception, celle de son maître Konrad Hesse, 1975²³. Les études d'Otto Bachoff sur ce sujet sont également bien connues.

Toutefois, des études sérieuses de sociologie du comportement juridique démontrent que le vote des juges constitutionnels n'est généralement pas influencé par leur appartenance politique. Ce mythe est alimenté par le manque de compréhension de l'importance, de l'autonomie et de la prééminence des questions constitutionnelles par certains professionnels du Droit, peut-être en raison des lacunes de leur formation, où le droit constitutionnel est effectivement peu enseigné (il y a peu de disciplines dans les facultés

23. P. HAEBERLE, *Conversaciones Académicas com...*, en particulier p. 121.

de droit et, autrefois, il n'y en avait qu'une), en dépit de sa vitalité et de son importance pratique croissante à l'époque actuelle. Dans certains pays, la culture constitutionnelle est bien implantée et les avocats généralistes ne manquent pas – du moins dans les affaires les plus délicates – de consulter un constitutionnaliste afin de pouvoir ainsi utiliser les armes de longue portée du droit constitutionnel pour défendre leur cause. Les gouvernements et les parlements ont aussi absolument besoin des constitutionnalistes. Sinon, ils courent le risque d'établir fréquemment des normes inconstitutionnelles.

Mais ce qui est peut-être le plus intéressant, c'est que le pouvoir judiciaire constitutionnel peut se plaindre du pouvoir politique, qui a parfois tendance à se servir de la Constitution et des juges comme alibi. Au Portugal, certains avaient l'habitude de critiquer la Constitution (dans sa version originale et même après ses premières révisions) et de la désigner comme bouc émissaire de tous les maux nationaux et de l'incapacité d'action des gouvernements. Aujourd'hui encore, il y en a qui vivent dans ce rituel de critique de la Constitution. En effet, la Constitution est un symbole qui constitue une cible privilégiée pour les critiques. Mais ceux qui la critiquent sur ses aspects fondateurs, voire symboliques (pas sur les détails, bien sûr) se retrouvent ainsi en marge de la Constitution. Or, étant donné que dans les pays libres le noyau fondamental des constitutions équivaut, en général, à l'ordre démocratique, pluraliste, etc., dans ces pays, la position anticonstitutionnelle est généralement considérée comme assez dangereuse et très grave, car l'alternative est normalement autoritaire ou totalitaire.

Quoi qu'il en soit, il s'agit d'un problème qui se généralise. La juge allemande Limbach est même allée jusqu'à affirmer que: «La politique se dissimule allègrement derrière la Constitution fédérale allemande».

La matière de la justice constitutionnelle peut être abordée selon plusieurs perspectives. La question de la constitutionnalité et de l'inconstitutionnalité lui est toutefois préalable. Nous sommes toujours convaincus que la meilleure approche de la garantie constitutionnelle est historico-comparatiste. Ce n'est qu'après avoir compris la genèse du contrôle de la constitutionnalité et les différents systèmes, ainsi que le rôle des principaux intervenants dans les polémiques originelles (comme Hans Kelsen et Carl Schmitt)²⁴ que

24. La dichotomie entre les systèmes diffus et concentré de contrôle de la constitutionnalité est de C. SCHMITT, *Der Hueter der Verfassung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996⁴ (1931¹). Le système de contrôle concentré s'inspire de H. KELSEN, *Jurisdição Constitucional*. São Paulo, Martins Fontes, 2003. Aux EUA, la sentence du juge dans l'affaire Marbury vs. Madison est claire: «the constitution is superior to any ordinary act of the legislature». On en conclut donc que tout juge pouvait vérifier la conformité de la loi par rapport à la Constitution (*judicial review*). Ces paternités et les polémiques entre les pays fondateurs constituent des mémoires constitutionnelles qui ne peuvent être oubliées par la pression techniciste.

l'on pourra saisir clairement et globalement, avec de la distance, les régimes juridiques du droit constitutionnel positif de chaque ordre juridique – là où le problème acquiert toute sa richesse pratique, depuis le début de chaque procédé de constitutionnalisation jusqu'au problème des éventuelles invalidités dont sont infectés les actes normatifs et qui entraînent leur lot de conséquences.

P. FERREIRA DA CUNHA
(Porto)

ΣΥΝΤΑΓΜΑ ΚΑΙ ΑΝΤΙΛΗΨΕΙΣ. ΠΡΟΣ ΜΙΑ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΗ ΕΠΙΣΤΗΜΟΛΟΓΙΑ

Περὶ λήψῃ

Τὸ κλειδί τῆς διεπιστημονικότητος εὑρίσκεται ἀκριβῶς στὴν πολιτισμικὴ διάσταση. Ἡ διάσταση αὕτη υποστηρίζει καὶ ἐξηγεῖ τὸ θεσμικὸ δίκαιο, τὸ διαπνέει καὶ προβάλλεται μὲ αὐτὴν ἀκριβῶς τὴν ἀφετηρία, μέσα στὴν κοινωνία καὶ μέσα στὴν ἱστορία. Μία «τεχνικιστικὴ» σύλληψη τοῦ θεσμικοῦ δικαίου, ἀπομονωτικὴ, μὴ πολιτισμικὴ καὶ μὴ διεπιστημονικὴ, μία σύλληψη ποὺ θὰ τοῦ ἀπέδιδε ἀποκλειστικὰ καὶ μόνο μιὰ διάσταση δὲν θὰ ἦταν παρὰ ἓνας γρίφος στερούμενος νοήματος, ἓνας μῦθος ... ἀφηγούμενος ἀπὸ ἓναν ἀνόητο, χωρὶς νὰ μᾶς ἐπιτρέπει νὰ γνωρίζουμε ἐὰν ἡ ἔννοια αὕτη περιέχει ἢ ὄχι τὸν ἥχο καὶ τὴν μανία, λογοτεχνικὰ ἢ πραγματικά.

Ἡ ἀναγνώριση τοῦ γεγονότος ὅτι τὸ θεσμικὸ πεδίο διαπνέεται ἀπὸ ἓναν πολιτισμό, παραπέμπει σὲ μιὰ πολυεπίπεδη καὶ πολυποίκιλη σύλληψη τοῦ πολιτισμοῦ. Δὲν πρόκειται μόνον γιὰ τὸν πολιτισμὸ τῆς εὐρυμάθειας, ἢ τὸν ἀνώτερο πολιτισμὸ οὔτε καὶ γιὰ τὸν λαϊκὸ πολιτισμὸ. Στὴν διευρυμένη αὕτη μορφὴ τοῦ πολιτισμοῦ ὑπείσערχονται πλέον στοιχεῖα τὰ ὁποῖα ὀρισμένοι θὰ μπορούσαν νὰ θεωρήσουν ὡς «ἀντι-πολιτισμικά».

Στὸ ἄρθρο αὐτό, θὰ ἀναθεωρήσουμε τὸ θεσμικὸ δίκαιο καὶ τὴν ἱστορικὴ καὶ ἐπιστημονικὴ του παράδοση πρὸς χάριν τῆς διεπιστημονικότητος, μὲ ἄλλα λόγια, ἐπίσης πρὸς χάριν τοῦ πολιτισμοῦ.

Paulo FERREIRA DA CUNHA
(μτφρ. Εἰρήνη ΣΒΙΤΖΟΥ)

