

La Constitution entre norme et symbole, réflexions sur le constitutionnalisme contemporain

Élodie Derdaele

La Constitution est manifestement une norme qui se distingue de toutes les autres. Les principes qui la fondent et les dispositions qui en découlent font l'objet d'un enseignement spécifique dans nos facultés et constituent pour nos étudiants la toute première approche des disciplines de droit public. C'est que la Constitution est envisagée comme la norme fondamentale voire suprême de l'ordre juridique national. Or la Constitution n'est pas seulement une norme, elle véhicule tout un imaginaire, un mythe, un discours drainant une forte charge symbolique. « La » Constitution est tout naturellement la Constitution de son pays. Elle exprime l'identité et la souveraineté d'une communauté politique distincte de toutes les autres. En effet, tel un symbole, elle fédère les éléments disparates d'une population dans un territoire donné pour structurer son organisation politique. Cette charge symbolique est d'autant plus forte lorsqu'un peuple prend conscience de lui-même et entend manifester sa souveraineté. L'idée même de se doter d'une Constitution devient alors le symbole d'une émancipation, d'une affirmation de sa propre existence, de son identité en tant que nation libre et souveraine. Tel est, en l'espèce, le message des pères fondateurs de la première Constitution écrite : « *Nous, le peuple des Etats-Unis [...] décrétons et établissons cette Constitution pour les Etats-Unis d'Amérique* » (discours performatif). La Constitution est dès lors l'attribut d'un Etat moderne... L'annonce de son apparition éclipse pour un temps, certes éphémère, son contenu : « *Que la Constitution soit... et la nation souveraine fut* ». Que la nation précède l'Etat, ou l'inverse, est en l'occurrence sans importance, c'est bien la Constitution qui formalise la souveraineté de la communauté politique préexistante ou en cours de construction. De par son adoption, la Constitution est une épiphanie autrement dit, le signe annonciateur de l'existence d'un nouvel Etat ou d'un nouvel ordre juridique national. *De facto* comme *de jure*, elle signifie une césure temporelle de l'Etat et parfois une césure spatiale, en cas de modification territoriale. Il y a bien un « *avant* » et un « *après* » Constitution.

Cependant ce n'est plus tant le fait d'exister qui fait de la Constitution un symbole que son contenu, dans la mesure où perçue originellement comme loi fondamentale, elle s'est mue peu à peu en loi suprême. Mais qu'elle soit norme fondamentale ou norme suprême laisse à penser spontanément que la Constitution est non seulement une norme mais aussi un symbole, celui de l'existence d'une nation souveraine et de l'établissement d'un Etat de droit (**I. La Constitution, norme symbole**). Nous verrons toutefois que par un étrange paradoxe, la suprématie constitutionnelle entame la charge symbolique de la Constitution en ce sens qu'il est bien tentant d'y inscrire davantage de principes, de valeurs, d'objectifs et autres prescriptions, souvent standardisés, faisant de la loi fondamentale originelle une norme refuge dont la cohérence est perpétuellement malmenée. La suprématie constitutionnelle apparaît dès lors bien illusoire. Aussi la Constitution, symbole fort, lors de son avènement, perd-elle de sa magie et de sa majesté, devenant une norme parmi d'autres, banale en somme que l'on peut « grossir » à loisir. C'est l'avènement de la Constitution relative et la fin de l'idée de loi fondamentale. En d'autres termes, la Constitution est bel et bien tombée de son piédestal, de norme symbole, elle est devenue symbolique (**II. La Constitution symbolique**). Les amendements et les Constitutions les plus récentes sont, en effet, symptomatiques du malaise des démocraties modernes, qui voient dans le droit (notamment constitutionnel)- plus que dans l'action et le débat politiques – une réponse aux angoisses contemporaines.

I. La Constitution, norme symbole (signifiant fort)

La Constitution est un phénomène universel (succès quantitatif). Elle est indispensable pour tout Etat souverain, qu'elle revête ou non une forme écrite. L'idée de Constitution est attractive. Elle séduit par son caractère émancipateur, « normalisateur », « réconciliateur », unificateur, stabilisateur, moderne pour ne pas dire progressiste. Elle participe donc d'un discours, en posant un Etat et sa population dans le temps et dans l'espace pour un avenir commun. Elle se veut singulière (nationale et démotique). Plus qu'un aboutissement, sa promulgation est envisagée comme le point d'orgue d'un nouveau départ, d'une nouvelle alliance, de nouvelles espérances ; si elle est modifiée, c'est dans l'espoir d'améliorer une situation donnée. Ainsi nul ne pense sérieusement à se passer de Constitution, bien au contraire. D'aucuns même estiment que l'adoption d'une Constitution européenne formalisée serait le point de passage obligé vers la consécration d'une Europe politique.

La Constitution, autrement appelée loi fondamentale, a plus concrètement vocation à structurer les institutions de l'Etat afin de faire vivre durablement les institutions d'une communauté politique. Elle consacre formellement la souveraineté et l'identité singulière d'une nation (**A. la Constitution, norme fondamentale**) et s'affirme peu à peu comme la norme suprême de l'ordre juridique national (**B. la Constitution, norme suprême**). De par sa nature fondamentale et suprême la Constitution apparaît bel et bien comme une norme symbole, c'est-à-dire une norme évocatrice cristallisant les attentes singulières et disparates d'une communauté aspirant au maintien ou à la restauration de son unité politique. En tant que telle, elle constitue idéalement la norme de référence, la norme qui rationalise l'organisation des pouvoirs publics et qui, plus largement encore, est censée offrir à l'Etat un ordre juridique stable et cohérent.

A. La Constitution, norme fondamentale

Fruit d'une volonté souveraine fondatrice, la Constitution devient la norme fondamentale organisant les pouvoirs publics et leurs relations mutuelles. C'est l'exigence minimale que l'on puisse attendre d'elle. Pour être désignée comme étant une Constitution, il faut en effet que la norme pose les institutions de la communauté politique définissant ainsi leurs statuts et compétences. La Constitution peut donc être réduite à cette fonction simple mais essentielle qui consiste à établir les règles du jeu de la vie politique et les mécanismes de production du droit. Toute autre disposition est considérée comme étant constitutionnelle, non par essence, mais par ajout dans le corpus constitutionnel. En s'inspirant de la phénoménologie d'HUSSERL et de sa méthode appelée réduction eidétique, consistant à établir les structures essentielles et invariables d'un objet et à éliminer ce qui lui est contingent ou accidentel, les dispositions relatives aux institutions et à leur création du droit sont sans conteste les dispositions nécessaires à l'établissement d'une Constitution¹. C'est pourquoi nous qualifierons désormais ces dispositions d'eidétiques (1) pour les différencier des contingentes (2). Aussi péjorative que l'expression « contingente » puisse paraître, elle ne signifie pas pour autant que les dispositions ainsi qualifiées sont de moindre valeur. Bien au contraire, c'est parce qu'elles revêtent un caractère fondamental pour la communauté politique qu'elles méritent d'être constitutionnalisées. Leur présence dans le corpus constitutionnel est donc le symbole d'une identité et d'une souveraineté affirmées.

¹ cf. « la réduction eidétique » in *Encyclopedia Universalis* ainsi qu'Edmund HUSSERL, *Idées directrices pour une phénoménologie et une philosophie phénoménologie pures*.

1. Les dispositions constitutionnelles eidétiques

Ces dispositions eidétiques encadrent l'activité politique en posant les institutions fondamentales de l'Etat et leur organisation. Elles fixent leurs statuts, leurs compétences et leurs relations et répondent aux questions que doit résoudre tout Constituant : qui gouverne, légifère, exécute, contrôle et comment ? Les dispositions retenues doivent être suffisamment pertinentes pour éviter l'apparition d'incessantes remises en cause qui déstabiliseraient l'ordre juridique et l'unité du corps politique. Elles posent ainsi les règles assurant la préservation de l'ordre public, la coexistence pacifique et la continuité de l'Etat, confronté aux affres du quotidien. Elles ont vocation à rythmer et à arbitrer la vie politique en posant notamment une échéance aux termes des mandats, en en limitant, au besoin, leur nombre, en exposant des solutions alternatives en cas de crise, en indiquant les procédures législatives et de contrôles, en séparant ou non les pouvoirs, en établissant ou non des institutions décentralisées...

Ces dispositions sont en conséquence les références, les points fixes qui permettent aux pouvoirs institués d'agir dans le cadre de leurs compétences. Elles sont le *vade mecum* de la vie politique et de la production du droit. Les modes de révision constitutionnelle envisagés par la Constitution ne rendent cependant pas ces institutions intangibles.

Dans l'absolu, le Constituant pourrait se contenter de répondre aux attentes purement institutionnelles. Il aurait en quelque sorte assuré le service minimum. L'exemple des lois constitutionnelles de 1875 est emblématique de ce minimalisme en ne faisant que poser les institutions de la III^e République et leurs rapports mutuels. Or les Constitutions vont généralement bien au-delà de ces exigences en adoptant des dispositions contingentes.

2. Les dispositions constitutionnelles contingentes

Ces dispositions contingentes - néanmoins fondamentales - sont tantôt symboliques tantôt normatives. Elles sont diverses et variées, de par leur rédaction et leur objet.

Les dispositions symbolisant et constitutionnalisant l'identité d'une communauté politique et son unité (ou les fondements de la Constitution démotique)

La Constitution peut exprimer des croyances en des valeurs. Elle est source de projections. C'est ainsi qu'elle peut faire assaut de dispositions non normatives, faisant notamment état d'une vision officielle de l'histoire nationale (qui dans ce cas sera bien souvent fanstasmée). La plongée dans le passé offre alors l'occasion de justifier et d'ancrer la Constitution, nouvellement adoptée. Ces mentions d'identifiants subjectifs ne sont pourtant pas des scories. Elles font bel et bien partie du récit, du mythe constitutionnel en singularisant la Constitution et par là même l'Etat et la communauté politique pour lesquels elle a été rédigée. Elles vantent l'unité de l'Etat, que ce soit en promouvant l'unité dans la diversité ou dans l'uniformité. On les retrouve généralement exposées en préambule ou dans le tout premier titre de la Constitution.

A la suite de ce récit constitutionnel, apparaissent bien souvent d'autres dispositions constitutionnalisant les identifiants objectifs de la nation (symboles nationaux : drapeau, devise, hymne.../énonciation du nom du peuple ou des peuples constitutifs de la nation/énonciation des minorités, langues, cultures et religions de la nation (...) aux fins de justifications de mesures constitutionnelles et/ou législatives, souvent déclinées par la suite).

Quoi qu'il en soit, toutes ces dispositions sont annonciatrices de la norme singulière qu'est « la » Constitution, norme exclusive d'une nation, envisagée comme un tout. Leur étude mérite considération dans la mesure où elle permet de contextualiser la Constitution et ses

règles. Elles nous éclairent ainsi sur le sens, le pourquoi et le comment d'une Constitution et démontrent bien que les Constitutions ne sont pas des normes neutres, purement techniques mais des normes fondamentales auxquelles sont censées être attachées les populations concernées. En d'autres termes, ces dispositions singulières sont la chair et le souffle de la Constitution et ne doivent pas être totalement déconnectées de la société, de sa culture politique, de ses moeurs, de ses croyances ni de son niveau de développement (...) au risque de diviser profondément la communauté politique. Dans cette hypothèse, la Constitution échouerait dans sa fonction de maintien ou de construction de l'unité de l'Etat et ne serait donc qu'un pur artifice.

Pour conclure, ces dispositions sont littéralement les plus sensibles de toutes, sources éventuelles de tensions, marquant l'affect de la communauté politique et son degré d'adhésion au texte constitutionnel. Ce sont des dispositions symboliques lourdes de sens, car si la communauté ne s'y reconnaît pas (ou plus)(ou pour tout ou partie), les dispositions normatives contenues dans la Constitution seraient vaines, à plus ou moins, brèves échéances. L'ordre juridique voire l'unité de l'Etat peuvent ainsi voler en éclats. Ces dispositions contingentes ne peuvent être dissociées du reste.

Les droits et devoirs constitutionnels des personnes et des groupes (Bill of Rights, charte ou déclaration de droits et/ou de devoirs...)

Les premières dispositions normatives contingentes apparues au cours de l'histoire des Constitutions écrites sont bien évidemment celles relatives au *Bill of Rights* des Etats-Unis d'Amérique. Cette pratique d'enchâssement des libertés fondamentales au sein du corpus constitutionnel est symbolique des grandes démocraties libérales, soucieuses non seulement de déclarer mais aussi de garantir de manière efficiente ce qui leur paraît être également nécessaire à l'édification d'une communauté politique accomplie, fondée sur des valeurs de liberté, de dignité de la personne humaine et d'égalité... Dans ce contexte, cette déclaration complète les dispositions eidétiques d'inspiration démocratique dans la mesure où les institutions constitutionnelles seront tenues de respecter et de faire respecter ces droits (voire ces devoirs). En un mot, elle les olige ainsi que l'ensemble des membres de la communauté. Elle participe du pacte constitutionnel.

Néanmoins nombre de Constitutions ne consacrent pas cette vision libérale des droits de l'homme, préférant insister sur les droits de la collectivité, des groupes, des communautés ou leurs devoirs. Le travailleur se substitue ainsi au citoyen et à l'individu dans les démocraties dites populaires.

Les fondements de la politique économique, sociale et sociétale

Autres exemples de dispositions normatives contingentes se répandant à travers le monde, les principes économiques, sociaux, éthiques et, depuis peu, environnementaux... La prolifération de ces dispositions contingentes fera toutefois l'objet d'une étude plus approfondie ; car elle n'est pas sans incidences sur la perception de ce qu'est devenue la Constitution (*Cf. II*).

Comme nous le voyons, la loi fondamentale, de par ses dispositions eidétiques et contingentes, est dotée d'un certain prestige ; au point d'apparaître également comme la loi suprême de l'ordre juridique national.

B. La Constitution, norme suprême

Si la Constitution est la loi fondamentale est-elle pour autant la norme suprême ? N'y-a-t'il pas confusion ? C'est encore aux Etats-Unis que sera apporté le premier élément de réponse, sous la plume d'Alexander HAMILTON.

« Une Constitution est en fait une loi fondamentale et doit être regardée par les juges comme telle. Il leur appartient donc de dégager son sens comme celui de tout acte émanant du législateur. S'il apparaît une contrariété irréductible entre les deux, c'est le texte dont la force et la valeur sont supérieures qui doit être évidemment préférée ; en d'autres termes, la Constitution doit être préférée à la loi, la volonté du peuple à celle de ses représentants », *The federalist* (1788).

Cette logique juridique sera consacrée, en 1803, par l'arrêt de la Cour suprême : *Marbury v. Madison*. La juridiciarisation de la Constitution fera ensuite florès de manière irréversible sur les continents américain (XIXe siècle) et européen (XXe siècle), au point qu'aujourd'hui la Constitution est constamment invoquée, qui devant le juge ordinaire qui devant une juridiction spécialisée.

La Constitution ne saurait en effet échapper aux contentieux, dans la mesure où elle légitime la production du droit, dérivée de ses institutions. Elle est « la » norme de référence. Autrement dit, les normes dérivées doivent respecter tant la forme que le fond des prescriptions constitutionnelles. C'est ainsi que - de fondamentale - la Constitution devient norme suprême. Quant aux normes qui ne trouveraient pas leur source ou leur consécration formelle dans la Constitution (*common law*, us et coutumes...), elles ne sauraient - sans remettre profondément en question la cohérence, l'unicité et la sécurité de l'ordre juridique - être en contradiction avec ces dispositions (s'agissant des normes internationales voire supranationales, *cf. II.*). Il n'est pas rare toutefois que la Constitution prévoit quelques accommodements.

Il existerait donc une hiérarchie des normes nationales dont la Constitution serait le pyramidon. Dans cette optique, la Constitution se doit d'être une norme rigide de sorte qu'elle ne puisse être amendée avec la légèreté d'une loi. La tradition française était néanmoins rétive à une telle approche. En effet, jusqu'à l'avènement de la Ve république, la loi restait la norme privilégiée de l'expression de la souveraineté nationale, échappant à tout contrôle juridictionnel, fût-elle manifestement contraire à la Constitution.

Norme fondamentale, norme suprême, la Constitution – nous le voyons - bénéficie d'un certain prestige. Son évocation est censée fédérer le corps politique autour de ses principes, de ses valeurs, de ses aspirations. Les dirigeants et fonctionnaires désignés en vertu de ses dispositions sont souvent appelés, lors de leur prise de fonctions, à prononcer le serment constitutionnel, afin de leur rappeler au nom de qui et pour quoi ils les exercent. Dans certains cas, ils prêtent même serment sur la Constitution, à l'instar du président de la Fédération de Russie. Autres signes du caractère hautement symbolique et de l'attachement à la Constitution, des institutions sont tenues de siéger en présence du texte constitutionnel, tandis que des places, des rues et autres lieux portent son nom (Place de la Constitution devant le Parlement grec...).

Cependant si la Constitution est originellement un symbole fort marquant l'identité et la souveraineté nationales, il n'en demeure pas moins qu'elle subit les contre-coups de l'évolution générale du droit. Elle n'est plus tant « la norme-étalon » de l'ordre juridique national qu'une norme dont la singularité s'efface peu à peu. Plus que jamais les Constituants cherchent à rationaliser leur Constitution et par là même la vie politique, pensant ainsi mieux s'adapter (selon l'expression consacrée) : « aux défis de la mondialisation ».

II. La Constitution symbolique (signifiant faible) ou le relativisme constitutionnel

Dès la fin du XVIIIème siècle, la Constitution est un outil d'émancipation des peuples et un instrument de modernité. C'est dans la mesure où elle a pu protéger et garantir la souveraineté, l'unité et la stabilité du corps social qu'elle a su conquérir les Etats du monde entier. Or, au fil du temps, l'espoir qu'elle suscite a considérablement évolué. Il ne s'agit plus simplement de définir les compétences, fonctions et statuts des gouvernants. Car idéalement placée au sommet de la hiérarchie des normes nationales, on attend d'elle désormais bien d'autres choses. Les Constituants sont ainsi tentés d'y enchâsser toute sorte de dispositions contingentes (économiques, sociales, éthiques, environnementales, identitaires...), et ce au risque de figer la société politique. Tout (ou presque) serait potentiellement constitutionnel. Symbole de modernité, la Constitution ne serait-elle pas devenue la citadelle et le symbole de tous les conservatismes et du nivellement de la pensée ? Cette question revient ainsi à revenir sur l'essence d'une Constitution et à souligner les dérives du constitutionnalisme, générées par l'ingérence grandissante du droit au sein du débat politique (**A. La Constitution, norme refuge**) et par l'interdépendance des Etats (**B. La Constitution, norme standard**). La Constitution, symbole idéal de l'identité et de la souveraineté d'une communauté politique restée dynamique, perd de sa spécificité et de sa force symbolique. L'insistance du Conseil constitutionnel à mentionner l'« identité constitutionnelle » de la France est - en ce sens - symptomatique de ce phénomène ; car ce concept - loin de constituer un rempart efficace contre le relativisme constitutionnel - en constitue l'aveu.

A. La Constitution, norme refuge

La Constitution n'est plus tant la norme source que la norme refuge, à cela une raison mécanique, liée au fait qu'elle est originellement la loi fondamentale. En effet, dans la mesure où elle ne saurait - noblesse oblige - être amendée avec la légèreté d'une loi (à la majorité simple), il convient de la protéger des foucades et autres caprices du temps et des hommes en limitant les possibilités (pour ne pas dire les risques) d'être modifiée. Les mécanismes d'amendement sont stricts et requièrent le plus souvent de la part du Constituant l'obtention d'une majorité qualifiée. Ce quasi verrou institutionnel laisse ainsi suggérer que la Constitution garantit une certaine sécurité juridique à même d'encadrer l'action de l'Etat et de ses institutions. Mais c'est là qu'intervient, singulièrement en France, un nouveau paradoxe. En dépit de règles contraignantes aux fins d'amendements constitutionnels (art. 89 de la Constitution de 1958), le texte est régulièrement modifié, et ce à un rythme de plus en plus soutenu. Car loin d'échapper aux lubies du moment, le Constituant se laisse souvent porté par les émotions et les vents dominants. Les représentants sont de fait tentés, à l'heure de la démocratie d'opinion, d'utiliser la Constitution comme outil de communication politique.

Autres avantages, non des moindres, ces réformes si spectaculaires soient-elles ne coûtent rien à la collectivité et instillent l'idée que nos dirigeants sont dans l'action.

Pour justifier ces « réformes », leurs promoteurs parlent alors « d'avancées », de « modernisation » ou « de progrès » ; puisque la valeur, le principe ou tout simplement la disposition nouvellement adoptée ne pourra, sous peine d'inconstitutionnalité, être violée par la loi. Nous voilà saufs ! Or donc si la loi, le règlement ou un principe général du droit ne suffit pas - ou plus - à assurer la sécurité juridique ; qu'à cela ne tienne la Constitution y pourvoiera.

Cette inclination est cependant source de dangers car elle est un authentique appel d'air à revendications. Les groupes professionnels et associations exercent ainsi d'amicales

pressions pour que la Constitution tienne compte de leurs intérêts et préoccupations ; d'autant qu'un amendement suggéré mais intégré dans le corpus constitutionnel vaut consécration et reconnaissance du bien fondé de la cause. La Constitution ne fait que prendre acte bien souvent de revendications largement consensuelles mais aussi de principes juridiques par ailleurs consacrés (la loi constitutionnelle de 2007 qui interdit, en France, la peine de mort). C'est l'enchaînement de constitutionnalisations par le bas (ou par capillarité) et par le haut (tirées de nos obligations internationales). Ce n'est plus la Constitution qui est à l'origine du principe, mais le principe juridique à l'origine de l'amendement constitutionnel ou de sa consécration par le juge constitutionnel (le principe de précaution est tiré d'une loi inspirée du droit communautaire).

Ces réformes constitutionnelles, aussi symboliques soient-elles à leur origine, ont néanmoins des effets juridiques. La Constitution devient alors une norme refuge qui, à mesure de son extension, limite d'autant l'action du politique. A croire que l'étendue du champ constitutionnel tend vers plus l'infini. A ce rythme, les animaux bénéficieront bientôt de droits constitutionnels ; pour autant soyons lucides ! Le Constituant ne fait qu'ajouter des préceptes gonflant la Constitution - telle la grenouille déployant sa gorge devant le boeuf ; cependant qu'il se refuse à « déconstitutionnaliser », mesure ô combien infamante qui reviendrait à précipiter la disposition ainsi déclassée du Capitole vers la roche tarpéienne. Impensable !

Dès lors qu'un objet (principes, droits, valeurs, obligations, institutions...) est constitutionnalisé il apparaît que son retrait est tabou, laissant suggérer que la Constitution est une sorte de sanctuaire dans lequel il convient de déposer la mesure si l'on veut qu'elle soit protégée. Ce qui accrédite également l'idée que la loi - expression de la volonté générale - n'est plus efficiente et que le législateur est un incapable au sens juridique du terme. On nage ainsi en pleine schizophrénie en ce sens que le législateur et le Constituant sont souvent les mêmes.

Les nouveaux préceptes constitutionnels participent en somme de la *doxa*, d'un dogme qui ne saurait être remis en question par nos représentants présents et à venir. Les démocraties dites libérales négligent toutefois leur spécificité originelle, laquelle consistait à laisser s'exprimer toute sorte d'opinions puis, au final, à trancher la question. « *S'il y a une étoile fixe dans notre constellation constitutionnelle, c'est qu'une autorité, importante ou insignifiante, ne peut prescrire ce qui sera orthodoxe en politique [...]* » (*U. S. Supreme Court 319 U.S. 624, West Virginia State Board of Education v. Barnette et al. No. 591, 1943*).

Alors que la Constitution était censée faciliter l'expression de la communauté politique et sa capacité à trancher, elle devient prétexte à censures et autres ingérences. Ces dérives constitutionnelles étouffent l'espace politique et si l'on n'y prend pas garde : la Constitution, norme symbole, norme émancipatrice d'une communauté politique (s'il en est) deviendra la citadelle de tous les conservatismes. Nous sommes, en effet, plus tournés vers la réaction que vers l'action et les politiques publiques risquent d'en pâtir. La complexité des textes constitutionnels est prétexte à diverses interprétations, le législateur est tenté de s'autocensurer car il pressent que telle disposition est susceptible d'être sanctionnée. Il est même difficile d'augurer, par exemple, des décisions du Conseil constitutionnel. Censure, pas censure ? Réserve d'interprétation... Nous assistons bel et bien à une montée en puissance de l'incertitude constitutionnelle. La Constitution est désormais interprétée, telle une table des lois et devient une affaire de spécialistes, c'est-à-dire d'exégètes et de « téléologues ». Qu'un constitutionnaliste français apte à justifier le maelstrom des dernières décisions du Conseil constitutionnel me jette la première pierre.

Tout cela en vérité montre que nous avons perdu le sens de ce qu'est une Constitution, de

sa raison d'être, de sa finalité intrinsèque. Nous nous intéressons davantage à son contenu et aux conséquences juridiques de ses dispositions au lieu d'envisager son étude d'un point de vue plus global. Nous autres juristes avons une part de responsabilité dans cette dérive. Nous privilégions une approche essentiellement technique et normativiste. Certes nous signalons parfois des incohérences, des redondances mais nous en tirons rarement les conclusions. Nos doutes, nos critiques sont quasiment inaudibles tandis que notre foi dans le droit constitutionnel nous a emportés. Croire que la constitutionnalisation est une solution implacable est un leurre. Le droit constitutionnel ne s'enrichit pas à accroître son espace. Il éloigne à l'inverse les sujets principaux de ce droit, c'est-à-dire les citoyens de la loi fondamentale, devenue absconse.

L'effort de rationalisation du droit - via la Constitution - est assurément nécessaire, bien que par nature sclérosant pour l'action politique et l'imagination. Ni omnisciente ni omnisciente, la Constitution se doit de laisser respirer la communauté politique.

La quête d'une Constitution parfaitement rationnelle est donc bien illusoire. D'aucuns ont ainsi tenté de rédiger une Constitution européenne répondant à leurs aspirations individuelles et collectives, à l'image de la Commission Pénélope (instituée par la Commission de Bruxelles) ou de Robert BADINTER ; exercice vain puisque les citoyens européens n'en demandaient pas tant. Ce n'est pas tant la raison (notion, en réalité, subjective) qui guide les peuples à accepter une Constitution qu'une adhésion à l'idée qu'ils s'en font. C'est pourquoi les écarter du processus constituant est un non sens. Ce n'est pas sans rappeler la situation absurde que dénonçait, avec ironie, le dramaturge Bertolt BRECHT, dans l'ex-RDA : « *Le peuple, par sa faute, a perdu la confiance du gouvernement, Et ce n'est qu'en travaillant dur, Qu'il pourra la regagner. Dans ce cas, ne serait-il pas plus simple pour le gouvernement de dissoudre le peuple et d'en élire un autre* » (extraits du poème *La solution*).

La Constitution est sans conteste nécessaire pour structurer un Etat et son droit au service d'une nation. L'aspiration à un texte rationnel est légitime et constitue un progrès. Cependant elle doit aussi être une réflexion de l'image que le corps politique a de lui-même. Si l'on suit la logique de la raison pure, il n'existerait qu'une seule Constitution possible, en quelque sorte une Constitution idéale, universelle que l'on pourrait reproduire dans tous les pays. Or une Constitution, qui se veut effective et non de pure forme, doit être le reflet de la nation et ainsi être dotée d'une identité propre. Pourtant les Constitutions les plus récentes répondent bien souvent et davantage aux aspirations de ce que l'on appelle - sans vraiment bien la définir - la « communauté internationale » qu'à celles des communautés politiques concernées. La Constitution, en d'autres termes, se standardise sur le modèle occidental.

B. La Constitution, norme standard

Il est clair que pour les nations démocratiques et libérales, la Constitution (malgré ses imperfections et ses compromis...) est un vecteur de progrès. La foi en ses vertus s'est mue en un message messianique, et ce à travers le monde. Les démocraties libérales assises sur une Constitution et une déclaration de droits sont devenues des références, des sources d'inspiration pour d'autres nations. Nous assistons, notamment depuis la décolonisation, au mimétisme institutionnel, phénomène amplifié par la chute du bloc communiste.

Car les nouveaux Etats (ou tout simplement les nouveaux régimes) savent que leur crédibilité et leur légitimité sur la scène internationale dépendent pour partie du contenu de leur Constitution. Leur reconnaissance au sein de la société internationale ainsi que leur

éventuelle participation à une organisation internationale peuvent être conditionnées par les garanties constitutionnelles. Les pays d'Europe centrale et orientale, candidats à l'adhésion à l'Union européenne et au Conseil de l'Europe, ont ainsi dû tenir compte des exigences démocratiques et libérales de ces deux organisations continentales. Pour ce faire, ils se sont adjoints les services d'experts internationaux afin de préparer leur projet constitutionnel. La Commission de Venise, sous l'égide du Conseil de l'Europe, a envoyé sur place nombre de constitutionnalistes occidentaux afin d'y promouvoir, entre autres, le respect des droits et libertés individuels mais aussi les droits des personnes appartenant à des minorités. Certains de ces juristes ont même assisté les nouvelles cours constitutionnelles. De ce fait, le droit constitutionnel comparé a exercé une influence indéniable tant sur la structure de ces Constitutions que sur leur contenu (forme de l'Etat, séparation des pouvoirs, droits et libertés, institutions de promotion de la démocratie...). Bien qu'il ne s'agisse pas de simples « copier-coller » (ce qui serait très exagéré), ces Constitutions suivent toutefois un cadre, un canevas, les singularités constitutionnelles s'estompant du fait de l'interdépendance des Etats. Ce messianisme constitutionnel a probablement accéléré le processus d'intégration au sein d'une Europe démocratique et pacifiée, pour autant saura-t-il contenir de manière durable les crispations identitaires ? Nous ne pouvons que l'espérer.

Quant aux Constitutions des Etats dont le territoire est encore occupé par des forces militaires étrangères, elles semblent des plus relatives. Ce ne sont, en effet, que des Constitutions symboliques dont l'effectivité juridique est proche de zéro. Qui peut ainsi sérieusement soutenir que des Etats, comme l'Irak et l'Afghanistan, sont dotés d'une Constitution reflétant la souveraineté recouvrée d'authentiques Etats de droit ? Alors que les gouvernements sont incapables de contrôler la totalité des territoires et que l'insécurité y règne en maître. Les Constitutions des Etats en proie à la guerre civile ne sont donc que des artifices censés rassurer la communauté internationale, les étudier sans prendre en considération les données politiques et l'ingérence internationale ne serait qu'un pur exercice de style. Il serait également vain de croire que la Constitution a, de par sa simple édicition, la faculté de changer les nations ; c'est au contraire aux nations devenues libres qu'il revient de changer la Constitution.

Qu'en est-il plus largement des Constitutions pseudo-démocratiques ? Des régimes autoritaires ou corrompus n'ont aucun scrupule à laisser croire que la liberté ou l'égalité ont une valeur constitutionnelle et que les élections y sont libres et transparentes. Cela participe de la propagande politique la plus éhontée. L'illusion constitutionnelle est, en ce sens, un outil de communication redoutable ; car c'est aux opposants d'apporter la contradiction et de prouver la vacuité de ces dispositions.

Si, à l'inverse, les régimes assument leur caractère autocratique, inégalitaire ou théocratique... dans leur Constitution, leurs opposants libéraux et/ou démocrates pourront davantage structurer leurs discours et leur combat politiques. Leur lutte pour la reconnaissance de droits civiques et politiques... pourra plus facilement asseoir à terme la démocratie. C'est aux peuples de trancher en s'émancipant, si possible sans le concours pressant de puissances étrangères. La Constitution sud-africaine, au temps de l'*apartheid*, reposait clairement sur une vision rétrograde d'inégalités fondées sur l'existence de « races », et c'est en réaction que l'ANC et d'autres mouvements politiques ont pu jeter les fondements d'un nouveau régime démocratique, c'est-à-dire s'appuyant véritablement sur la volonté du peuple et sur l'idée « d'un homme, une voix ». La démocratie n'est pas seulement un discours (statique), c'est aussi un combat permanent (dynamique).

Enfin dernier phénomène explicatif de la standardisation des Constitutions contemporaines et de leur relativité, le poids de plus en plus prépondérant du droit international, en particulier communautaire, dans les ordres juridiques internes. Les

obligations internationales ne cessant en effet de croître, elles multiplient d'autant les risques de contrariétés à la Constitution. Le contrôle de conventionnalité a justement pour fonction de veiller à leur compatibilité et à la cohérence du nouvel ordonnancement juridique. La Constitution française n'a cependant pas reconnu de manière formelle la suprématie du droit communautaire. Or lorsque le juge constitutionnel estime qu'il y a contrariété entre le traité et la Constitution, le Constituant prend acte et décide toujours – non pas de refuser de ratifier le texte, ce qui est son souverain droit (certes non une obligation) – mais d'amender la Constitution aux fins de ratification. Depuis 1992, les révisions constitutionnelles en ce sens se sont multipliées, laissant suggérer toute la relativité de notre loi fondamentale et sa place dans la hiérarchie des normes. La transposition des directives communautaires est, quant à elle, devenue une exigence constitutionnelle (sauf disposition expresse de la Constitution).

Cependant s'il existe une Constitution écrite qui échappe à ce relativisme constitutionnel ambiant, c'est bien celle des Etats-Unis d'Amérique. Ce n'est pas un hasard. Sa souplesse, sa brièveté, ses ambiguïtés rédactionnelles mais aussi l'absence de prétention du Constituant fédéral à vouloir tout régler expliquent ce phénomène, de même que son invocation régulière devant un juge de droit commun qui la rendue si familière. Elle n'est donc pas simplement une affaire de spécialistes. Les justiciables y sont littéralement attachés et sensibles. N'oublions pas enfin que c'est également au prix du sang versé, lors des guerres d'indépendance et de sécession, que la Constitution étatsunienne est devenue et restée fondamentale et suprême. Depuis plus de deux cents ans, elle demeure ainsi une référence absolue pour les citoyens, les résidents et les candidats à la naturalisation. Et c'est bien parce que c'est une norme qui résonne qu'elle apparaît comme un symbole à part entière de l'unité et de la souveraineté nationales, dont la version originelle, au côté de celles de la Déclaration d'indépendance et du *Bill of Rights*, est présentée au public aux Archives nationales à Washington *D. C.* Or la Constitution ne saurait demeurer une pièce de musée. Symbole de sa longévité et de son dynamisme, le fameux voilier l'*USS Constitution* suit sa course, depuis 1794. *Fluctuat nec mergitur !*

Conclusion. Si la Constitution ne peut être exclusivement envisagée en tant que norme ; elle ne saurait non plus être exclusivement envisagée en tant que symbole. Elle se doit par conséquent d'être appréhendée, dans son ensemble, comme la norme symbole de l'identité et de la souveraineté d'une communauté politique donnée. Notre discipline, le droit constitutionnel, se doit ainsi d'être plus ouverte, plus éclectique. Elle doit tenir compte des aspects politiques, internationaux, sociaux, historiques, géographiques, éthiques, anthropologiques, symboliques... et bien évidemment juridiques. Le positivisme a certes une place privilégiée dans la recherche juridique et l'enseignement du droit constitutionnel, mais ne saurait être l'unique prisme de compréhension de cette norme symbole - de ce phénomène, à la fois spécifique et universel, appelé Constitution.