

competition among political powers. A constitution may well be considered to be some sort of a peace-treaty concluded by and between social forces or political powers which have been at war with one-another. Very often, however, it leaves room for a continuing competition of adversary powers, though now within the boundaries of law. And it is precisely this quality which makes for constitutional life and which makes the constitution an incentive and a barrier to political life. I have always felt the conventional "liberal" definition of a constitution serving as a "imitation of power" to be somewhat unsatisfactory. This definition obviously keeps one very unique historical constellation, as it were, petrified, namely the struggle of the liberal bourgeois movement with the "absolute" power of the prince which the liberals wanted to "imitate" by imposing a constitution upon it. But even this could not have succeeded unless the shibboleth of the "constitution" had been backed by some other power, in this case revolutionary in essence. At the same time, the princely power would not have been limited, at all, unless there was some other power formally established, under the constitution, that would match it. Never is there only one power or, mass of power which is going to be "limited" by force of a constitution as such but, rather, there are powers fighting each-other or, at any rate, competing with each-other and the constitution is as efficient as it serves to settle the fight and the competition in the way of building institutions and stating procedural rules of power-relations. This concept of the meaning of a constitution (which requires, of course, further elaboration) has, incidentally, perhaps the additional advantage of bringing political science more in accordance with general constitutional history than the "imitation-of-power" — concept is able to do. But here begins a different chapter of political theory.

DOLF STERNBERGER,

Professeur à l'Université de Heidelberg.

Sergo Lotta (1920-2009)

### VIII

#### LA NOTION DE CONSTITUTION DANS SES RAPPORTS AVEC LA RÉALITÉ SOCIALE

1. Qu'est-ce qu'une constitution ? Pour répondre à cette question, qui est le thème du présent colloque, il me paraît utile de prendre comme point de départ de mes considérations la doctrine pure ou normative du droit de M. Hans Kelsen. Il est bien connu que M. Kelsen identifie l'Etat et droit, dans le sens que tout Etat est un ordonnancement juridique, et que, par conséquent, il applique à l'étude de l'Etat la même méthode pure ou formelle dont il se sert pour l'étude du droit. Ceci dit, rappelons la définition kelsenienne de la constitution. Dans sa *General Theory of Law and State*, M. Kelsen affirme : « la constitution est formée par l'ensemble des normes qui régulent la création des normes juridiques générales et, en particulier, la création des lois formelles (*statutes*) » (1).

La définition que je viens de citer nous offre ce que M. Kelsen appelle la notion *matérielle* de constitution, considérée comme « la base de l'ordre juridique national » (2). Les normes qui forment une constitution peuvent être écrites ou coutumières. Dans le premier cas elles peuvent être ou réunies et coordonnées

(1) *General Theory of Law and State*, Cambridge Mass., 1949, p. 124.

(2) *General Theory*, cit., p. 258.

dans un texte unique, dans une charte (qui s'appelle alors *constitution formelle*), ou dispersées dans plusieurs textes législatifs qui s'échelonnent dans le temps. Quoi qu'il en soit de ces distinctions élémentaires, que j'ai rappelées ici au seul but d'éviter de possibles équivoques terminologiques, un fait est certain, savoir que, d'après M. Kelsen, nous avons une constitution toutes les fois que nous nous trouvons en présence d'un ensemble de normes qui régulent la fonction législative, ou plus en général, qui créent les organes étatiques supérieurs et en délimitent les fonctions.

Il convient tout de suite de souligner que, d'après M. Kelsen, les normes — quelle que soit leur nature, qu'elles soient écrites ou coutumières, réunies dans une charte ou dispersées en différents textes législatifs — forment une constitution indépendamment du système socio-politique qu'elles établissent. C'est uniquement leur finalité et leur résultat, considérés d'un point de vue formel (la création d'un ordre étatique *quel qu'il soit*, et non pas de tel ou tel autre type d'ordre étatique), qui en font une constitution aux yeux de M. Kelsen. Il y a donc constitution dans une monarchie d'ancien régime tout comme dans une monarchie dite constitutionnelle, dans une tyrannie comme dans une démocratie des temps passés, et, de nos jours, dans un état totalitaire comme dans une démocratie libérale. Tout État s'identifiant avec son ordonnancement juridique (1), il ne peut y avoir d'État sans constitution, quel que puisse être le jugement de valeur qu'on prononce sur celle-ci.

Nous sommes, de toute évidence, en présence d'une notion de constitution inspirée au positivisme juridique le plus rigoureux, dans le sens que cette notion se rapporte exclusivement au droit positif, ce qui lui permet (et c'est son avantage) de rendre compte avec impartialité de toute organisation étatique. Et puisque le droit s'identifie pour M. Kelsen avec les normes, sa conception

(1) *General Theory*, cit. p. 181.

de la constitution se présente comme *normative*. Mais le normativisme kelsenien, rappelons-le, a un caractère particulier : il est *formel*.

Ce formalisme se manifeste sous deux aspects principaux et complémentaires. Premièrement, du point de vue de la définition de la norme, il implique que pour qualifier de juridique une norme il faut uniquement établir si elle correspond à une certaine structure logique, celle de l'impératif hypothétique : si A est, B doit être ; proposition dans laquelle A représente la condition et B la conséquence imputée à la condition. Deuxièmement, du point de vue de l'ordonnancement juridique, le formalisme implique que le fondement de validité d'une norme est une norme supérieure qui en établit les modalités de production et en délimite le contenu possible. De palier en palier, on remonte ainsi jusqu'à une norme-base (*Grundnorm*) qui est le fondement de validité de toute norme de l'ordonnancement. Le système juridique se présente ainsi comme un système dont l'unité est garantie par le respect du principe de délégation dans la production des normes, principe établi par la *Grundnorm*, quel que puisse être le contenu des prescriptions normatives. Il s'agit donc d'une unité *formelle*.

Par ce formalisme, le positivisme normatif kelsenien se distingue du positivisme juridique sociologique. En effet, pour celui-ci le droit en général, et la constitution en particulier, est représenté par la structure sociale effective, dont les normes juridiques ne sont que l'expression extérieure, la superstructure cristallisée et, par là, toujours imparfaite et inadéquate (1). Tout au contraire, le positivisme formaliste de M. Kelsen exclut délibérément d'une connaissance scientifique du droit (et donc aussi de la constitution) toute référence au contenu social, sous peine de sortir du plan juridique et de tomber ou dans le socio-

(1) Qu'il suffise de rappeler la conception du droit comme « symbole visible » de la « solidarité sociale » d'Emile Durkheim (*De la division du travail social*, Paris, 1893, p. 66) et la notion de « droit objectif » de Léon Duguit.

logisme ou bien dans une idéologie plus ou moins entachée de jurnaturalisme. Qu'on se rappelle la critique adressée par M. Kelsen au solidarisme social de Léon Duguit (1). Ce sont donc seulement les normes, considérées dans leur structure et leur cohérence formelle, qui forment une constitution, et non pas la réalité sociale, qui, d'ailleurs, serait intégralement résorbée dans les normes.

En conclusion, la définition kelsenienne de constitution se présente comme : 1) *normative* (ne considérant que les normes constitutionnelles positives) ; 2) *formelle* (ne tenant compte que de leur conformité au principe de délégation établi par la *Grundnorm*) ; 3) *descriptive* (ne leur prescrivant aucun contenu). Ce sont là trois qualités qui s'intègrent parfaitement entre elles. Examinons maintenant une autre définition de constitution, non plus d'un juriste cette fois, mais d'un philosophe de la politique : celle de M. Friedrich, qui peut être considérée comme exprimant d'une façon typique une tendance tout à fait différente, voire opposée à celle de M. Kelsen.

M. Friedrich propose deux définitions : 1) « en tant que procédé politique, la constitution peut être décrite comme l'ensemble des règles d'un jeu assurant le *fair play* », c'est-à-dire : « la technique qui permet d'établir et de maintenir un système de freins efficaces appliqués à l'action politique et gouvernementale » (2) ; 2) la constitution est « la décision fondamentale concernant la forme du Gouvernement », ou, ce qui revient au même, « la décision fondamentale qui assure l'organisation du Gouvernement » (3).

Ces deux définitions ne sont pas en contradiction, comme on pourrait le croire à première vue. En effet, la deuxième n'a pas

(1) *General Theory*, cit. p. 127.  
(2) *Constitutional Government and Democracy* (1950) que je cite de la trad. française *La démocratie constitutionnelle*, Paris, 1958, p. 64. Cf. aussi p. 72 où la Constitution est définie « un procédé politique invariablement orienté vers la technique permettant d'établir un système de freins efficaces ».  
(3) *La démocratie constitutionnelle*, cit. p. 72.

le sens formel qu'on pourrait lui attribuer. M. Friedrich se hâte d'en préciser ainsi la signification véritable : « nous pouvons dire, affirme-t-il, que toute constitution implique une décision de cet ordre relative à la forme du Gouvernement, mais non pas que toute décision de cet ordre implique une constitution ». Par un exemple particulièrement significatif, M. Friedrich éclaire pleinement sa position : « on ne peut, sans donner à ce terme une signification absurde, appeler constitution la résolution d'un tyran tout-puissant de maintenir sa tyrannie » (1). Par conséquent la deuxième définition ne peut être comprise que dans le cadre de la première ; de sorte que je serais tenté de les intégrer toutes les deux dans la formule suivante : « est constitution la décision fondamentale qui assure l'organisation du Gouvernement d'après un système de freins efficaces appliqués à l'action politique et gouvernementale ».

Nous sommes ici en présence d'une conception matérielle qui fait dépendre la qualité de constitution de l'assomption par les normes de certaines valeurs considérées comme essentielles. Dans cette perspective, le contenu de la constitution a une importance primaire et décisive, mais à la condition qu'il soit un certain contenu, axiologiquement déterminé. En conclusion, la conception de M. Friedrich se présente comme : 1) *matérielle* (parce qu'elle se base sur le contenu de la constitution) ; 2) *prescriptive* (ne se limitant pas à décrire ce qu'est une constitution, mais prescrivant ce qu'elle doit être) ; 3) *axiologique* (puisqu'elle base la prescription sur un système de valeurs). Nous pouvons observer, comme nous l'avons déjà fait à propos de la définition kelsenienne, que ces trois qualités s'intègrent parfaitement entre elles.

Si nous comparons maintenant les deux conceptions que nous venons d'exposer, nous pouvons constater qu'elles s'opposent de toutes pièces. Si l'une est formelle, descriptive et positive,

(1) *Loc. cit.*

l'autre est, respectivement, matérielle, prescriptive et axiologique. Du point de vue kelsenien, la position de M. Friedrich apparaît comme idéologique. D'ailleurs celui-ci ne s'en cache point, car sa définition de constitution se rattache ouvertement au constitutionnalisme, idéologie de nature libérale aux prémisses chrétiennes et jusnaturalistes, qui se propose d'assurer la liberté individuelle par un système de freins et de contrefreins (1). D'autre part, du point de vue de M. Friedrich, la conception kelsenienne, valable dans son contexte, est limitée et insuffisante car elle « ne tient compte de la fonction d'une constitution, de ce qu'elle est censée accomplir » (2).

Toutefois, malgré leur nette opposition, ces deux conceptions ont un point en commun : leur attitude négative à l'égard de la réalité sociale. Celle-ci n'est prise en considération, par rapport au phénomène « constitution », que dans la mesure où elle s'exprime en normes, pour M. Kelsen ; ou bien dans la mesure où elle correspond à certaines valeurs, pour M. Friedrich. Mais la réalité sociale en elle-même, dans toute sa complexité, qui englobe valeurs et non-valeurs, normes formelles et faits normatifs (pour me servir de l'expression de M. Gurvitch), idéologies et comportements, serait étrangère à la notion de constitution. C'est précisément sur ce point que je voudrais attirer l'attention, car il me semble que dans la réalité la constitution est composée d'éléments qui ne sont totalement réductibles ni à des normes purement formelles, ni aux seules valeurs « constitutionnalistes ».

2. Pour démontrer cette affirmation, il me paraît utile d'examiner séparément le cas de l'État et celui des groupes sociaux non étatiques, qu'ils soient inférieurs ou supérieurs à l'État (sociétés primitives ou communauté internationale), peu importe,

(1) Cf. *La démocratie constitutionnelle*, cit. pp. 25-33 et 68-71.  
(2) *Op. cit.*, p. 66.

car ces deux types de groupes non étatiques présentent des affinités remarquables entre eux, ainsi que M. Kelsen lui-même l'a très bien noté (1). Et commençons à examiner le cas de ces derniers.

Si la constitution, dans la signification la plus large du mot, exprime l'organisation d'un groupe social — ce dont il me semble difficile de douter — les groupes non étatiques ont sûrement une constitution. Elle ne sera certes pas consignée dans un document formel, ni souvent, même, dans un document écrit, mais il s'agira néanmoins d'une véritable constitution, d'une constitution matérielle. Or, le propre de la constitution de ces communautés, est précisément de n'être pas créée moyennant un acte défini et individualisé, voulu ou imposé aux associés par un individu ou un certain nombre d'individus (les Pères de la constitution de M. Kelsen, ou le « groupe constituant » de M. Friedrich). Bien au contraire, la constitution est créée par le groupe tout entier des associés moyennant le processus, à la fois spontané et imitatif, du comportement du groupe, qui donne lieu à une habitude ; cette habitude se fige finalement en une tradition immémoriale, dont la pression s'apparente au déterminisme naturel, ainsi que Bergson l'a souligné avec tant d'efficacité (2). Dans ces cas-là, la constitution n'est que l'ordre social réel et effectif du groupe, et entre les deux phénomènes s'établit une identité complète. Toute violation de l'ordre social est en même temps une violation de la constitution et *vice versa*.

Si ce tableau, tout rapidement brossé qu'il soit, est exact, il me paraît évident que ce rapport d'identité entre constitution et ordre social peut être légitimement exprimé en termes généraux et formalisés (ainsi d'ailleurs que j'ai cherché à le faire), c'est-à-dire en termes susceptibles de s'adapter aux différentes expressions constitutionnelles concrètes et historiques, de tel ou tel

(1) *General Theory*, cit. pp. 338-340.

(2) Cf. *Les deux sources de la morale et de la religion*, chap. I.

autre ordre social. Mais il ne me paraît pas possible en ce cas de parler d'une conception purement formelle de la constitution excluant toute référence à son contenu, à l'ordre social (quel qu'il soit). La constitution n'étant que l'ordre social, et un ordre social effectif et collectivement créé, il me paraît impossible de prendre connaissance et d'interpréter la première sans tenir compte du second. Par conséquent, dans le cas des communautés non étatiques, toute définition de la constitution qui ignore l'élément du contenu (l'ordre social effectif) me paraît insuffisante.

Mais, dira-t-on, cette constitution, toute strictement liée qu'elle soit au groupe et à l'ordre social, s'exprime néanmoins en normes, bien qu'en normes du type coutumier. Ceci est sans doute vrai ; toutefois, me semble-t-il, les règles coutumières ne tirent pas leur qualité de normes du fait d'être créées par une autorité spécialisée, distincte du groupe lui-même (et donc de leur conformité au principe de délégation pur et simple). Elles s'imposent comme règles de droit en vertu d'un processus logique et psychologique plus complexe. En effet, si des normes juridiques proprement dites (législatives et judiciaires), on peut dire *jus quia jussum*, des normes coutumières on doit dire *jus quia justum*, en entendant par *justum* ce qui paraît *tâ* à la communauté (1).

Effectivement les coutumes se forment et se conservent dans le temps en vertu du consentement social sur ce qu'il est bien de faire ou de ne pas faire, c'est-à-dire sur un jugement de valeur. C'est précisément du caractère général de ce consentement sur un jugement de valeur — qui à l'origine pourrait même avoir été psychologiquement imposé, mais qui par la suite a été graduellement assimilé au point d'apparaître naturel — c'est de ce consentement général, dis-je, que naît la conscience que le jugement de valeur n'oblige pas seulement l'individu qui l'a

(1) Cf. à ce propos les remarquables observations de R. HUBERT à p. 134 et ss. du volume collectif *Droit, morale, mœurs*, Paris, 1936.

formulé, mais les associés dans leur ensemble, puisqu'ils se trouvent unis à le partager. Les coutumes se présentent ainsi comme la généralisation, et dans la formulation et dans l'application, d'un jugement de valeur. De là naissent leur qualité et leur autorité normatives. Ce n'est donc pas par leur structure formelle, mais par la valeur qu'elles expriment, et par la généralité de l'adhésion qu'elles obtiennent, que les coutumes deviennent obligatoires et par là se présentent comme phénomènes juridiques.

Ainsi donc, la constitution à base coutumière des communautés non étatiques reproduit et suit dans ses mutations un ordre social de groupe dans lequel comportements, normes coutumières et jugements de valeur se trouvent intégrés entre eux d'une façon indissoluble. Par conséquent, elle ne peut pas être considérée exclusivement d'un point de vue purement formel, mais dans sa qualité de phénomène socio-culturel complexe. De plus, dans un ordonnancement juridique à création collective et spontanée, tel celui que nous examinons, l'unité du système est bien différente de celle envisagée par M. Kelsen, car elle peut être mise en lumière seulement à condition de suivre la logique des idées (c'est-à-dire des jugements de valeur) immuables au système lui-même et non pas grâce au simple contrôle du respect du principe de délégation. Il me semble donc que la conception kelsenienne ne nous offre pas un instrument pleinement satisfaisant pour saisir la réalité constitutionnelle des communautés non étatiques.

D'autre part, la conception de M. Friedrich, qui, elle, n'ignore pas le contenu axiologique de la constitution, ne semble pas se soustraire à toute critique ; fidèle à son inspiration idéologique et prescriptive, elle ne tient pas compte de toutes les valeurs sociales que le groupe exprime dans et par le comportement communautaire afin d'assurer son existence. Mais seulement de certaines valeurs privilégiées, bien qu'historiques et non pas abstraites, qui doivent s'imposer à la constitution produite spontanément.

3. Examinons maintenant le rapport État-constitution. Nous pouvons en distinguer trois types : 1) État à constitution formelle (c'est-à-dire non consignée dans une charte) ; 2) État à constitution formelle. Je me limiterai à examiner ce troisième type. Le premier, en effet, est plus théorique que réel et, d'ailleurs, ne présente pas de caractères originaux par rapport à la situation constitutionnelle des communautés non étatiques. Ce que je viens de dire à propos de celles-ci peut donc suffire. Quant au deuxième type, il représente un cas miroyen auquel les considérations que je ferai maintenant s'appliqueront tout naturellement.

Nous avons dit que dans les communautés non étatiques l'ordre social et la constitution coutumière s'identifient en vertu de leur spontanéité. Les choses semblent changer beaucoup lorsqu'on vient à considérer l'État à constitution formelle. En ce cas, la spontanéité cédant le pas à la création centralisée des normes par une autorité spécialisée, un décalage se produit entre l'essence et la constitution. La constitution, bien qu'exprimant celui-ci (1). En effet, à ce niveau d'organisation, l'ordre social est une réalité historique que la constitution reflète, mais à laquelle elle impose en même temps un certain plan de développement, un certain « devoir être », auquel sans doute la communauté n'était pas totalement étrangère, mais qui en général n'était encore ni pleinement accepté ni techniquement spécifié. C'est à cause de ce décalage que, les deux phénomènes de la constitution et de l'ordre social apparaissant distincts, on est porté à les considérer séparément, comme deux réalités susceptibles chacune d'une théorisation autonome. D'un côté une science de la forme et de l'autre une science du contenu, la première ne tenant aucun compte du comportement social, la

(1) Cf. sur ce point la distinction entre « constitution sociale » et « constitution politique » établie par M. G. Burdeau dans son *Traité de science politique*, t. III, Paris, 1950, pp. 13-14.

Karl Marx

seconde ne tenant compte que de ce comportement et des valeurs qui lui sont immanentes.

Mais bien que ce décalage indéniable entre constitution et ordre social explique la formation de la conception formelle de la constitution, je crois que celle-ci reste insuffisante, ne couvrant pas toute la réalité constitutionnelle. En effet, une constitution étatique — même lorsqu'elle est consacrée dans une charte — ne me semble pas composée exclusivement par l'ensemble de ses dispositions normatives. A mon avis deux autres éléments, l'un antérieur et l'autre postérieur à la constitution elle-même, lui sont indispensables : 1) la tradition ; 2) le comportement effectif, premierement des organes gouvernementaux et, secondairement, de la société dans son ensemble. Ces deux éléments — qu'il est souvent malaisé de distinguer dans la réalité à cause de leur interaction et de leur enchevêtrement — n'ont plus la position déterminante qu'ils avaient dans le cas des communautés non étatiques, vu le décalage qui se produit entre constitution et ordre social, mais ils ne perdent pas pour cela toute leur importance. Examinons-les de plus près.

4. La tradition. A propos de cet élément il convient d'établir une distinction préalable entre une tradition d'idées et une tradition que je nommerai *institutionnelle*.

A) Considérons premierement la tradition d'idées (qui, lorsqu'elle assume un aspect strictement doctrinaire, peut être appelée tradition idéologique). A l'influence de cette tradition nulle constitution ne peut, à mon avis, se soustraire. En effet, une constitution ne surgit ni du néant ni entièrement de la tête d'un seul homme, telle Minerve de la tête de Jupiter. Les constitutions forgées de toute pièce par un théoricien faisant abstraction de l'histoire ne sont que des utopies. Dans la réalité, une constitution est toujours le résultat d'une certaine tendance historique plus ou moins générale, d'un climat d'opinion qui exprime plus ou moins intégralement les idées et la psychologie

B

FB

collective d'une communauté. On peut le constater même dans le cas des constitutions les plus radicalement révolutionnaires. Il suffit de penser aux constitutions de la Révolution française, préparées par les discussions demi-centenaires des « philosophes », ou à la constitution soviétique, dont la période de gestation est représentée par presque un siècle de débats philosophiques et politiques poursuivis par l'école et les mouvements marxistes.

Or la référence à ces tendances d'idées est indispensable non seulement pour offrir une explication historique de la formation de la constitution, mais aussi pour en saisir la nature réelle et même pour en interpréter, à leur juste valeur, les propres mots. Tout langage s'inscrit dans un contexte culturel historique qui le justifie et le rend intelligible. A ce sort n'échappe pas le langage juridique, bien que son caractère technique semble le soustraire à l'influence de l'histoire.

Mais alors, pour que les dispositions normatives d'une constitution acquièrent leur pleine signification, il ne suffit pas qu'elles soient harmonisées entre elles par le processus purement formel et logique de vérification de leur validité dont parle M. Kelsen. Il est en outre nécessaire, me semble-t-il, que cette harmonisation soit faite en tenant compte de la tendance historique qui offre le cadre, idéologique et sémantique, dans lequel la constitution s'inscrit. Citons, à titre d'exemple, le cas de l'Union Soviétique. On ne pourra rien comprendre à sa constitution effective si on néglige la théorie du parti-guide, dont l'art. 126 de la charte constitutionnelle n'offre qu'un bien pâle reflet. Nous avons ici le témoignage peut-être le plus frappant de l'influence constitutionnelle déterminante d'une tradition idéologique (largement appuyée d'ailleurs par une constante pratique gouvernementale), qui se développe d'une façon complètement autonome par rapport aux dispositions normatives de la constitution tant formelle que matérielle (au sens kelsenien).

Le cas du parti communiste soviétique, que nous venons de citer, nous amène à signaler un exemple plus général encore

d'influence idéologique sur les constitutions. Le silence des constitutions du siècle passé à propos des partis, malgré leur existence et leur importance toujours grandissante, me semble dû à l'autorité d'une tradition idéologique rationaliste qui, ravalant les partis au rang de factions, les considérait presque comme le plus grave des maux politiques. Tandis que leur position constitutionnelle de rouages indispensables de la démocratie n'a pu être consacrée, toujours dans le silence de la loi, que par le triomphe graduel de l'idéologie libérale et de sa conception dialectique de la liberté (1). Dans les deux cas, la constitution réelle apparaît bien différente de la constitution normative, et précisément en vertu de l'influence d'une tradition politique.

Un dernier exemple mérite d'être signalé. La position juridique et les pouvoirs du chef de l'État trouvent des limites, dans les démocraties parlementaires modernes, non seulement dans les différentes dispositions normatives qui les regardent, mais tout d'abord dans une tradition qui remonte au moins à George I<sup>er</sup> d'Angleterre et à son ministre Walpole, qui introduisit *de facto* la responsabilité du Cabinet devant la Chambre des Communes. C'est la tradition qui a pour devise le mot célèbre d'Adolphe Thiers : « le roi règne et ne gouverne pas », et qui s'est exprimée en des principes juridiques tels que l'irresponsabilité politique du chef de l'État et la nécessité du *contresing*. L'histoire pourrait nous offrir plusieurs témoignages contresing. L'histoire pourrait nous offrir plusieurs témoignages de l'influence constitutionnelle de la tradition. J'en citerai seulement deux. 1) La transformation de la monarchie piémontaise en monarchie parlementaire, au lendemain même de la promulgation du Statut de 1848 par le roi Charles-Albert, qui établissait une monarchie constitutionnelle; 2) L'instabilité (théorique, bien entendu!) de la position, à vrai dire singulière, du chef de l'État de la Ve République française, qui tend assez

(1) Sur ce dernier point je me permets de renvoyer à mon étude *Les partis et le pouvoir dans les théories politiques du début du XVIII<sup>e</sup> siècle*, in « Annales de philosophie politique », I : *Le Pouvoir* (Paris, 1956, pp. 91-123).

ouvertement vers un régime présidentiel ou — qui sait ? — vers une monarchie, précisément parce qu'elle contredit la tradition que nous venons de rappeler.

B) Considérons maintenant l'autre type de tradition, que j'ai appelée institutionnelle. Dans la réalité historique, chaque constitution se rattache, ou tout au moins succède, à une constitution précédente. Or, les institutions donnent aux idées et aux habitudes des associés un pli qui ne s'efface pas avec la disparition ou la transformation des anciennes institutions, mais se transmet aux nouvelles. Il se forme ainsi une tradition, plus particulière que la tradition idéologique dont je viens de parler, mais souvent plus tenace et plus efficace, qui contribue puissamment à définir et à délimiter, et quelquefois même à effacer, les dispositions abstraites des normes constitutionnelles.

Qu'il suffise de rappeler deux exemples qui nous sont offerts par la IV<sup>e</sup> République française. La Constitution de 1946 (art. 45) avait établi pour la nomination du président du Conseil une procédure en trois phases : 1) simple désignation par le chef de l'État ; 2) investiture de la part de l'Assemblée Nationale ; 3) nomination du président du Conseil et des ministres par le chef de l'État, qui ne faisait que ratifier la volonté de l'Assemblée. Cette procédure complexe avait deux buts : d'un côté limiter, en faveur de l'Assemblée, les pouvoirs du Président de la République (ce qui était tout à fait conforme à la tradition de la démocratie parlementaire), de l'autre côté rendre presque automatique la formation du Cabinet et lui assurer une plus grande stabilité. En effet, le président du Conseil étant déjà investi et son programme approuvé, la formation du Cabinet n'aurait dû être qu'une affaire purement technique, car le Gouvernement ne devait plus se soumettre à un nouveau vote de confiance, ainsi qu'il était prévu par le projet de la première Constituante rejeté en mai 1946 (1). Mais la réalité ne se conforma

(1) Art. 76-79.

pas au texte constitutionnel, et il arriva que la majorité formée autour d'un Président désigné et d'un programme, ne se retrouva pas toujours autour du Cabinet, dont la formation d'ailleurs avait souvent imposé la modification du programme initial. Dans la pratique, le Gouvernement était soumis à deux votes de confiance : l'un, prévu par la constitution, pour l'investiture officielle du Président désigné, l'autre, non prévu par la constitution, pour l'investiture effective du Cabinet. Eh bien, à mon avis cette transformation de la constitution de la IV<sup>e</sup> République (qui n'assura certainement pas la stabilité ministérielle) doit beaucoup à la tradition de la III<sup>e</sup>, qui, ignorant l'investiture du président du Conseil, ne prévoyait que le vote de confiance au Cabinet dans son ensemble.

C'est de nouveau l'influence de la tradition institutionnelle de la III<sup>e</sup> République qui éclaire un deuxième cas, que je rappellerai très rapidement : l'accroissement des pouvoirs du Conseil de la République. Je crois qu'on peut légitimement affirmer que celui-ci réussit à atténuer sensiblement de fait sa subordination constitutionnelle à l'Assemblée (avant qu'une révision de la constitution ne consacrerait la situation nouvelle), grâce à la tradition qui dérivait de la position paritaire des deux Chambres établie sous la III<sup>e</sup> République. Et d'ailleurs le Sénat de la III<sup>e</sup>, avait, à son tour, graduellement élargi dans cette direction les pouvoirs plus restreints que lui accordait la Constitution de 1875.

On pourrait, évidemment, affirmer que les modifications constitutionnelles dont je viens de parler sont dues à des normes coutumières, dans lesquelles seulement pourrait s'exprimer la tradition. Mais deux observations capitales, à mon avis, sont à faire à ce propos. En premier lieu, le peu de durée et l'instabilité de la vie constitutionnelle de la IV<sup>e</sup> République (phénomènes qui sont loin d'être exceptionnels dans notre époque historique) me paraissent peu favorables à la formation de normes coutumières dans le cadre exclusif de la Constitution de 1946. Pour pouvoir parler de véritables normes coutumières,



il faut recourir à une tradition de plus ancienne date qui dépasse cette constitution.

Mais en ce cas — et voilà ma deuxième observation — il ne faut pas oublier que les constituants de 1946 voulaient précisément s'opposer, par leur œuvre normative, au système précédent. Tendances d'ailleurs assez compréhensible et fréquente, car autrement à quoi bon une constitution nouvelle ? Mais alors, si les normes coutumières (qu'on pourrait envisager comme exprimant la constitution matérielle) se trouvent en désaccord avec la constitution formelle, l'unité systématique de la constitution, telle qu'elle est présentée par la conception formaliste, s'effondre faute de résoudre une telle contradiction interne. En effet, elle doit céder le pas à une conception qui reconnaisse la possibilité d'un dualisme inéliminable (bien que partiel) entre tradition et normes, et en admette la dialectique, ainsi que les vicissitudes de la IVe République nous l'indiquent d'une manière frappante.

Les observations que je viens de faire dépassent le cadre de la IVe République et peuvent être appliquées à la plus grande partie des régimes, où nous trouvons bien souvent les traces de l'influence d'une tradition tant idéologique qu'institutionnelle sur les institutions. Nous mettant sur ce plan plus général, je voudrais avancer encore quelques observations. En premier lieu, si nous admettons que la tradition s'exprime en normes coutumières, il me paraît évident qu'il est impossible de séparer celles-ci de celle-là. En effet, les normes coutumières acquièrent leur pleine signification seulement par leur rattachement à la tradition qui en représente le fondement. Mais ceci signifie que l'ensemble des idées, voire même l'idéologie qui forment une tradition, ont un rôle constitutionnel qu'on ne saurait ignorer (1).

(1) Dans le même sens cf. G. MORVATI, *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1940, pp. 87-88 et 184-187 ; S. ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1950, p. 143 ; F. PIERANDREAI, *L'interpretazione della costituzione*, in *Studi di diritto costituzionale in memoria di L. Rossi*, Milano, 1952, t. I, pp. 474-475 et 494.

D'ailleurs, on se rappellera que d'après la théorie kelsenienne l'efficacité d'une constitution est la condition fondamentale de sa validité.

Eh bien, il me paraît évident que la tradition et le comportement social sont précisément les éléments essentiels de l'efficacité. Dans cette perspective aussi se manifeste leur rôle constitutionnel, qui a une influence déterminante non seulement sur la vie entière de la constitution, depuis sa formation jusqu'à sa fin, mais aussi sur sa structure elle-même. Ce sont en effet la tradition et le comportement social qui, prenant les formes de l'efficacité ou de l'inefficacité, introduisent une nouvelle norme ou en font tomber une autre en désuétude, modifiant ainsi la constitution. Par conséquent, l'idéologie et les valeurs politiques qu'un groupe social accepte ou exprime, ne peuvent être considérées, à mon avis, dans la mesure où elles forment une tradition et orientent le comportement social, comme n'ayant aucun rapport avec la constitution, ainsi que l'affirme M. Kelsen.

Toutefois cette admission du rôle constitutionnel des valeurs ne doit pas être confondue avec la position axiologique de M. Friedrich (1), car elle se maintient sur le plan purement descriptif, refusant le plan prescriptif. En d'autres mots, il ne s'agit pas, à mon avis, d'exiger qu'une constitution, pour être telle, s'inspire à certaines valeurs considérées comme essentielles, mais simplement d'admettre que les valeurs politiques ont une part non négligeable dans la formation et dans le développement de la constitution.

En second lieu, on peut observer que bien souvent (et les exemples historiques que j'ai cités le montrent assez) la tradition capable d'introduire des modifications constitutionnelles est une tradition commune à toute une aire de civilisation et à toute une époque historique ; elle n'est pas limitée à tel ou tel

(1) Position dont je suis loin de nier l'importance pour la philosophie politique et pour l'avènement de la démocratie.

État. Ainsi le niveau structurel qui représente le cadre essentiel des normes juridiques (le groupe organisé, l'État) se trouve largement dépassé, sans toutefois qu'on puisse rapporter ces traditions à la communauté internationale ou à des organisations supranationales. Mais alors on peut désigner ces traditions par le nom de normes coutumières à la seule condition de donner à ce terme une signification non technique. Il s'agira, par exemple, des coutumes de la *Respublica christiana*, ou des démocraties libérales, ou des pays communistes, etc., c'est-à-dire non plus de normes coutumières au sens propre du mot, mais, rigoureusement parlant, d'idéologies ou de conceptions du monde communes. En tout cas, il s'agit de phénomènes que la conception formelle de la constitution n'est pas en condition d'encadrer et, de toute façon, qu'elle refuse de prendre en considération.

5. Il nous reste maintenant à examiner l'autre élément non formel de la constitution que j'avais indiqué : le comportement effectif des organes étatiques et du corps social tout entier. D'après la doctrine kelsenienne, l'action des individus qui sont organes de l'État est imputée à l'État lui-même lorsqu'elle est conforme aux dispositions normatives. Cela correspond à la vérité, mais, à mon avis, pas à la vérité tout entière. Autrement, comment pourrait-on admettre la légalité des situations que je viens de citer ? Au niveau constitutionnel tout au moins, ce serait fermer les yeux à la réalité que nier la possibilité qu'ont de facto les organes politiques de l'État, et la communauté dans son ensemble, d'agir sans se conformer à de simples dispositions normatives (1). C'est évidemment une question de mesure, car autrement toute action anticonstitutionnelle serait légitimée

(1) Tout en soutenant avec force la thèse de la subordination de la coutume constitutionnelle à la constitution formelle, M. G. BURDEAU admet lui aussi que « à de très rares exceptions près, le régime politique effectivement en vigueur dans un État ne reproduit que d'une façon très infidèle le modèle inscrit dans la constitution » (Traité cit., t. III, p. 281 ; cf. aussi p. 286).

d'avance. Toutefois on peut observer que cette possibilité de ne pas appliquer effectivement des normes constitutionnelles ren-contre en fait ses limites plutôt dans la tradition et dans les principes politiques d'une communauté que dans sa constitution formelle.

L'exemple peut être plus frappant et plus général de l'importance constitutionnelle du comportement effectif — qui à son tour est l'expression d'un certain ordre politico-social — nous est offert encore une fois par le rôle dominant des partis dans la vie politique moderne. Qu'il suffise d'indiquer la nouvelle forme qu'ont assumée en plusieurs régimes parlementaires actuels les crises ministérielles. Bien souvent ce n'est plus le vote constitutionnel de méfiance du Parlement qui fait tomber le Cabinet : celui-ci démissionne lorsqu'il n'a plus la confiance de son parti ou d'un parti de la coalition qui le soutenait. C'est ce qu'on appelle, d'un ton de blâme, les crises extraparlémentaires, qui ne sont certainement pas prévues par les constitutions. Mais dans la réalité de la vie constitutionnelle elles se réalisent régulièrement, on ne saurait le nier. Qu'on se rappelle le cas de la Tchécoslovaquie d'entre les deux guerres, ou ceux de la IV<sup>e</sup> République et de la République italienne. Et c'est une pratique constitutionnelle qui correspond parfaitement à la nouvelle structure effective du pouvoir. La position déterminante des partis dans le processus de formation de l'opinion publique et par là leur influence déterminante sur l'élection des représentants en régime de suffrage universel, implique pratiquement la subordination des groupes parlementaires aux partis. Dès lors il paraît absurde qu'un groupe parlementaire fasse tomber de sa propre initiative un gouvernement qui jouit de la confiance du parti. Seule une décision préalable des organes du parti (ou une scission à l'intérieur de celui-ci) peut provoquer en général le retrait de la confiance.

Un autre cas sur lequel je voudrais attirer l'attention, est celui qu'on a par la suite pudiquement appelé le « culte de la

personnalité, ». Il me paraît indiscutable que la constitution soviétique de l'époque stalinienne est incompréhensible si on ne conforme au « culte de la personnalité ». Ce cas me semble particulièrement intéressant, parce qu'il indique que le comportement effectif des organes étatiques, lorsqu'il est suivi et régulé, a la capacité de modifier visiblement et systématiquement non seulement les normes en vigueur, mais aussi la tradition idéologique du régime. Car il y a incompatibilité, me paraît-il, entre le « culte de la personnalité » et la doctrine soviétique du centralisme démocratique.

Certes, on pourrait observer que le comportement social n'est pas à lui-même une norme (puisque c'est un fait), mais plutôt la source et le fondement de normes coutumières. La question est délicate et mériterait de plus amples développements. Je me limiterai à rappeler ce que j'ai déjà dit précédemment, à savoir que le comportement social ne peut être précédemment uniforme et régulier (se transformant ainsi en coutume) que si un jugement de valeur généralisé lui est immanent (1). En ce cas, être et devoir être, comportement et prescription se trouvent indissolublement unis. Mais même si on n'accepte pas ce point de vue, le fait reste que la production des normes coutumières se fait par des modalités qui ne sont pas prévues par les dispositions constitutionnelles, et que ces normes agissent, ou peuvent agir, dans un sens contraire au droit en vigueur. Mais alors l'unité formelle de la constitution, considérée comme un système logique dérivant d'une norme fondamentale, est rompue. On ne peut la maintenir qu'en postulant la présence dans la constitution d'une disposition autorisant la création de normes constitutionnelles par une coutume, même si elles peuvent se trouver en contraste avec le système normatif de la constitution. C'est ce qu'affirme

(1) Cf. à ce propos V. GUERL, *Elementi di una dottrina dello Stato e del diritto*, Roma, 1959, pp. 466 et 491-492.

M. Kelsen (1). Mais à ce prix-là, si on reste fidèle à une conception formelle du droit, l'unité de la constitution n'est plus qu'une fiction, et le postulat qui la permet est tout à fait arbitraire. Il me semble logiquement plus correct, et objectivement plus exact, admettre que l'unité de la constitution est une unité historique et dialectique (et par là réelle) de normes législatives et de traditions et comportements normatifs, c'est-à-dire unité entre un élément formel et un élément matériel.

D'ailleurs, on ne peut pas oublier que, tout au long de l'histoire, le juriste ne s'est pas limité à présenter et à interpréter la structure logico-formelle des normes, mais qu'il a aussi continuellement analysé le rapport entre la règle et le réglé, c'est-à-dire le rapport entre les normes et la réalité sociale. C'est précisément de celle-ci que, par exemple, les grands légistes du Moyen Âge ont dégagé les structures constitutionnelles des États qui se formaient à l'intérieur du Saint Empire en flagrant contradiction avec son ordonnancement juridique formel.

Tirons nos conclusions. Tout ce que je viens de dire à propos de l'influence constitutionnelle de la tradition et du comportement social confirme, me semble-t-il, d'une façon assez nette, par la leçon de l'expérience, ce que j'avais avancé au début, à savoir l'insuffisance d'une notion purement formelle de la constitution. Au-delà des normes, sur le plan de la réalité historique, l'ordre social, par les idées et par les faits, impose son autorité, qui à un certain niveau est juridique et non pas purement politique ou idéologique. Il s'agira d'habitude d'une autorité complémentaire, supplétive par rapport à celle des normes formelles, mais souvent aussi d'une autorité innovatrice et modificatrice. L'ignorer signifie présenter un tableau partiel et incomplet de la constitution. En tenir compte ne signifie pas, toutefois, adopter le point de vue prescriptif ou axiologique, mais adhérer à la réalité vivante du droit.

(1) *General Theory*, cit. p. 126.

Rappelons-nous le mot si pénétrant de Montesquieu : « Le roi ne peut pas faire tout ce qu'il peut ». En termes juridiques cela signifie précisément que dans la réalité une constitution n'est pas exclusivement formée par des normes formelles, mais comprend aussi toutes les prescriptions que la structure sociale exprime par les idées et par les faits.

Sergio COTTA,  
Professeur à l'Université de Florence.

IX

## VII<sup>e</sup> COLLOQUE L'IDÉE DE CONSTITUTION

### 1<sup>re</sup> SÉANCE

L'Assemblée générale s'ouvre à 10 heures, sous la présidence de M. le doyen DAVY, assisté de M. le sénateur Marcel PRÉLOR, vice-président.

Après avoir souhaité la bienvenue aux participants, le président communique à l'Assemblée les excuses reçues de plusieurs membres qui ne pourront prendre part au présent colloque.

Le président informe ensuite l'Assemblée du décès du vice-président Luigi STURZO (Italie), et propose son remplacement à ce poste par le Pr BOBBIO, de Turin, au nom du Conseil de l'Institut. L'Assemblée ratifie ce choix à l'unanimité.

Le président mentionne ensuite la proposition qui a été faite au Conseil d'inscrire comme thème de la réunion de l'année prochaine l'idée d'égalité sociale. Sans s'écarter de cette suggestion, le président propose que l'Institut International de Philosophie Politique saisisse l'occasion du bicentenaire de la parution du *Contrat social* pour inscrire au programme de son prochain colloque. Mais comment libeller le thème ? Le président hésite entre : « Centenaire du *Contrat social* », « Actualité du *Contrat social* ». Il est certain néanmoins qu'il faut s'en tenir au *Contrat social* plutôt qu'embrasser l'ensemble de l'œuvre de Rousseau, d'autant plus que le commentaire du *Contrat social*

1962

1955