

Denis Baranger

« LE PIÈGE DU DROIT CONSTITUTIONNEL »

I. L'HISTOIRE CONSTITUTIONNELLE ET LA SCIENCE DU DROIT
CONSTITUTIONNEL

Dans la compréhension dominante des choses à notre époque, on trouve d'un côté un droit constitutionnel appréhendé hors l'histoire, et de l'autre une histoire dite constitutionnelle, déplacée dans le périmètre de l'histoire politique et considérée, pour l'essentiel, comme sans pertinence pour comprendre le droit constitutionnel¹. On ne le dit pas ainsi, grands dieux ! Mais voilà ce que l'on fait. Ce silence sur l'histoire dans ce qui porte l'étiquette de « science du droit constitutionnel » est ce qui importe. Contrairement à toutes les apparences, pourtant, la théorie n'a, en la matière, rien à faire de plus urgent que de l'histoire. Si elle s'en garde bien, c'est aussi parce qu'elle porte en elle la conscience du fait que s'atteler à cette tâche reviendrait à se supprimer soi-même en tant que théorie. Cela permettrait peut-être d'accéder à une compréhension plus élevée de son objet. Mais la théorie est si satisfaite – scientifiquement, mais aussi moralement et politiquement – de l'appréhension qu'elle a de cet objet qu'elle comprendrait mal pourquoi on lui demanderait aujourd'hui un tel sacrifice. La théorie du droit est contente de soi-même, qui est devenue théorie pure. Le droit constitutionnel est heureux de soi-même, qui est devenu un « vrai droit ». Le bonheur est complet. « Dire » à la théorie constitutionnelle qu'elle doit se repenser sous la forme d'une histoire constitutionnelle, c'est évidemment risquer de ne pas être entendu. Il en va de même s'agissant de « dire » au droit constitutionnel qu'il s'est dessaisi en grande part de son objet du moment qu'il a coupé les ponts avec l'agir politique, lequel ne se saisit qu'historiquement. Plus encore, le droit constitutionnel a été bâti dans des circonstances historiques précises autour d'un objet qui est le pouvoir, et non pas tel ou tel autre concept de l'agir politique. En renonçant à se donner

1. Une première version de cette intervention a été prononcée lors de la journée de recherche « Comment on écrit l'histoire constitutionnelle » organisée à l'Université de Cergy-Pontoise le 17 Octobre 2008. Je tiens à remercier très vivement Arnaud le Pillouet et Carlos Herrera de leur invitation et de l'occasion qu'ils m'ont donnée de réfléchir à ces questions.

le pouvoir comme objet, au profit des seules normes, le droit constitutionnel renonce à lui-même. Il se renferme dans le juridisme, c'est-à-dire dans l'étude-et-fabrication du droit pour le droit. Il devient donc ineffectif historiquement. On se félicite sans réserves des « progrès de l'Etat de droit » (c'est-à-dire de la consolidation d'un appareil normatif et d'un système de sanctions) tandis que dans le même temps on déplore chaque jour un peu plus l'incapacité coupable de la réalité à répondre aux idéaux du constitutionnalisme : les libertés ne sont-elles pas toujours plus en péril ? Le pouvoir n'est-il pas de plus en plus insaisissable (ce dont l'irresponsabilité des gouvernants n'est qu'un des symptômes les plus voyants). Les gouvernants ne sont-ils pas de plus en plus méprisants vis-à-vis du droit et de moins en moins respectueux de l'intégrité des institutions ? On voit donc coexister un droit qui se croit de plus en plus parfait et une réalité politique où il opère de moins en moins.

I. l'objet de l'histoire constitutionnelle

C'est une fois que l'on aura clarifié l'objet de l'histoire constitutionnelle que l'on pourra espérer lui attribuer un rôle dans la compréhension des données du droit constitutionnel. On pourra alors, peut-être, saisir combien la mise à l'écart de l'histoire constitutionnelle ne se réduit pas à la perte délibérée d'un riche matériau culturel, mais encore à ce qui en résulte lorsqu'il s'agit de comprendre « le droit constitutionnel » lui-même. Retrouver l'histoire constitutionnelle, c'est retrouver la dimension historique du droit constitutionnel, et cela présente donc une portée théorique déterminante.

L'histoire constitutionnelle n'est pas une branche auxiliaire de l'histoire politique. Elle peut revendiquer un objet qui lui appartient en propre. Cet objet est la constitution pensée comme devenir. Reconnaître un objet propre à l'histoire constitutionnelle n'est pas sans portée. Cela implique de renoncer à des réflexes de pensée extraordinairement ancrés dans nos esprits, à proportion des facilités qu'ils nous procurent dans l'examen des questions que se pose celui qui entend comprendre les formes politiques du passé. L'histoire constitutionnelle n'est cependant pas l'histoire de toutes les formes politiques à toutes les époques. Il n'y a pas toujours eu des « constitutions », écrites ou non écrites. Les modes de pensée liés à l'émergence de ces constitutions, à ce processus appelé constitutionnalisme, constituent un ensemble assez délimité et assez cohérent de manières d'appréhender le pouvoir politique.

Ce que l'on a pu appeler le « constitutionnalisme ancien » (au sujet non pas des constitutions antiques, mais des droits publics des monarchies européennes d'ancien régime) était peut-être un ensemble d'idées relatives au pouvoir politique constituant des « signes avant-coureurs » de l'apparition de constitutions au sens moderne du terme. On ne peut d'ailleurs le dire que rétrospectivement,

c'est une évidence. Mais, au mieux, le « constitutionnalisme ancien » ainsi défini ne peut être qu'un constitutionnalisme sans constitution². Je veux dire par là : non pas le terme « constitution » tel que nous l'employons pour traduire un autre terme (par exemple le grec *politeia*). Je ne vise pas non plus ce terme en tant qu'il dénote *lato sensu* n'importe quelle organisation politique ou ensemble d'institutions. Il s'agit ici de « la constitution » au sens où le mot a pris son élan dans notre culture après la seconde moitié du seizième siècle, d'une manière associant étroitement une certaine philosophie du droit et des idées politiques particulières, fréquemment en rupture consciente avec le passé proche ou lointain. L'idée de constitution, ainsi délimitée, suppose pour être pensée que soit en place un ensemble de caractéristiques structurelles, de manière de penser les rapports de la politique avec le droit. Notre vision du pouvoir passe par des cadres de pensée particuliers. Le pouvoir tel que nous le concevons n'est « de droit » qu'au terme d'une autorisation donnée de l'extérieur par le droit, de sorte que le pouvoir validé par le droit reste néanmoins pouvoir. Il n'est pas converti en faculté de dire, dans des occasions particulières, ce qui est juste de toute éternité. Il n'est donc pas une juridiction, au sens classique de ce terme. Sa force est naturelle, et sa fragilité l'est tout autant.

L'histoire constitutionnelle saisit l'apparition et le devenir des formes constitutives du pouvoir ainsi appréhendé. Partant de là, elle ne peut pas porter sur toutes les formes politiques. Notre manière de penser les institutions est gouvernée par ces cadres de pensées relatifs aux relations entre droit et pouvoir politique. Peu importe que l'on parle ou non de constitution ou d'histoire constitutionnelle. Mais il ne faut pas perdre de vue que l'on ne parle pas alors de la même chose, et que certaines confusions sont possibles. Je n'ignore évidemment pas que certaines sociétés antiques avaient une « constitution » (quelque chose, du moins, pour lequel notre mot « constitution » est une traduction reçue et peu controversée). Et je ne pense pas une seconde à contester les faits de bon sens rappelés en son temps par Moses Finley dans *Politics in the Ancient World* : « la constitution, écrite ou non écrite fournissait le cadre au sein duquel se déroulait l'activité politique. Cela est presque trop banal pour être consigné dans des mots.

2. Dans sa brillante thèse (*Justice et législation sous le règne de Louis XI. La norme juridique royale à la veille des Temps modernes*, Paris II, 2008) F. F. Martin écrit ainsi (p. 299) : « l'hypothèse d'un droit constitutionnel anté-constitutionnel (...) implique de donner un sens nouveau au mot « constitution », un sens conciliable avec les pratiques effectives des juristes des XV^e-XVIII^e siècles. Or les différentes logiques à l'œuvre aux XVI^e et XVII^e siècles ne permettent pas de conclure avec certitude que les normes auxquelles se réfèrent les juges relèvent d'une constitution au sens de norme juridique positive supérieure aux organes constitués ».

Rien n'a plus fait couler d'encre que les constitutions grecques et romaines et l'histoire constitutionnelle »³. Et de fait, ce qui suscite mon embarras n'est pas tant l'usage de ces termes (constitution, histoire constitutionnelle) que les réflexes de pensée qui peuvent parfois l'accompagner de manière dommageable. Moses Finley avait parlé de « constitutional-law trap »⁴ (piège du droit constitutionnel) à propos de la propension des historiens de l'antiquité à prendre trop exclusivement en considération les données juridiques et institutionnelles, au détriment de la réalité de la vie politique. On pourrait dire que ce « piège » est plus dangereux encore que ce que disait le grand historien, quand il consiste dans l'importation sans les précautions requises de modes de pensée constitutionnels au sujet de l'action politique et des structures institutionnelles du « monde ancien » cher à Finley ou des droits publics européens d'ancien régime.

Pour ne parler que de lui, le droit politique des anciens régimes européens était dominé par une idée des rapports entre pouvoir et droit qui n'est plus la nôtre. Le pouvoir y était intrinsèquement une *jurisdiction*. Ce que faisait le détenteur d'une juridiction était « de droit » en raison d'une conformité avec une justice supérieure. La justice, quant à elle, était appréhendée au sein d'une vision du monde où la nature était porteuse de valeurs morales objectives. Dans les constitutions « modernes » (formule donc un peu tautologique), le concept opératoire du pouvoir n'est plus celui là : La nature attribue avant tout des capacités, des facultés d'action et non des habilitations morales. Un pouvoir qui n'est pas de droit est à l'origine du droit, du moins dans la dimension positive, active, de ce terme. En résulte un effet d'unification des sources du droit qui coexiste avec une conception du monde de laquelle a été retirée toute idée d'une objectivité naturelle des valeurs morales⁵. De l'exercice de ce « pouvoir constituant » résulte la constitution, et de la constitution procède une distribution de certaines attributions à certaines autorités. L'idée de justice n'est plus le régulateur principal, le critère ultime de la légitimité du pouvoir exercé sous forme d'attributions par le droit écrit. Plutôt ce critère est-il celui de la légalité. Encore faut-il relever que légalité et légitimité ne se recouvrent qu'en partie. La légalité est un critère de légitimité, un des aspects du phénomène plus large qu'est la légitimité. Par d'autres aspects, la légitimité ne procède pas de la conformité au droit. Le droit, pris dans son ensemble, dans son extension la

3. Finley, M. I. *Politics in the ancient world*, Cambridge University Press, 1983, p. 56.

4. Idem, p. 56.

5. Dans le droit moderne, les valeurs morales « naturelles » par excellence, à savoir les droits de l'homme, sont certes pensées comme inhérentes à l'homme naturel, mais elles sont également déclarées par le souverain dans la constitution ou au côté de celle-ci. Cela n'est pas accidentel. Ce qui fonde l'Etat est une force morale posée d'emblée à son encontre, comme son contraire, présente en lui comme son négatif.

plus grande, n'est plus la « loi fondamentale »⁶. Bien au contraire, ce n'est pas le droit dans son ensemble, mais un certain texte, la loi constitutionnelle, qui est appréhendé comme la loi fondamentale, laquelle, en quelque sorte, est *donnée* au reste du droit. Elle devient la racine du droit positif : sa « base constitutionnelle ». Cela est lié à l'idée selon laquelle il existe un pouvoir antérieur au droit et distinct de lui : notre vision du pouvoir politique est ordonnée au moyen de concepts intégrant tous cette caractéristique. Citons, parmi les plus centraux : la souveraineté, la représentation et la responsabilité. L'une des implications de la souveraineté est de reconnaître l'autorité ultime à une puissance qui, par là, est conçue comme étant de droit, mais ne pouvant pas être *réduite au droit seul*. La souveraineté du droit seul est une idée venue d'un lointain passé ou projetée utopiquement dans un avenir restant à accomplir. Plus on affirme énergiquement la souveraineté du droit, plus on prend place au nombre des adversaires de la souveraineté. La *représentation*, pour sa part, implique une conception de la légitimité indépendante au moins en partie de la conformité au juste. La *responsabilité*, enfin, implique le fait que le contenu de l'action politique compte dans l'appréciation de sa légitimité : le ministre contraint à la démission par un vote de défiance ne l'est pas en raison d'une violation du droit. Si l'on jette sur ces concepts un regard d'ensemble, on se rend compte qu'ils accompagnent le concept moderne du pouvoir. Au contraire, ils n'étaient pas les accessoires naturels de la 'juridiction' des anciens droits.

Nous voici donc en présence d'une galaxie de concepts qui constituent l'arrière-plan indispensable de l'idée de constitution. Ceux qui commencèrent à employer le terme « constitution » au seizième ou au dix-septième siècle commençaient seulement à bâtir cet ensemble. Etudier les droits publics des anciens régimes européens en fonction de notre idée du « pouvoir politique » pose une sérieuse difficulté. C'est pourtant une tentation permanente, car l'ensemble de caractéristiques structurelles que je viens d'esquisser jouit d'une extraordinaire efficacité et d'une remarquable plasticité. Cette efficacité descriptive et cette plasticité sont telles que la tentation est forte – à vrai dire presque invincible – d'appliquer le schéma explicatif qu'il constitue à des formes politiques du passé, ou localisées très loin de la sphère géographique assez restreinte où s'est épanoui le constitutionnalisme. Ainsi, personne ne sera particulièrement surpris d'entendre dire qu'il existait un « pouvoir exécutif » dans l'Athènes antique – ce

6. Il n'est cependant pas à exclure que ce qui est dit ici de la substitution moderne du « pouvoir » soumis au droit à la « juridiction » ancienne ne soit en voie de remise en cause dans la période contemporaine. Il serait peut-être possible d'interpréter le système actuel de prédominance de la justice constitutionnelle (prédominance, en tout cas, dans les représentations et du point de vue de la légitimité) comme un retour à une certaine forme de pensée de la juridiction, par opposition avec la conception classique du pouvoir qui trouvait sa forme la plus accomplie dans la doctrine de la souveraineté.

que soutenait par exemple sans la moindre gêne un historien aussi remarquable que Gustave Glotz⁷ – ou qu’une certaine « séparation des pouvoirs » était mise en œuvre dans la monarchie d’ancien régime. Des arguments sérieux ont été mobilisés dans la période récente pour donner à penser qu’il était périlleux de parler de séparation des pouvoirs⁸ ou de souveraineté⁹ pour le monde antique, mais cela n’a pas nécessairement mis fin à la tentation de les employer¹⁰.

Inversement, nous ne sommes guère tentés de parler de « magistratures » à propos des fonctions constitutionnelles de nos gouvernants, mais nous ne sommes pas embarrassés de parler des institutions athéniennes comme d’organes dotés de fonctions¹¹, et si nous n’employons pas toujours ces termes, nous sommes portés à raisonner exactement comme si nous les employions. En faisant sortir les raisonnements constitutionnels du territoire couvert par le constitutionnalisme moderne, nous prenons en permanence, et le plus souvent sans nous en rendre compte, le risque d’une projection rétrospective de nos

7. G. Glotz, *La cité grecque – le développement des institutions*, Albin Michel, 1988, v. p.ex. p. 98. Il va de soi, pour autant, que Glotz fait partie de ceux qui ont grandement aidé à faire comprendre le *nomos* d’une cité grecque, et ce qui le sépare d’une constitution moderne (cf. *ibid.*, p. 146).

8. Finley, *op.cit.*, p. 58.

9. J. Ober note ainsi avec pertinence que la discussion sur la « localisation de la souveraineté » à Athènes « présume une définition étroite du pouvoir politique comme [prenant place dans] un pouvoir d’État unitaire (*a unitary state power*) » alors que cette notion de souveraineté prend naissance entre les XVI^e et XVIII^e s. *Mass and Elite in Democratic Athens: Rhetoric, Ideology, and the Power of the People*, Princeton, Princeton University Press, 1999, p. 145. V. aussi ses remarques dans « The Athenian Revolution of 508/7 B.C. : Violence, Authority, and the Origins of Democracy », in P.J. Rhodes (dir.) *Athenian Democracy*, (New York, NY: Oxford University Press, 2004, p. 278. L’auteur y fait apparaître les limites d’une comparaison entre la « révolution » de Clisthènes et la révolution française, ainsi d’ailleurs que la manière dont une telle comparaison peut être effectuée avec les précautions requises.

10. V. p.ex. M. H. Hansen, *The Sovereignty of the People’s Court in Athens in the Fourth Century B.C. and the Public Action against Unconstitutional Proposals*, Univ Pr of Southern Denmark, 1975; ou plus récemment : Sviatoslav Dmitriev, *City Government in Hellenistic and Roman Asia Minor*, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 112. Mon intention n’est nullement de remettre en cause la qualité des ouvrages que je prends ici comme exemples. Je serais d’ailleurs bien mal placé pour en être juge. Je ne dénonce pas plus les passages auxquels je me réfère comme des erreurs : ils ont simplement attiré mon attention comme objets possibles d’une réflexion portant sur la sociologie de la connaissance historique. Peut-être la discussion entre historiens et juristes permettrait-elle, en se portant sur de telles questions de vocabulaire, de mieux fixer les lexiques appropriés s’agissant de traiter de l’histoire institutionnelle de chaque époque.

11. Exemple : C. Müller, « La procédure d’adoption des décrets en Béotie de la fin du III^e siècle av. J.C. au I^{er} s. par. J.C. », in P. Fröhlich et C. Müller, *Citoyenneté et participation à la basse époque hellénistique* (Volume 35 de Hautes études du monde gréco-romain), Droz, 2005, p. ex. p. 116.

concepts et de leur environnement historique et culturel, autrement dit le risque d'un anachronisme.

De tels anachronismes peuvent être considérés comme un problème de nature simplement épistémologique. Certains pensent d'ailleurs qu'ils sont inévitables, du moment qu'ils ne consistent pas en des erreurs factuelles, mais dans l'emploi du langage contemporain pour décrire la réalité passée, faute de toute possibilité « de reproduire le langage du passé »¹². On peut aussi en faire un objet intéressant pour la sociologie de la connaissance politique. Il faut alors se demander pourquoi nous les commettons. Une manière rapide (expéditive même) de répondre consiste à dire que les représentations du pouvoir politique sont si ancrées en nous, si caractéristiques de la période historique dans laquelle nous vivons, qu'elles nous dominent et réduisent notre liberté intellectuelle. Ou selon la remarque de C. Schmitt : « L'image métaphysique qu'un âge se fait du monde a la même structure que ce qui lui paraît l'évidence même en matière d'organisation politique »¹³. De telles évidences sont très difficiles à surmonter.

Comme on le dirait à propos du rapport ambivalent unissant l'amateur de chats à son animal favori, ce n'est pas nous qui en sommes les propriétaires, ce sont elles qui nous possèdent. Vient à l'esprit une phrase bien connue de Montesquieu : « Transporter dans les siècles reculés toutes les idées du siècle où l'on vit, c'est des sources de l'erreur celle qui est la plus féconde »¹⁴. On pourrait la mettre en parallèle avec une phrase d'Otto Brunner qu'Olivier Beaud a placé en exergue d'un de ses récents articles : « Rien ne serait plus faux que de croire que le travail historique moderne pourrait se passer des notions modernes. Simplement, ils doivent nous être connus dans leur 'relativité historique' »¹⁵. De fait, l'anachronisme possède aussi une fécondité positive, comme source de la vérité, tant il est vrai que l'histoire est écrite par des hommes qui vivent *après*, et qu'elle est avant tout la science, non pas des choses passées, mais du rapport de ces hommes au passé, qui devient par là *leur* passé. Ce rapport est d'autant

12. En ce sens : Michel Troper, « Sur l'usage des concepts juridiques en histoire », *Annales E.S.C.* 47(6):1182, 1992. Encore l'auteur prend-il soin de relever que « il ne s'ensuit pas qu'il soit permis de projeter n'importe quel système de concepts sur n'importe quelle réalité et l'on sent bien ce que peut avoir d'absurde l'emploi de concepts comme 'Etat' ou 'constitution' à propos des sociétés antiques. La seule limite est le caractère opératoire des concepts ».

13. *Théologie Politique*, p. 46.

14. De l'esprit des lois (chap. 14 du livre XXX) in Montesquieu, *Œuvres Complètes* (texte présenté et annoté par R. Caillois), Paris, Gallimard (Bibliothèque de la Pléiade), 1951, II, p. 902.

15. O. Brunner, *Land und Herrschaft*, 5^{ème} édition, p. 163, p. 193, cité par O. Beaud, « L'histoire du concept de constitution en France. De la constitution politique à la constitution comme statut juridique de l'Etat » (*Jus Politicum*, à paraître dans le n°3, nov. 2009, p. 1).

plus sainement établi qu'il met en jeu, de part et d'autre, quelque chose qui est vrai à la fois pour les hommes qui font l'histoire, et pour les hommes dont l'histoire est écrite. Du moins : des vérités qui peuvent se faire écho.

II. Les matériaux constitutifs : représentations, faits, règles

Cela étant posé, il reste à essayer de cerner comment est constitué cet objet propre de l'histoire constitutionnelle : la constitution appréhendée comme devenir. J'en reviens à l'un des périls rapidement évoqués au début de cette intervention : ramener l'histoire constitutionnelle à une variante plus ou moins spécialisée de l'histoire politique. C'est un autre aspect du « piège ». Si le droit constitutionnel consiste seulement dans l'étude des « normes », alors tout ce qui n'est pas de nature normative n'est pas de son ressort. Cela ne conduit pas tant à rejeter les faits des analyses de droit constitutionnel qu'à les traiter sur un mode faible. On mobilisera à peu près les mêmes événements que ceux convoqués par l'historien politique, mais on insistera sur la *manière* dont les constitutions ont été faites, ou sur la *matière* dont elles sont faites. Par exemple on racontera comment a été adoptée « la constitution de 1875 » et ensuite on décrira les idées des constituants, puis le fonctionnement des institutions : déclin de l'institution présidentielle, désuétude de la dissolution, implantation de la République comme forme d'Etat, etc. La science constitutionnelle est certainement concernée, si l'on peut dire, par tout cela. Mais en quoi l'est-elle ? Il ne s'agit pas ici de plaider pour une « purification » de l'histoire constitutionnelle, qui, en tant qu'elle aurait un objet propre, pourrait exclure de son ressort ce qui serait purement politique, ou bien relevant par exemple de l'histoire sociale. Cela n'aurait pas tellement de sens, on s'en rend compte aisément. Mais nous ne sommes pas pour autant dispensés de nous poser certaines questions : à supposer que des événements historiques doivent être intégrés dans le raisonnement constitutionnel, quelle définition de la constitution est impliquée dans la sélection des événements en question ? Autrement dit : quelle conception se fait-on des rapports entre droit et politique ? Comment interagissent-ils ? Pour répondre, une simple narration des événements politiques de telle ou telle période ne suffit pas. La seule recension des transformations subies par le droit en vigueur – la révision d'une constitution, les modifications d'un règlement parlementaire, etc. – non plus. Toute la difficulté, et l'intérêt, de l'histoire constitutionnelle résident dans le fait qu'elle met en rapports des éléments hétérogènes.

Il est évidemment à la charge de celui qui prétend que l'histoire constitutionnelle a un objet propre de spécifier quelque peu les caractéristiques de cet objet. Plus exactement, il est envisageable de distinguer les éléments qu'il appartient à l'histoire constitutionnelle de mettre en rapport. Cette mise en rapport, prise comme un tout, pourrait prendre à peu près la forme décrite par Karl Mannheim

dans sa définition de la sociologie de la connaissance : « Le thème propre de notre étude, a-t-il écrit, est d'observer comment et sous quelle forme la vie intellectuelle, à un moment historique donné, est en rapport avec les formes politiques et sociales existantes »¹⁶. Il me semble que cette sorte d'articulation est précisément celle qu'il incombe à l'histoire constitutionnelle de faire apparaître. Pour en préciser un peu les termes, elle doit articuler (ou, j'y reviendrai, désarticuler) *des représentations, des faits et des règles (ou formes de normativité)*¹⁷. Ce ne sont là que les matières premières de l'histoire constitutionnelle. Je ne parlerai pas ici de la manière dont le récit, ou tout autre procédé dynamique, met en place ces matières premières et en fait usage. Je les aborde ici d'un point de vue exclusivement statique.

Les concepts en droit constitutionnel

On s'étonnera peut-être aussi que je ne fasse pas entrer dans cet ensemble les concepts du droit constitutionnel. Le terme me semble renvoyer à des choses différentes. Je dois rappeler que ce qu'on se propose ici n'est pas de penser le droit constitutionnel comme ensemble d'idéalités posées comme immuables, dans un quelconque « ciel des idées » théorique. Il s'agit de réfléchir au devenir constitutionnel, à la constitution comme devenir. Dans certains cas, par concept, on vise dans notre discipline de tels ensembles de représentations, de faits, et de règles. Ainsi en est-il lorsque l'on parle du concept de pouvoir exécutif, ou du concept du parlement. Ou bien, ce qui revient au même, lorsqu'on se demande : qu'est-ce que le pouvoir exécutif, ou qu'est-ce qu'un parlement ? Dans d'autre cas, certaines idées apparaissent dans la discussion relative au pouvoir politique. Nécessairement, cette apparition se détecte d'abord sur le territoire des représentations. Ensuite, on peut les retrouver impliquées dans la manière dont les acteurs se comportent, ou impliquées dans l'interprétation de telle ou

16. Karl Mannheim (1929), *Idéologie et utopie*. Une introduction à la sociologie de la connaissance, Paris, Librairie Marcel Rivière et Cie, 1956.

17. Prise en elle-même, cette trilogie n'a pas de grande prétention à l'originalité. François Furet jugeait ainsi utile, pour comprendre la constitution de 1791, « de marier l'histoire des concepts constitutionnels à celle des idées, des représentations collectives, des pratiques politiques, enfin des circonstances ». Mais il est vrai qu'il procédait à cette convocation en vue de plaider la thèse selon laquelle « la science du droit constitutionnel » ne suffit pas à « analyser les constitutions » (F. Furet, « Concepts juridiques et conjoncture révolutionnaire ». *Annales E.S.C.* 47(6):1185-1194., 1992, p. 1192). Ce qu'on suggère ici est que, dans le même esprit, on peut espérer aller plus loin et réintégrer toutes ces données en vue de comprendre le droit lui-même. Celui-ci est peut-être bien la première victime de ce que j'appelais plus haut le 'piège du droit constitutionnel', ce qui est bien sûr à comprendre comme signifiant : le piège du juridisme en matière constitutionnelle.

telle règle de droit. Quelle est la fonction de telles idées ? Elles sont explicatives d'une réalité donnée, ou se veulent telles. Ainsi la souveraineté peut désigner quelque chose qu'un légiste d'ancien régime détecte dans le droit existant en vue de prouver que son roi est bel et bien souverain, et peut donc revendiquer tel et tel effet de cette « souveraineté ». Elles peuvent aussi exprimer un horizon d'accomplissement d'un certain projet d'institutionnalisation de la politique. En 1789, affirmer que la nation est souveraine revient à dire quelque chose qui n'est pas nécessairement totalement accompli dans le réel, mais consiste plutôt dans une sorte de devoir être déjà ancré dans l'être. C'est pourquoi, peut-être, cet énoncé prend sa place dans la déclaration de 1789 puis dans la constitution de 1791, d'ailleurs sous la forme d'énoncés formulés au présent de l'indicatif. En même temps, on le voit à cet exemple, les concepts du droit constitutionnel ne sont pas uniquement explicatifs. Plutôt, une telle force explicative est à l'origine de leur effet opératoire. Si j'ai « prouvé » que telle autorité était souveraine, il est certain que telle ou telle interprétation du droit existant doit être admise, tandis que telle autre doit être rejetée. Cet effet opératoire de la représentation convaincante, de celle qui a un effet de persuasion, est bien sûr en un certain sens normatif. L'usage de ces concepts dans la discussion constitutionnelle est certes bien moins géométrique que ce que j'en dis ici. Mais dans tous les cas, ils interagissent fortement avec les représentations, les pratiques et les règles.

Les représentations

Dans le cadre de cette intervention, je voudrais m'en tenir à quelques mots sur la question de l'histoire des représentations constitutionnelles. Elle possède une certaine centralité, ou du moins un certain pouvoir de fascination, car elle a tendance à absorber toutes les autres dimensions du problème. Nous sommes situés dans le monde de compréhension que les hommes créent à leur propre intention, et dans ce monde, il est axiomatique de poser que ce qui est représenté doit être considéré comme réel. En un mot : il ne faut pas rechercher pour ces représentations un référent extérieur à la sphère où elles opèrent. Il est vain de leur reprocher de n'être pas les représentations de quelque chose qui serait représenté par elles dans un quelconque « monde réel ». Elles apparaissent, et du fait même de leur apparition, quelque chose d'important est modifié dans le monde humain. Le juriste, par exemple, peut ensuite opposer ses propres critères de réalité (ainsi le fait qu'une norme soit positive du fait qu'elle a été correctement validée dans le système normatif auquel elle appartient). Mais l'historien est là pour lui rappeler que des représentations précèdent, accompagnent et parfois survivent à ces normes. Elles sont le contexte indispensable du processus par lequel un sens leur est donné, c'est-à-dire de leur interprétation. Le propre de l'histoire constitutionnelle est d'être confrontée à des représentations de nature assez

diverses, qui interagissent entre elles. Plusieurs strates de « pensée politique » sont ainsi superposées dans l'histoire constitutionnelle. Je n'en mentionne que deux, de manière évidemment schématique.

Les constitutions mobilisent un certain contenu axiologique. Je trouve déjà gênant de parler de système de valeurs, parce que parler de système, là encore, c'est probablement trop en dire. Mais il est hors de doute que ce que nous appelons constitutionnalisme est un projet tendant à concrétiser dans la réalité institutionnelle des valeurs sociales d'un certain genre. Le mot « libéralisme » est souvent celui qui est employé pour couvrir ce territoire de l'idéologie du constitutionnalisme. Une erreur majeure en histoire constitutionnelle réside dans le fait de tenir le libéralisme pour une ressource unique, homogène, disant toujours la même chose. Rien n'est plus faux. Non seulement, le contenu des valeurs du libéralisme constitutionnel a évidemment massivement évolué, et continue de le faire. Mais encore, le rapport des représentations en question au système institutionnel et aux règles juridiques peut être appréhendé de manières radicalement différentes.

Une grande part des divergences entre des histoires constitutionnelles nationales comme celle de la France, des Etats-Unis et de l'Allemagne, procède de ce fait. Le fait d'avoir en commun des valeurs telles que l'autonomie collective, la liberté individuelle, la transparence dans l'exercice du pouvoir, la responsabilité des gouvernants, n'a pas eu pour résultat de supprimer toutes les différences entre les histoires nationales. Une raison essentielle pour cela, du point de vue de l'histoire des représentations constitutionnelles, est que le mot « libéralisme », s'il renvoyait à des valeurs assez convergentes, n'en recouvrait pas moins dans le même temps des conceptions très différentes de la manière de les réaliser. Il existe une tradition « réaliste » du libéralisme, qui a pour référence un monde de « choses telles qu'elles sont ». Il existe aussi une autre tradition du libéralisme qui n'a pas pour horizon une réalité donnée comme contraignante en tant que telle mais un avenir où les valeurs seraient réalisées de manière harmonieuse dans la réalité politique. Le réel (*hic et nunc*) n'est pas pour elle la référence. Cette référence, elle la trouve plutôt dans cet horizon d'accomplissement de certains idéaux. C'est à ce titre qu'on peut parler par exemple de « libéralisme de 1789 ». Ne pas comprendre qu'il en est ainsi, c'est s'interdire de saisir le devenir respectif d'une idée telle que « démocratie » dans les mondes anglais, américains ou français. Les différents sens du mot « révolution » dans ces mondes respectifs sont de bons indicateurs de la théorie du changement politique et institutionnel qui est à l'œuvre en leur sein. Enfin, dans le même ordre d'esprit, les sens du mot « constitution » sont analysables en fonction de ce système à deux axes. Du côté du libéralisme « réaliste », se trouve l'idée d'une constitution comme machine, comme système de corps s'auto-équilibrant. Du côté du libéralisme

comme projet de transformation de la réalité se trouve la constitution pensée¹⁸ comme norme.

Le libéralisme « réaliste » utilise celle-ci comme une contrainte non-transcendante mais génératrice d'une certaine mesure d'hétéronomie (les hommes peuvent se choisir une structure politique, mais ils ne doivent pas négliger que leur volonté ne peut pas tout faire en la matière, et qu'elle opérera d'autant mieux qu'elle reposera sur une compréhension réaliste du monde humain). Telle me semble être la grande leçon des *Lettres du Fédéraliste*. L'autre tendance du libéralisme prend le monde qu'on lui donne comme quelque chose qui doit fondamentalement être modifié, être opéré par la volonté humaine en vue de le perfectionner. Il veut construire une cité qui est le moyen même de changer cette réalité injuste qu'il trouve au commencement comme son négatif. Il est fondamentalement du côté de l'autonomie, pensée comme condition de la justice politique. Une problématique centrale de l'histoire constitutionnelle réside dans le fait que les valeurs dont il est ici question ne sont pas immédiatement réalisées dans le système institutionnel : leur coexistence avec lui est riche de conflits et de non-congruences. Un autre fait central est que ces valeurs ont tendu à l'emporter historiquement dans la sphère occidentale depuis à peu près deux siècles, et que désormais nous ne savons plus très bien s'il faut les regarder comme valeurs (avec un potentiel de transformation de la réalité) ou comme institutions (donc comme représentations réifiées, comme éléments du monde commun dans lequel vivent les hommes). Le cas le plus manifeste est celui des droits de l'homme. Autrefois, ils étaient une idée qu'il importait de réaliser, contre et outre les obstacles du droit existant. Désormais, ils sont soit une partie du droit existant, soit un principe qui anime le droit de l'intérieur.

Par ailleurs, des visions de l'agir politique se déploient à un autre niveau. Elles sont à leur tour d'une grande diversité. Certaines sont des visions du monde qui ont un retentissement important sur le jeu des institutions. Tel est le cas de ce phénomène classique en France jusqu'à une certaine période, et dont François Goguel relevait encore l'existence en 1962 : « pendant plusieurs dizaines d'années – au cours desquelles s'est constituée une tradition vivace – les électeurs français ont choisi leurs élus parlementaires beaucoup moins dans la pensée qu'ils leur déléguaient la charge de gouverner, qu'afin de se donner des porteparole auprès des hommes mystérieux qui représentent le pouvoir ». Il serait intéressant de mesurer ce qui sépare une telle vision du système représentatif, et celle caractérisée par cette « déférence » dont Bagehot disait qu'elle constituait l'une des bases du régime parlementaire anglais. Lorsque l'on parle de « régime

18. Et très largement aussi *impensée*, opérée comme telle sans qu'une grande pensée soit venue dire en quoi la constitution est constitution et non pas seulement forme de légalité inscrite, sans qualité particulière, dans un vaste processus de validation hiérarchisante du droit.

représentatif », laquelle de ces représentations est-elle mobilisée ? Ne faudrait-il pas prendre en compte le fait que chaque système représentatif, à une époque donnée, s'interprète en fonction de son ethos propre ? Il faut faire leur place dans l'histoire constitutionnelle à des visions morales associées à telle ou telle institution et gouvernant le comportement de son ou de ses titulaire (s). Je pense par exemple à l'idée que les parlementaires (ou bien encore les juges, en un sens différent) doivent être « indépendants », ou encore à l'idée que les « offices » de la constitution américaine doivent reposer sur une adhésion intime, un rapport direct de connaissance et de sentiment, avec ladite constitution. Beaucoup de systèmes cohérents de représentations morales de ce type traversent et travaillent le fonctionnement des constitutions.

III. Les problèmes de l'histoire constitutionnelle

Penser ce qui n'est plus pensé : l'histoire institutionnelle

Ceci étant posé, nous avons peut-être les moyens de cerner ce qui pose problème en histoire constitutionnelle : ce que nous ne comprenons pas ; ce que nous ne savons pas ne pas savoir. C'est un des aspects du 'piège du droit constitutionnel' : l'étude méthodique des « normes » en vigueur ne peut pas nous apprendre certaines choses que seule peut nous enseigner une contemplation de la constitution appréhendée dans son devenir. Si on me pardonne de céder au pessimisme, je trouve frappant que nous en sachions aussi peu au sujet de nos institutions. Des pans entiers de l'histoire constitutionnelle échappent ainsi à notre connaissance. J'en prendrai ici pour exemple l'institution parlementaire. Qu'est-ce qu'un parlement ? Nous n'avons à ce sujet que des lumières très faibles. Cette ignorance nous coûte assez cher : elle nous condamne à la répétition mécanique et un peu absurde de formules incantatoires telles que l'appel à la « revalorisation » du parlement. Et nous ne parviendrons pas à progresser, me semble-t-il, tant que nous n'aurons pas progressé dans le sens de ce que le sociologue américain Louis Wirth appelait « une prise de conscience plus complète des rapports entre les idées et les situations. »¹⁹. Dans le présent, la France se trouve confrontée à un problème de droit constitutionnel : quelle place est et doit être celle du Parlement dans les institutions. Tout le monde semble s'accorder, à gauche comme à droite, sur la nécessité de « revaloriser le parlement ». Cette intention a même été concrétisée dans l'ambitieuse réforme constitutionnelle de juillet 2008. Pourtant, les choses semblent avoir peu changé depuis lors.

19. Louis Wirth, préface à K.Mannheim, *Idéologie & Utopie*, *op.cit.*

Les raisons de cette inertie résident peut-être dans un décalage, un effet de parallaxe entre différentes représentations qui exercent un certain empire sur la culture constitutionnelle française. Ce qui est à notre disposition au sujet des parlements, ce sont des représentations, des pratiques, et des règles de droit. Il est extrêmement frappant de remarquer que ces trois dimensions sont loin de coïncider. Elles semblent même parfois ne pas être les dimensions du même objet, et pourtant, elles dénotent toutes ce que nous appelons les « parlements ». En France, le mot « parlementarisme » a fini par renvoyer à une conception de la souveraineté parlementaire inspirée des idéaux autonomiques de la révolution française (la souveraineté nationale) et assez peu des schémas politiques « réalistes » dans lesquels s'est forgé le régime parlementaire d'outre-manche. Dans cette seconde tradition, pour sa part plus pragmatique qu'idéaliste, le régime parlementaire était un ensemble de pratiques justifiées par des représentations spécifiques - assez éloignées, pour faire vite, de ce projet de démocratie radical qui a joué un rôle central dans l'histoire politique française - et cristallisées dans des normes telles que l'obligation pour un cabinet de démissionner s'il perdait la confiance d'une majorité du parlement. En France, la règle est restée, mais elle a été justifiée par une doctrine du parlement, représentant exclusif de la nation. Cette doctrine orientait le régime parlementaire dans une direction franchement différente. Celui qui lit aujourd'hui les dispositions du titre V de la constitution de 1958, telles qu'elles ont été modifiées par la réforme de 2008, le fait à travers des lunettes qui ressemblent à celles qu'on vous place sur le nez chez l'ophtalmologiste. Elles sont alourdies d'une série de lentilles qui rendent ce que l'on voit plus ou moins flou. Il y a tout d'abord la culture légicentriste de la volonté générale qui, en France, fait de la loi l'instrument par excellence de l'émancipation politique. S'y ajoute la tradition de souveraineté parlementaire léguée par les deux précédentes républiques, certes battue en brèche désormais, mais qui n'est pas entièrement sortie de l'esprit de nombre de ceux qui se réclament des idées républicaines en France, et n'approuvent pas le traitement réservé par la V^e république aux institutions parlementaires. Enfin, il y a justement cet ensemble de conceptions et de pratiques au sujet des institutions que l'on associe au nom du général de Gaulle. Tout cela ne converge pas. Le résultat est que la pratique institutionnelle est extraordinairement brouillée. Le slogan « revaloriser le parlement », par exemple, est par lui-même obscur : le parlement souverain de naguère n'avait nul besoin d'être revalorisé ; et le fait même qu'on emploie cette formule apprend pourquoi cela ne se fera pas. Si le parlement doit être « revalorisé », c'est que le rééquilibrage doit provenir d'une intervention extérieure. Se fie-t-on à la magie du texte constitutionnel, qui opérerait par lui-même un changement dans les comportements ? Compte-t-on sur un bienveillant auto-effacement du Président de la République ? Aspire-t-on à la disparition de ce que beaucoup ont jugé être un des acquis majeurs de la V^e république, à savoir le « fait majoritaire » ?

Le problème me semble même plus profond encore. La plupart des parlements, dans les régimes parlementaires, souffrent d'une maladie comparable à celle du nôtre. La raison ne peut donc s'en trouver dans la seule culture nationale, au sens de la sédimentation spécifiquement française des représentations politiques, des énoncés juridiques, des données de notre histoire politique. Peut-être faut-il creuser plus profondément encore et s'interroger sur la nature profonde de l'institution parlementaire dans la culture étatique européenne. Que trouve-t-on alors ? Des institutions délibérantes issues du modèle des cours féodales et qui se sont développées en parallèle avec les Etats monarchiques, en vue de satisfaire à l'impératif croissant de rationaliser les finances de l'Etat et d'adopter (sur la longue durée) de plus en plus de lois. Les idées relatives au régime représentatif et à la forme de légitimité dont il est l'accessoire se sont greffées sur ces institutions, au point de faire, pour un temps, des chambres parlementaires le foyer même de la mutation démocratique. Mais les parlements étaient-ils si adaptés que cela pour servir de socle à ce vaste projet, qui gravitait intellectuellement autour de l'idée d'autonomie collective ? Cela ne me semble pas absolument certain. Si l'on examine leurs ressources institutionnelles propres, les chambres parlementaires n'ont pas été bâties en vue d'un tel projet : elles ont été transformées de manière lente et non-linéaire en vue de le rendre possible. Ce n'est pas la même chose. On peut s'en convaincre en examinant toutes les situations où se sont opposées deux lectures de l'institution parlementaire : d'un côté, la lecture instrumentale (fais ce pour quoi on t'a fait : voter promptement des lois, approuver sans ciller de nouvelles recettes) ; de l'autre le discours politique libéral (nous ne sommes pas ici pour servir le chef de l'Etat ou ses ministres : nous sommes là pour faire parler la nation, et vouloir pour elle). Un exemple très bon de cela se trouve dans la crise budgétaire prussienne des années 1860. Il en va de même de la longue crise du parlementarisme français, qui dure jusqu'à ce jour.

On pourrait parvenir à la même conclusion en examinant nombre de problèmes touchant à la procédure parlementaire. Celle-ci, dans beaucoup de cas, n'est pas conçue pour permettre à une majorité de se structurer de manière interne aux chambres, via une délibération aussi rationnelle et publique que possible. Nombre de règles ou de pratiques de la procédure parlementaire indiquent la profonde dépendance des parlements vis-à-vis de l'extérieur, et tout spécialement vis-à-vis de ce que l'on appelle la sphère exécutive, voire administrative. En France, le retour du Conseil d'Etat parmi les organes associés à la procédure parlementaire, depuis la réforme de juillet 2008, n'est pas de ce point de vue une bien grande nouveauté. En vérité, beaucoup de choses qui nous semblent assez neuves dans la vie parlementaire (le déclin de la discussion publique, les problèmes liés au travail en commission, le fait que les lois ne sont pas faites par les parlementaires, et plus généralement l'emprise des exécutifs et des organes administratifs supérieurs) ne sont pas à saisir comme l'indice d'un déclin par rapport à un quelconque âge d'or. Il faut plutôt les appréhender comme des

décalages entre ce que les parlements pouvaient être de par leur « code génétique » et les espérances que le libéralisme constitutionnel puis le mouvement démocratique ont placées en eux.

L'histoire des dénominations

Ce que nous apprend l'interprétation historique du phénomène constitutionnel, c'est bien souvent que les objets manipulés par la théorie constitutionnelle (qui se veut) anhistorique ne sont pas des unités homogènes. L'exemple de l'institution parlementaire est, de ce point de vue, frappant. Ces objets de la théorie constitutionnelle apparaissent plutôt comme des complexes de représentations, de faits et de règles, desquels on peut parler avec des termes très généraux comme « parlement » ou « pouvoir exécutif », etc., mais au risque d'avoir assez peu à en dire, ou de plonger dans des contradictions insolubles. L'histoire constitutionnelle pose donc à la théorie constitutionnelle une question assez sérieuse touchant à la manière dont elle constitue ses propres objets et outils de travail. Il importe en effet de conserver à l'esprit le fait que les objets de la pensée constitutionnelle obéissent à des lois de construction particulières, lesquelles ne sont compréhensibles que d'un point de vue historique. Je m'en tiendrai ici à mentionner l'une de ces lois. Reprenant un terme de la théorie psychanalytique, j'emploierai pour la décrire le terme de « processus de condensation ». Une chose que l'on ne fait pas assez, ou assez soigneusement, en histoire constitutionnelle consiste dans ce que j'appellerais une histoire des dénominations. Une dénomination constitutionnelle est un composé de ces représentations, de ces ensembles de faits et de pratiques. Elle est employée dans des énoncés normatifs de types divers. En passant, je me garde bien d'aborder le fait qu'à un certain égard, les dénominations du droit constitutionnel sont intrinsèquement normatives, puisqu'on n'a généralement pas le choix d'en employer une plutôt que l'autre, et que de surcroît elles ont, par leur existence même, un effet de contrainte sur les comportements.

Or, l'émergence des constitutions écrites – et même de leur fausse jumelle, la constitution britannique non écrite – aurait été inconcevable sans la formation concomitante d'un système de dénominations qui était gouverné par les exigences de l'idéologie du constitutionnalisme et qui en répondait aux principaux impératifs. Cela est particulièrement frappant sur le territoire qui se dessine à quiconque emploie le terme de « séparation des pouvoirs ». La séparation des pouvoirs n'est pas seulement une prescription, ou plus exactement un ensemble de prescriptions. Elle implique également un tableau institutionnel spécifique : des « pouvoirs » séparés, selon des formes assez réglées et finalement faiblement diversifiées. Pour décrire ces pouvoirs, on adopte une terminologie assez pauvre, un ensemble réduit de termes apparemment descriptifs mais en fait fortement

connotés prescriptivement. Lorsque nous regardons de près ces dénominations, nous trouvons qu'elles condensent en elles des images, des représentations politiques, mais aussi des impératifs plus ou moins clairs mais très forts. Bien souvent, on verra que ces dénominations sont aussi l'expression de pratiques fortement symbolisées et cristallisées. La difficulté réside dans le fait que, comme dans les condensations inconscientes examinées par la psychanalyse, ces représentations, ces données empiriques et ces formes de normativité s'accumulent sur le même mot sans qu'il soit possible d'espérer une parfaite cohérence conceptuelle. Le « concept », en droit constitutionnel, est loin d'avoir une parfaite homogénéité de signification, donc d'être éligible au statut de « concept » philosophique. Il est un objet du droit existant, ou peut-être un élément stable de la tradition constitutionnelle. Mais dans le même temps, il est, au sens le plus fort du terme, *pétri de contradictions*. Ainsi en est-il des termes « pouvoir exécutif » ou « pouvoir législatif ». En France, se greffe sur leur opposition une vision malebranchiste de la volonté générale et de la volonté particulière qui n'a peut-être pas sa place dans l'aire constitutionnelle anglo-américaine. Dans cette aire, le terme « pouvoir exécutif » n'implique pas nécessairement l'idée de confinement à une tâche non créative, purement ancillaire, qui l'a longtemps accompagnée en France. En même temps, il faut faire droit à l'observation suivante : il est possible de repérer quelque chose de conceptuel au sens philosophique du terme dans l'histoire de l'idée de pouvoir exécutif lorsque l'on relève, comme on doit le faire, que même en France il a été impossible de s'en tenir à la conception « ancillaire » du pouvoir exécutif. Celui-ci s'est imposé à un niveau de plus grande liberté et de plus grande autonomie, en dépit d'une culture politique nationale qui ne lui réservait pas un tel rôle.

Il ne s'agit donc pas d'opposer théorie et histoire. Le processus analytique de décomposition des objets dont il est ici question est indispensable, et sa valeur ne peut être contestée au profit d'une pensée historiciste au mauvais sens du terme. Mais dans le même temps, penser analytiquement les objets dont il est ici question ne doit pas conduire à renier leur historicité, car c'est l'histoire, et aucune autre source extérieure à elle, qui nous livre les matériaux même du travail analytique. C'est là ce qui fait, me semble-t-il, peser sur le droit constitutionnel un impératif d'histoire, un devoir épistémologique de faire de l'histoire. C'est que les objets du juriste de droit constitutionnel sont des constructions d'une complexité telle que seule une analyse précise de leur développement historique permet de faire apparaître le champ des possibilités de significations dans lesquels ils s'insèrent et qui président à leur interprétation. En d'autres termes : confronté à des condensés de représentations, de faits, de formes de normativité, l'historien constitutionnel devrait avant tout se donner pour tâche de les *désarticuler*. Je serais tenté de dire que l'histoire constitutionnelle opère toujours de manière rétrograde : elle prend ce que lui donne son époque, et, revenant en arrière, elle en extrait les différentes composantes, marquées chacune de signes

temporels variés. Le droit absorbe. Le droit conjugue le présent et le(s) passé(s). Il maintient dans la présence des réalités qui, à d'autres égards, ont quitté la scène du monde. Il est le conservatoire de formes de vie par ailleurs très vieilles. Cette persistance de règles ou des représentations vieilles est un thème central de l'histoire constitutionnelle. Des décalages s'opèrent en permanence. Notre « histoire constitutionnelle » a commencé avec l'apparition de dénominations qui se sont implantées avant les constitutions écrites et qui ont constitué le lexique avec lequel on a pu les rédiger, tout autant que le vecteur linguistique des concepts permettant de les penser.

Une histoire des concepts, sur une plus longue durée encore, a accompagné cette histoire des dénominations. Une grande partie du travail à faire en histoire constitutionnelle me semble consister dans la constitution d'un *savoir de l'apparition*. Du point de vue d'une histoire constitutionnelle – d'une pensée de la constitution comme devenir – il y a lieu de relever à certains moments des événements qui consistent dans l'apparition, plus ou moins lente ou bien au contraire spectaculaire, de quelque chose de décisif. Un penseur, plutôt qu'un autre, fait saillir de manière décisive un concept. Jean Bodin ou Thomas Hobbes font connaître un certain (re) commencement au concept de souveraineté, parce qu'ils sont les grands esprits qu'ils sont, mais aussi (indissociablement) parce qu'ils sont des enfants de leur siècle. Une manière de se comporter est tenue pour normative et devient compréhensible au regard d'un certain contexte historique et politique. Le régime parlementaire prend figure dans l'Angleterre du XVIII^e siècle alors que personne ou presque ne l'a anticipé de manière globale du point de vue de la théorie politique. J'inclinerai à en dire autant de l'idée de République telle qu'elle sera refondée au moment de la révolution américaine. Il se peut bien que cette refondation ait été rendue possible par la persistance d'un discours politique parallèle à celui du libéralisme, et dont J.G.A. Pocock a retracé l'histoire dans un ouvrage célèbre. Mais, d'un point de vue qui est peut-être plus spécifiquement celui de l'histoire constitutionnelle que de celui de l'histoire des idées politiques adopté dans le *Moment Machiavélien*, la nouveauté est flagrante. On retrouve là un thème tocquevillien : à certains moments, il faut une science politique nouvelle pour une époque nouvelle. On relèvera que lorsque les auteurs du *Fédéraliste* recensent les matériaux de leur nouvelle « science de la politique » (*science of politics*), ils font état d'innovations constitutionnelles propres aux « temps modernes » : la distribution du pouvoir en départements distincts, l'introduction de *checks and balances* législatifs, le principe représentatif, le fédéralisme²⁰. Ce qui rénove dans un pareil cas la pensée du politique, ce sont les conditions intellectuelles présentes pour agencer de manière originale

20. A. Hamilton, J. Madison, J. Jay, *The Federalist Papers* (éd. de C. Rossiter et C. R. Kesler), New York, Mentor, 1999, (lettre IX), p. xxx.

les institutions. On peut voir alors comment les mots changent de sens. Des acteurs politiques se trouvent à un moment donné en possession d'un matériel intellectuel qui leur permet de conférer une signification dotée d'une certaine force, d'une certaine autorité, à une dénomination donnée. Ainsi, donc, de la République chez les révolutionnaires américains, qui devient synonyme de régime représentatif. Ainsi plus généralement du lexique des constituants américains de Philadelphie, et de ceux qui accomplissent cette apparition en lui apportant le moment de la prise de conscience philosophique : les trois auteurs des *Lettres du Fédéraliste*. Ainsi encore à propos du mot « nation », désormais irréversiblement investi d'une force toute particulière quand on le retrouve dans la bouche des hommes qui prêtent le serment du jeu de Paume. Le contexte historique n'est évidemment pas à retrancher d'une telle histoire de l'apparition.

Où en sommes-nous de ce point de vue ? En d'autres termes, et pour conclure, peut-on envisager de faire une histoire constitutionnelle du moment présent ? Il semble désormais que, tandis que d'autres dénominations et d'autres concepts prennent pied sur le terrain du droit politique, les concepts caractéristiques du « droit constitutionnel » soient en train de se retirer de la scène. Ce retrait prend la forme d'une perte progressive de sens. On emploie encore les mots. Mais on ne sait plus ce qu'on veut dire, non pas par manque d'intelligence, mais parce que le contexte ne le permet plus. Plus exactement : on croit encore que les mots ont un sens. On prononce encore les formules incantatoires (« constitution », « convention constitutionnelle », « responsabilité politique », ...) mais on ne semble plus à même de faire quelque chose d'historiquement significatif avec les mots qu'on emploie. Ainsi, il est apparu avec les débats entourant l'adoption du traité de Maastricht que penser la souveraineté était devenu une quasi-impossibilité concrète, dans l'état de notre culture constitutionnelle. Peut-être m'objectera-t-on que *certain*s sens du mot souveraineté restent opérationnels, que c'est là qu'il faut prendre en compte les résultats indiscutables de la théorie analytique. Peut-être bien en effet. Mais il me semble que, du point de vue historique, la souveraineté est venue comme un tout, unifiant d'une certaine manière les différents sens que le travail analytique a pu ensuite détecter de manière tout à fait correcte en son sein. De même, lorsqu'elle se retire, elle se retire comme un tout. Historiquement, comme moyen de rendre l'Etat intelligible à l'usage de nos contemporains, la souveraineté ne me semble plus jouer son rôle opératoire. Il y a toujours des Etats, ils ont même une certaine tendance, pour leur part, à ne pas disparaître de la scène comme on les y a si fermement invité dans les deux ou trois décennies qui viennent de s'écouler. Mais la conscience contemporaine a le plus grand mal à se représenter les Etats comme souverains, même si on lui rappelle, comme cela est si opportun, que le mot a différents sens, et que les transformations historiques en cours ne les affectent pas de la même manière.

Il est ensuite apparu avec la préparation d'un projet de traité constitutionnel européen, puis son rejet (en particulier par les Français), que la situation historique ne permettait plus – en tout cas en Europe - de penser la notion de constitution. Du moins, il a semblé impossible de la penser d'une manière historiquement productive. Je veux dire par là : de produire une constitution à l'échelle de l'Europe, c'est-à-dire de faire prendre au concept un tournant qui aurait été tout à fait envisageable, mais qui n'a tout simplement pas été pris. La crise de l'idée de constitution est à peine masquée par le triomphe de la « juridiction » constitutionnelle. On dirait que plus la constitution est l'objet d'une garantie satisfaisante d'un point de vue normatif, plus elle perd de sa substance interne. Il suffit pour s'en convaincre de faire le constat de la prolifération des révisions constitutionnelles dans notre pays. Ceux qui ont la chance de parler le français parviendront au même résultat en lisant la Charte de l'environnement adjointe à la constitution en 2005. Elle est de ces textes que ceux qui ont une inclination à détecter les signes d'un déclin de notre culture constitutionnelle ont intérêt à ne pas lire trop fréquemment, au risque d'être renforcés dans leurs convictions.

Denis Baranger

Professeur de droit public à l'Université de Paris II et membre de l'Institut Universitaire de France, Denis Baranger est l'auteur notamment de : Écrire la constitution non écrite : Une introduction au droit politique britannique, PUF, Leviathan, 2008 et de Parlementarisme des origines, PUF, Leviathan, 1999.