

Sulla storia costituzionale

MAURIZIO FIORAVANTI

Inizio con un'immagine. Considero la storia costituzionale come un terreno, o una terra, d'incontro. Come forse accade per ogni terreno, anche questo può ambire a divenire prima o poi un territorio, con tanto di picchetti che valgano a fissare in modo il più possibile certo i confini. Facendo così prevalere la forza attrattiva che da sempre governa il sentimento della appartenenza: noi facciamo storia costituzionale, quegli altri no, perché stanno fuori dai confini che noi abbiamo codificato. Ebbene, se c'è qualcosa nella storia costituzionale che mi ha sempre interessato è la sua riluttanza – quasi per sua natura, si potrebbe dire – a trasformarsi da terreno d'incontro in territorio governato dal meccanismo doppio della inclusione e della esclusione, secondo la posizione che ciascuno occupa rispetto ai confini, dentro o fuori.

Certo, oggi quasi tutte le identità disciplinari sono in crisi. Ma quella dello storico della costituzione pare essere in sé, al di là dei tempi che mutano, un'identità particolarmente complessa e problematica. Il che

non significa che sia una non-identità, o che non siano legittime nel suo caso le domande di fondo sui caratteri fondamentali di quel mestiere. Significa solo che nel caso dello storico della costituzione sono più che mai improbabili risposte legate ai confini chiusi della identità disciplinare. In altre parole, non possiamo cavarcela dicendo che la storia della costituzione è la storia ricostruita dagli storici della costituzione, semplicemente perché non sappiamo chi siano costoro, non disponiamo di una mappa che li identifica.

Si deve allora scartare l'immagine politica, un po' astratta, un po' ideologica, del territorio, e ripiegare sull'altra immagine, da cui siamo partiti, del terreno d'incontro, un'idea più materiale, più pragmatica, più convenzionale. Se compiamo questa 'virata', se cessiamo cioè di chiederci quale sia la 'vera' storia costituzionale, o come debba obbligatoriamente vestirsi lo storico della costituzione per potersi ritenere tale, i nostri occhi si dischiudono sul terreno in esame in un modo diverso. Prima di tutto



"La Constitution de l'an III", stampa coeva, autore Massol, custodita presso la Bibliotheque Nationale

ci accorgiamo della presenza di una straordinaria pluralità di soggetti, provenienti da terre diverse, che non sono arrivati lì per omologarsi, per fondare una nuova comunità. Sono spinti da qualcos'altro, che dobbiamo comprendere. Ebbene, i nostri viandanti vengono dalla terra del diritto, delle scienze giuridiche, e non solo di quelle pubblicistiche, da quella della economia, delle scienze politiche e sociali, o magari da altri territori della storia, sociale, politica, economica. Si occupano di cose diversissime, di avvenimenti politici o sociali, di norme, di idee, di dottrine, di istituzioni. Non intendono perdere la loro identità di partenza, di storici, di giuristi, di economisti. Stanno solo viaggiando sul terreno della storia costituzionale. Ma sta di fatto che sono lì e che il luogo è particolarmente frequentato, se così posso dire.

Allora, fuor di metafora, la domanda diviene la seguente: che cosa cercano i giu-

risti, o gli economisti, o gli storici stessi, o i sociologi, nella storia costituzionale? Poiché una cosa è certa: sul terreno della storia costituzionale non si trovano certo tutti i giuristi, o tutti gli economisti, o tutti gli storici, o tutti i sociologi, ma solo quelli tra loro che cercano qualcosa che non è dato nei loro rispettivi campi disciplinari, ed è appunto la ricerca di questo *quid* cioè che questi diversissimi soggetti hanno tra loro in comune. È come se ogni generazione di studiosi producesse all'interno dei campi disciplinari codificati una quota di spiriti insoddisfatti, se non proprio ribelli, o comunque maggiormente disponibili all'avventura, alla innovazione. Tra questi si sviluppa la prospettiva della storia costituzionale. Abbiamo così i giuristi insoddisfatti della nozione codificata di 'costituzione' presente e dominante nel proprio campo disciplinare; gli storici insoddisfatti dei recinti chiusi delle specialità disciplinari, siano esse attestate sul versante politico-istituzionale, o su quello sociale; gli studiosi di scienze politiche, economiche, o sociali, insoddisfatti della mancanza di profondità storica dei 'tipi ideali' con i quali lavorano, e così via.

Per assurdo, si potrebbe dire che se le identità disciplinari fossero perfette, nel senso di perfettamente concluse, tali cioè da non lasciare senza risposta domande irrinunciabili, la storia costituzionale non esisterebbe. Ma non è così. Non è mai stato così, perché nessuna identità disciplinare è mai stata così forte. Ed oggi più che mai non è così. Nella mia esperienza, trovo sempre più giovani giuristi, che non sono storici del diritto, ma che hanno bisogno della storia per cercare risposte a quesiti di fondo, che attengono al loro stesso mestiere di giuristi; e trovo sempre più giovani storici che

– al contrario, in un certo senso – hanno bisogno di qualcos'altro oltre la storia che hanno a portata di mano nella loro tradizione disciplinare, e lo ricercano in quella dimensione profonda del diritto che si trova solo nella storia; e trovo sempre più presente una storiografia delle idee, che esce fuori dai confini tradizionali della storia del pensiero politico, per trovare nelle idee la dimensione delle dottrine, e dunque un fattore determinante della esperienza costituzionale.

Ebbene, l'insieme di questi percorsi è la storia costituzionale. Può darsi così che in un volume esplicitamente dedicato alla storia costituzionale di un certo paese non vi sia neanche un grammo di storia costituzionale, perché quel volume è stato in realtà tutto scritto dall'interno di un modello disciplinarmente dato, ed è quindi un volume di storia politica, o istituzionale, o legislativa, o sociale, ma non costituzionale. E può darsi invece che in una monografia di diritto pubblico, o di diritto privato, o magari nella storia di un certo territorio, vi sia in senso pieno ed autentico storia costituzionale, proprio per il tentativo di andare al di là per il tramite della storia, per guardare un oggetto – sia esso un istituto giuridico, o appunto un territorio – da tutti i lati, e non solo da quello che la propria identità disciplinare ci avrebbe spinto a considerare in modo unilaterale.

Su questa base, una storia della storiografia costituzionale non potrebbe essere altro che la storia di questi percorsi, di queste contaminazioni, di questi attraversamenti, compiuti a partire da tanti luoghi, e dunque da una notevole pluralità d'identità disciplinari. Noi non siamo capaci di raccontare questa storia. Possiamo solo dire qualcosa su uno di questi sentieri,

quello seguito dai giuristi, che è poi l'unico che conosciamo. Molto è cambiato a questo proposito negli ultimi due secoli. Molto è cambiato da quando uno dei protagonisti della scienza giuridica del diciannovesimo secolo ebbe ad affermare: «Ora finalmente la storia non ci metterà più in imbarazzo». Si era costruito il sistema, si stava codificando il diritto. Le nazioni ed i popoli ritenevano di essere solidamente personificati negli Stati sovrani. Nei trattati di diritto pubblico di questa epoca la storia era ridotta alla triste e decorativa raccolta dei cosiddetti 'precedenti' del diritto positivo statale vigente.

Con il ventesimo secolo il panorama cambia. Le certezze di stampo positivista s'incrinano. La dottrina dello stato-persona non esaurisce più il campo disciplinare del diritto pubblico, entro il quale si ripropone la dottrina della costituzione, con le sue ineludibili domande di fondo sul rapporto tra politica e diritto, tra società e costituzione, sulla genesi stessa della costituzione. E per tentare una risposta a queste domande il contributo della storia è essenziale. Tutte le principali opere della prima metà del Novecento, dagli *Hauptprobleme* di Kelsen alla *Costituzione in senso materiale* di Mortati, pur essendo rigorosamente esposte in senso dogmatico, sono in realtà alimentate dalla storia, da precise consapevolezze di ordine storico. Per quello che riguarda il percorso dei giuristi, è questa la fase in cui si ripropone l'esigenza della contaminazione, della fuoriuscita dalla codifica positivista del campo disciplinare, e dunque della storia costituzionale. E sul terreno della storia costituzionale i giuristi incontrano altri viaggiatori: Jellinek e Kelsen incontrano Weber, Schmitt incontra Otto Brunner, Mortati incontra Gaetano

Mosca. E viceversa, ovviamente, nel senso che le costruzioni dei giuristi tornano per questa via a far parte di una più ampia *cultura della costituzione*, che si alimenta dunque di una pluralità di fonti, compresa quella del diritto medesimo.

Le cose non cambiano con l'avvento delle nuove Costituzioni, a partire dalla metà del secolo scorso, anche se non mancò all'inizio il tentativo di chiudere di nuovo i confini, incasellando la Costituzione nella tradizione dello Stato-persona. Ma il tentativo è fallito, come mostrano le più recenti evoluzioni. Oggi, è ben possibile scrivere una storia – come è stato fatto, del resto – dello Stato italiano nella sua più recente forma della Repubblica democratica, ma se si vuole scrivere una storia costituzionale non si può rimanere nei confini della storia politica ed istituzionale, magari con qualche apertura alla storia sociale. Bisogna piuttosto partire dalla individuazione dei *fattori costituzionali*, ovvero delle forze che hanno determinato il processo costituzionale, la genesi e l'attuazione della Costituzione. Forze che sono in parte giuridiche – pensiamo al ruolo della giurisprudenza, accanto a quello della legislazione – in parte politico-sociali – pensiamo al tipo ed al ruolo dei partiti verso la società e verso le istituzioni – in parte culturali – pensiamo al ruolo delle dottrine nella interpretazione in concreto della Costituzione. E pensiamo infine alla acquisita rilevanza del piano sovranazionale, europeo, ed oltre: una storia della Costituzione non potrà mai più essere una storia statale-nazionale. La storia della Costituzione, più che essere storia di Stati, sarà *storia di ordinamenti*, di territori, o oltre i territori.

Una semplice osservazione conclusiva, che serve più che altro a rimuovere un

possibile equivoco. Si può leggere quanto da ultimo descritto nei termini di una sorta di emancipazione della Costituzione dallo Stato, rispetto ad un punto di partenza strettamente positivistico in cui la Costituzione era nient'altro che una norma dello Stato, che presupponeva, per la sua stessa esistenza, l'esistenza dello Stato medesimo. Bismarck, in un celebre discorso, affermò: lo Stato è *das feste Gebäude*, la Costituzione è *der Luxus der Einrichtung*, ovvero il lusso che possiamo permetterci quando abbiamo le mura, la casa. Oggi non sarebbe più possibile descrivere in questo modo il rapporto tra Stato e Costituzione. Ma l'emancipazione della Costituzione dallo Stato non può essere intesa altro che come l'emancipazione da quel modo storicamente determinato di costruzione del principio di unità politica, che chiamiamo 'Stato'. Non più di questo. Rimane dunque aperto il problema di sempre di quel principio, e dunque del modo concreto di composizione in unità, o semplicemente in posizione di equilibrio, di una pluralità di forze storicamente agenti e potenzialmente confliggenti: ciò che è anzi il problema per eccellenza della Costituzione. Se quel modo di composizione non può più essere in prevalenza statale, vuol dire che qualche altro modo dovrà essere possibile. Quel che è certo, soprattutto per lo storico della Costituzione, è che la Costituzione non può librarsi nel vuoto, non può mancare di esprimere un certo e determinato principio di unità politica.

L'autonomie de l'histoire constitutionnelle

MICHEL TROPER

Lorsque nous parlons de la méthodologie de l'histoire constitutionnelle, nous évoquons deux questions. Nous cherchons d'abord à déterminer l'objet dont l'histoire constitutionnelle doit rendre compte. Bien entendu, il s'agit des constitutions, mais on peut entendre par là ou bien des règles relatives à la forme de gouvernement ou seulement des règles formellement constitutionnelles et selon que l'on choisit l'une ou l'autre, l'enquête portera sur des périodes historiques différentes. La période historique étudiée sera évidemment différente, puisque, s'il y a une forme de gouvernement à toutes les époques et dans tous les pays et si l'on peut parfaitement parler en ce sens d'une constitution athénienne, c'est seulement à partir du 16^{ème} siècle en Europe que le gouvernement a une forme étatique et à partir du 18^{ème} siècle qu'il y a des règles formellement constitutionnelles. D'autre part, pour une même période, on peut se limiter à décrire ces règles ou décrire aussi les concepts et les doctrines employés pour énoncer ou justifier ces règles.

Mais nous devons aussi déterminer la ou les méthodes propres à décrire cet objet. On peut envisager par exemple de décrire une constitution du passé à la lumière des idéologies ou des théories politiques de son temps ou de la comprendre comme le résultat de luttes et de compromis passés entre des forces politiques ou encore de la présenter comme le produit d'une évolution obéissant à des lois spécifiques.

Ces deux questions sont d'ailleurs étroitement mêlées. D'un côté, si nous définissons un objet pour l'histoire constitutionnelle – et cette définition est une stipulation – ce choix déterminera celui de la méthode adéquate. Nous savons bien que l'objet se construit en fonction des objectifs que l'on poursuit. Il y a donc plusieurs objets possibles et plusieurs méthodologies parallèles.

Mais d'un autre côté, la méthode elle-même conduit à construire un objet présentant des propriétés telles que cette méthode puisse s'y appliquer. On sait par exemple que le positivisme juridique, dans

sa version kelsenienne, s'est efforcé de construire l'objet «droit», de telle manière qu'il soit possible d'en rendre compte comme d'un objet certes non empirique, mais présentant néanmoins des propriétés assez voisines de celles d'un objet empirique, pour pouvoir fonder une science du droit sur une épistémologie positiviste dérivée du modèle des sciences physiques, tout. Le droit doit donc être construit comme distinct de la morale, de la nature et de la société, bien qu'il ait des rapports avec elles.

En conséquence de cette imbrication, c'est seulement d'un point de vue analytique que nous distinguerons ici objet et méthode. Dans le peu de temps dont nous disposons aujourd'hui, nous pouvons seulement identifier quelques objets possibles en fonction des divers objectifs, puis privilégier l'un de ces objets susceptible d'être abordé sous l'angle d'une science de l'histoire constitutionnelle construite sur le modèle d'une science causale.

1. *Les objets*

On distingue dans la tradition allemande deux conceptions de l'histoire constitutionnelle. selon la première, la plus large, il faut entendre par «constitution» l'organisation politique (*Verfassung*), selon la seconde, cette forme spécifique d'organisation que nous connaissons depuis le 18^{ème} siècle (*Konstitution*).

Les deux conceptions sont évidemment toutes deux légitimes, mais elles conduisent à analyser deux objets bien différents. Le choix entre les deux dépend évidemment de ce que nous cherchons à connaî-

tre ou à mettre en évidence: la relation entre l'histoire politique et l'histoire des institutions ou l'histoire constitutionnelle parce que nous la supposons autonome par rapport à l'histoire politique générale. Cette autonomie pourrait consister dans le fait que l'écriture d'une constitution n'est pas seulement le produit d'un rapport de forces politiques, mais obéit à une logique spécifique et reflète des modes d'argumentation proches de la pratique des juristes contemporains. De même, l'application de la constitution et l'évolution des structures constitutionnelles dépendraient, en partie au moins, des contraintes spécifiques liées à la forme juridique. On comprend alors que ce qui différencie ces deux conceptions ce n'est pas seulement les matières qu'elles seront respectivement conduites à étudier, mais aussi les périodes historiques considérées. Si en effet, il y a une spécificité de l'histoire constitutionnelle, alors les modes d'argumentation, de légitimation et les modes d'exercice du pouvoir reflètent les modes de raisonnement propres aux juristes et sont liés à l'existence d'un système juridique hiérarchisé, c'est-à-dire qu'ils sont dans les États modernes profondément différents de ce qu'ils étaient avant qu'il y ait des constitutions écrites.

Plusieurs arguments militent en faveur de la seconde option, la constitution au sens moderne, de la part des historiens juristes. Le plus évident est qu'ils disposent des outils intellectuels propres à cette recherche et que ces outils permettent d'apercevoir ce qui échapperait à une histoire plus globale. Mais il faut souligner d'une part qu'une histoire plus globale ne permettrait pas de comprendre ce qui est propre à l'évolution constitutionnelle et que d'autre part, en revanche, une histoire

spécifiquement constitutionnelle permet de contribuer à l'histoire générale.

Prenons quelques exemples simples, bien connus des constitutionnalistes français: l'article 3 de la constitution de 1946 dispose que «la souveraineté nationale appartient au peuple». Il est facile d'expliquer cette formule par les luttes à l'assemblée constituante entre les partisans de la souveraineté nationale et ceux qui entendaient rester fidèles à la souveraineté populaire. L'opposition peut être comprise comme une opposition droite-gauche et la formule retenue comme le résultat d'un compromis.

Pourtant, si l'on ainsi parfaitement expliqué l'origine de l'énoncé – il y a bien eu un compromis – on n'a en aucune façon indiqué sa signification, ni le rôle considérable que pourra jouer la formule sous la 4^{ème} République et encore plus sous la constitution de la 5^{ème} République, qui la reproduit exactement. Ainsi, le Conseil constitutionnel se fonde sur cet article notamment pour refuser de contrôler les lois adoptées par référendum ou pour exercer un contrôle sur les traités internationaux. Que la formule de 1946 résulte d'un compromis ne permet en rien de comprendre cette jurisprudence.

Celle-ci ne peut s'expliquer non plus par l'histoire constitutionnelle de la Révolution française. L'analyse historique pourrait révéler que l'opposition souveraineté nationale – souveraineté populaire est bien postérieure à la Révolution et la théorie constitutionnelle que cette opposition est dépourvue de toute pertinence. C'est un fait que la doctrine juridique française de la 3^{ème} République a construit cette distinction, que les constituants de '46 en étaient pénétrés, mais seule la logique interne et

les contraintes argumentatives sous la 5^{ème} République permettent de comprendre l'usage qu'on a fait de l'article 3.

De la même manière, le débat sur le jury constitutionnaire, qui s'est déroulé en l'an III, ne s'explique pas par le rapport des forces politiques et il n'a pas non plus affecté ce rapport de forces. Il est cependant d'une importance capitale pour comprendre les contraintes argumentatives qui conduisent à concevoir un contrôle de constitutionnalité lorsqu'on craint que la constitution ne comporte pas de garanties internes suffisantes et pour expliquer les raisons pour lesquelles le processus qui a finalement conduit à instituer un tel contrôle en France s'est révélé aussi long et difficile.

À l'inverse, c'est le choix d'un objet restreint qui permet d'éclairer les phénomènes politiques généraux par une histoire spécifiquement constitutionnelle, c'est-à-dire une histoire comprise à la lumière de la technique constitutionnelle. Il faut donc se détacher et des facteurs politiques qui ont conduit des constituants à adopter certains énoncés, comme des systèmes intellectuels spécifiques à l'époque où ces énoncés ont été produits et même des thèses en vigueur au moment de l'application.

Ainsi, on ne peut expliquer la naissance du régime parlementaire en France sous les Chartes, par le seul rapport de forces, parce qu'il faudrait encore comprendre comment ces forces ont pu, sans violer la constitution, imposer une pratique que celle-ci ne prévoyait pas. On ne le peut pas non plus par les intentions des rédacteurs, mais par les seules contraintes techniques naissant de la structure constitutionnelle.

L'article 13 de la Charte de 1814 énonçait que «les ministres sont responsables», mais il ne s'agissait pas de responsabilité

politique au sens où on l'entend aujourd'hui et cette formule annonçait seulement les articles 55 et 56: «La Chambre des députés a le droit d'accuser les ministres, et de les traduire devant la Chambre des pairs qui seule a celui de les juger» et 56 «Ils ne peuvent être accusés que pour fait de trahison ou de concussion. Des lois particulières spécifieront cette nature de délits, et en détermineront la poursuite».

En Angleterre, la responsabilité politique était née au 18^{ème} siècle de l'emploi de la procédure d'impeachment pour obtenir la démission du ministère. Une évolution semblable aurait pu se produire en France si les lois mentionnées à l'article 56 avaient été adoptées, mais elles ne l'ont jamais été. C'est ce qui explique l'emploi d'une technique de substitution rendue possible celle-là par la Charte, le refus de concours. La Charte dispose en effet à l'article 15 «*La puissance législative s'exerce collectivement par le roi, la Chambre des pairs, et la Chambre des députés des départements*». Cette disposition donnait un droit de veto au roi et avait été adoptée non pas pour instituer un régime parlementaire, mais au contraire pour reproduire un modèle de balance des pouvoirs dérivé de Montesquieu.

Or, la chambre des députés se sert de cette disposition pour menacer le roi d'un «refus de concours», c'est-à-dire d'un refus de voter le budget. Devant la menace, le roi et le ministère cèdent, la responsabilité politique est née.

Mais on ne peut pas comprendre cette naissance ni par une simple analyse du rapport de forces, ni à l'aide des théories qui ont conduit à l'adoption de l'article 15 (la balance des pouvoirs à l'anglaise), mais seulement par l'examen de structure réelle du système constitutionnel.

Dans les deux exemples, celui de l'article 3 des constitutions françaises de 1946 et de 1958 et celui de la naissance du régime parlementaire sous la Charte de 1814, c'est bien l'analyse spécifiquement juridique et non l'analyse politique qui permet de comprendre la structure du système constitutionnel, tandis qu'elle met les historiens du système constitutionnel en mesure de contribuer à la connaissance du système politique.

2. La méthode

Pouvons nous recourir aux méthodes employées pour analyser les constitutions contemporaines? Sans doute pas, si ces méthodes sont celles de la dogmatique juridique traditionnelle. Si la dogmatique est la démarche par laquelle on tente de déterminer la norme applicable à telle situation particulière réelle ou hypothétique ou à l'inverse la situation à laquelle pourrait s'appliquer tel ou tel texte, alors elle n'a guère d'intérêt s'agissant de l'histoire. Il est indifférent aujourd'hui de savoir si telle conduite du passé était ou non licite au regard de la constitution ou si tel texte devait, ou aurait dû, être interprété comme il l'a été.

La recherche en effet ne porte pas sur un *Sollen*, mais sur un *Sein*. Une constitution du passé n'est pas un ensemble de règles que nous pouvons regarder comme valides et obligatoires, mais un simple fait: des hommes ont adopté un texte afin d'organiser la vie politique. Nous cherchons à savoir ce qui les a déterminés à accomplir cet acte, ce qu'ils ont cru faire, ce qu'ils ont effectivement réalisé, ce qui s'est produit

par la suite. Or, pour mener à bien cette recherche, nous ne posons pas les mêmes questions et nous ne mettons pas en œuvre les mêmes méthodes que celles qu'employaient les contemporains. Pour reprendre l'exemple de la monarchie parlementaire en France, les juristes se demandaient s'il était licite pour la chambre de menacer de refuser le vote du budget dans le but d'obtenir la démission du ministère. Cette question est pour nous indifférente. Nous constatons l'existence de cette pratique, nous voulons comprendre pourquoi on a été contraint d'y recourir, à quelles conditions elle pouvait produire les effets recherchés et les conséquences qu'elle a effectivement entraînées.

Il en résulte un certain nombre de conséquences tant pour ce qui concerne la détermination des concepts à employer que pour le type de relations à décrire.

2.1. Les concepts

Le positivisme juridique se fonde sur une distinction radicale entre la science du droit et son objet. C'est même un élément essentiel de cette épistémologie. Si le droit est constitué de normes, qui sont des prescriptions et ne peuvent être ni vraies ni fausses, la science du droit est formée de propositions de droit, qui se bornent à décrire des normes et sont donc susceptibles d'être vraies ou fausses.

Cette distinction implique également que la science du droit n'opère pas nécessairement à l'aide des mêmes concepts que le droit lui-même. Ainsi, elle peut décrire le droit civil à l'aide d'un concept d'autonomie de la volonté, qui ne se trouve pas dans le langage du code civil ou les constitutions



"Un officier de la Garde nationale prête le serment civique devant l'autel de la Constitution et de Droits de l'homme", stampa coeva

au moyen d'un concept d'organe, absent de la plupart des textes constitutionnels. «autonomie de la volonté» et «organe» sont des méta-concepts de la science du droit. Concepts et méta-concepts ne sont pas construits de la même manière, ne remplissent pas les mêmes fonctions et ont un rapport totalement différent aux faits.

S'agissant de l'histoire constitutionnelle, c'est-à-dire d'une analyse d'une constitution du passé, on peut imaginer d'employer pour l'analyse des constitutions du passé soit les concepts de l'époque étudiée, soit les concepts de la théorie du droit contemporaine.

Les concepts du passé sont sans doute des objets de connaissance. Ils ne peuvent en être les instruments. En effet, si la connaissance dépend de la comparaison ou de l'affectation d'un phénomène à des types, la manière dont les hommes peuvent percevoir le système dans lequel ils vivent ou les énoncés qu'ils produisent nous permet seulement de reproduire cette perception, non de décrire le phénomène lui-même. Prenons le cas du droit de veto suspensif, accordé au roi par la constitution de 1791. Nous ne pouvons pas savoir avec certitude comment les membres de l'assemblée constituante qui se sont prononcés pour l'attribution de ce veto suspensif l'analysaient. S'agissait-il à leurs yeux d'un pouvoir réel ou d'un pouvoir illusoire? L'étude des discours n'est guère éclairante, parce que seul un petit nombre de ceux qui ont voté ont expliqué leur vote et que nous ne savons pas s'ils étaient sincères. Mais, à supposer même que nous sachions qu'ils entendaient seulement donner au roi un semblant de pouvoir, cette connaissance ne nous aiderait en rien à déterminer la nature réelle du veto suspensif. Il est très possible en effet qu'ils aient cru faire une chose et qu'ils en aient fait une autre et que, de même que Christophe Colomb, croyant arriver en Inde, était réellement parvenu en Amérique, en croyant donner au roi un hochet, les constituants lui avaient malgré tout donné un pouvoir bien réel. Si nous voulons savoir ce qu'ils ont réellement produit, il nous faut donc employer un autre concept, c'est-à-dire un métaconcept de la théorie du droit. Dans le cas du veto, il s'agira du concept d'acte juridique.

Les métaconcepts sont produits par la théorie du droit pour servir à l'analyse du droit positif. Dans certains cas, les termes

par lesquels on les désigne sont différents de ceux qui appartiennent au langage du droit positif lui-même, de sorte qu'on peut rendre compte de celui-ci ou bien en employant exclusivement ses propres concepts ou bien en s'abstenant complètement de les employer. C'est ainsi qu'on pourrait décrire tout le droit positif actuel sans employer le concept de «personne» (qui fait partie du droit positif) et à l'inverse décrire un droit positif qui n'emploierait pas lui-même ces termes à l'aide des concepts de personne ou de «droit subjectif». Un autre exemple déjà cité est celui «d'autonomie de la volonté», un autre encore celui d'«organe». Peu de constitutions en effet emploient le terme ou le concept d'organe, mais un concept d'organe créé par la théorie du droit permet de décrire facilement toutes les constitutions du monde.

La pertinence de ses concepts, créés d'un point de vue purement externe, est tout à fait indépendante de l'Histoire, en ce sens qu'elle ne dépend ni du moment où ils ont été créés, ni des idées et des croyances des acteurs du système juridique qu'ils permettent de décrire. On ne saurait nier qu'ils ont été créés par des hommes qui n'étaient pas hors de l'histoire et on pourrait même tenter de donner une explication historique de leur formation, comme on pourrait le faire d'ailleurs pour ceux de la chimie, mais cette explication historique est sans incidence sur la question de la pertinence des concepts, qui dépend seulement de leur valeur opératoire. Or, celle-ci ne peut être obtenue qu'en détachant le concept du système historique concret dans lequel opérait l'institution correspondante.

Marc Bloch nous en donne une excellente illustration. Dans un chapitre final de «La Société féodale», intitulé «la féoda-

lité comme type social», il oppose Montesquieu et Voltaire. Le premier soutenait que la féodalité était «un phénomène unique en son genre, un événement jamais arrivé dans l'histoire du monde et qui n'arrivera peut-être jamais» et Voltaire répondait: «la féodalité n'est point un événement; c'est une forme très ancienne, qui subsiste dans les trois quarts de notre hémisphère». Marc Bloch explique qu'on ne peut trancher qu'en dégagant les traits fondamentaux, «les caractères de ce cas type». Une fois ce travail accompli, il peut écarter certains cas abusifs et constater que, en dehors de l'Europe médiévale, ces caractères ne se rencontrent qu'au Japon.

Le concept de féodalité permet de décrire les réalités les plus diverses quels que soient les concepts employés par les acteurs. Mais les hommes du Moyen-Age n'employaient pas plus le concept de féodalité que les constituants de '91 le concept «d'organe». L'«organe» ou le «type social» de Marc Bloch sont à cet égard semblables aux concepts d'une science portant sur un objet qui ne parle pas.

Le théoricien (ou le comparatiste) doit créer un métaconcept capable de décrire des concepts. Le concept de personne ou de constitution employé par la théorie du droit doit permettre de rendre compte de systèmes dans lesquels il existe non seulement l'institution de la personne ou de la constitution, mais le concept de personne ou de constitution, même s'ils ne sont pas désignés par les mêmes termes.

On ne doit pas confondre cette méthode avec l'anachronisme, qui consisterait à décrire une situation historique à l'aide de concepts liés à une autre, ainsi à parler d'État à propos de la cité athénienne ou, de serfs pour désigner les paysans de la Russie tsariste.

Est anachronique, elle aussi, la démarche de Carré de Malberg qui s'efforce de démontrer non pas que les constituants de '91 ont créé des organes sans employer ce concept lorsqu'ils ont institué un corps législatif, un roi, (ce qui serait parfait), mais qu'ils ont découvert et employé le concept d'organe en l'appelant «représentant», ce qui est faux. Le concept d'organe de Carré de Malberg appartient bien au métalangage de la théorie du droit et il est donc permis de l'employer pour analyser l'œuvre des constituants, aussi bien que pour le droit public allemand du 19^{ème} siècle pour lequel le concept a été inventé. Mais Carré de Malberg soutient soit qu'il s'agissait également d'un concept proprement juridique et que ce concept est identique au concept du droit allemand du 19^{ème} siècle, soit qu'il s'agissait d'un méta concept. La première hypothèse doit être écartée car il aurait fallu que toutes les normes applicables lorsqu'on est en présence d'un organe dans le droit allemand du 19^{ème} aient été également applicables à toutes les autorités appelées représentant et à elles seulement. La seconde hypothèse correspond probablement mieux à l'intention de Carré de Malberg, qui entend que la Révolution française soit au droit public ce que le droit romain avait été au droit privé aux yeux de la doctrine allemande du 19^{ème} siècle. De même que le droit romain avait découvert les principes du droit privé, la Révolution française aurait énoncé les principes universels du droit public. C'est pourquoi les principes «dégagés» par la Révolution devaient être constitutifs d'une «Théorie générale de l'État». Pourtant, une telle conception n'est acceptable que si l'on présuppose une réalité des concepts.

Aussi, pour l'analyse d'un système juridique passé, seuls peuvent être employés

les métaconcepts de la théorie du droit. On aurait évidemment tort de considérer que puisque ces métaconcepts sont postérieurs on commet aussi un anachronisme. De même que pour analyser la société féodale telle qu'elle existait dans l'Europe médiévale, on doit disposer d'un concept de société féodale, différent des concepts en usage à ce moment, on doit pour étudier les constitutions de l'époque révolutionnaire disposer d'un concept d'organe, qui n'existait pas à cette époque et qui était donc différent aussi bien des images mentales des acteurs de l'époque que du concept de représentant, qui avait bien été inscrit dans le droit positif.

En revanche, si les concepts du passé ne sont pas des instruments adéquats pour connaître le passé lui-même, ils peuvent être des objets de connaissance. Nous voulons en effet savoir non seulement ce que les constituants ont réellement fait, mais aussi ce qu'ils ont cru faire et pourquoi ils l'ont cru.

Si le concept de veto de Sieyès ne nous permet pas de comprendre la nature du pouvoir de Louis XVI, il se peut néanmoins que ce qui a été effectivement réalisé soit la résultante de plusieurs facteurs, au nombre desquels figure la conception de Sieyès et de quelques autres. Le terme de «résultante» désigne ici plusieurs phénomènes différents. On peut d'abord concevoir que la conception de Sieyès ait exercé une influence sur les autres membres de l'Assemblée et que ceux-ci l'aient purement et simplement adoptée. On peut aussi penser que plusieurs groupes ayant des conceptions différentes ont réalisé un compromis, qui s'est traduit par quelques dispositions de la constitution. De telles analyses n'ont rien de spécifiquement juridiques. Elles

font appel à des facteurs externes au droit: la rhétorique de Sieyès ou le rapport des forces politiques au sein de l'assemblée.

Mais on peut aussi rechercher des facteurs purement internes et faire appel à une causalité spécifiquement juridique.

2.2. *Le recours à l'analyse causale*

Selon la plupart des théories du droit, la science du droit n'est pas et ne peut pas être une science causale. Il s'agit même d'une idée dominante dans la Théorie pure du droit de Hans Kelsen. L'argument principal est que les normes appartiennent à la sphère du devoir-être et que seuls des faits peuvent être dans des relations causales. Sans doute reconnaît-il que les acteurs ou les sujets du droit sont soumis à des causes, mais ces causes sont d'ordre sociologique ou psychologique, jamais juridique. Le législateur qui décide d'adopter telle disposition plutôt que telle autre est soumis à des causes politiques, mais la constitution, qui l'a habilité, n'est pas la cause de son comportement et juridiquement il est parfaitement libre de donner aux lois n'importe quel contenu.

Pourtant, on a dans certains cas le sentiment que les choix que fait un législateur ou une cour suprême parmi tous les comportements permis n'obéit pas seulement à des contraintes externes, mais aussi à des contraintes internes au système juridique. On peut percevoir l'existence de ces contraintes à travers une métaphore tirée du jeu des échecs. Dans une certaine situation du jeu, un joueur a le droit de choisir entre plusieurs coups, tous permis. Il sait toutefois que tous ces coups sauf un le condui-

raient à une défaite certaine. Il n'a aucune obligation de jouer le coup qui va le sauver car s'il en joue un autre, il ne viole aucune règle. Cependant, s'il joue le seul coup qui le protège de la défaite, il affirmera – et les observateurs compétents également – qu'il y a été contraint, qu'il ne pouvait faire autrement. La contrainte ne vient pas de l'extérieur du jeu: la condition psychologique du joueur, sa religion, son idéologie sont ici indifférentes. Tout joueur expérimenté aurait probablement joué ce même coup. La contrainte ne peut donc provenir que de la situation du jeu à cet instant précis, une situation qui elle-même résulte de tous les coups joués jusque là conformément aux règles et qui consiste dans la totalité des coups permis à l'adversaire et dans la probabilité de ses réactions à l'un ou l'autre des mouvements du premier joueur. Dans ce cas, il est possible d'affirmer que la contrainte vient du système des échecs et de la situation de l'échiquier.

Il s'agit bien entendu d'une causalité faible, car on ne peut évidemment pas affirmer avec certitude que telle situation conduira nécessairement à jouer tel coup. Dans la réalité, les joueurs sont plus ou moins compétents, ils peuvent poursuivre un autre but que la victoire. Mais il suffit de considérer qu'un joueur rationnel jouera tel coup pour nous permettre d'affirmer que la cause de son comportement se trouve dans la situation du jeu.

Il arrive que constituants et législateurs soient conscients de l'existence de telles relations causales et cherchent à susciter des comportements non pas par la voie du commandement, mais par la création de situations dans lesquelles les acteurs seraient contraints de les adopter. Ainsi les constituants américains entendaient

produire une constitution, qui fonctionnerait comme une machine – «a machine that would go of itself», disait l'un d'eux –, c'est-à-dire qui s'imposerait non pas parce que les autorités seraient soumises à des obligations et s'exposeraient à des sanctions au cas où elles s'écarteraient des comportements prescrits ou permis, mais parce qu'elles ne pourraient faire autrement.

Il arrive aussi que les autorités soient elles-mêmes soumises à de telles contraintes, soit parce qu'elles se trouvent dans des situations où il leur faut tenir compte des réactions possibles. C'est ainsi que l'histoire constitutionnelle classique explique la naissance de la responsabilité politique du cabinet en Angleterre: le cabinet, qui n'avait aucune obligation de démissionner après un vote hostile des communes, préférait le faire plutôt que de risquer un impeachment.

De même, une autorité peut être contrainte de recourir à un certain type d'arguments et ainsi de créer une nouvelle classe de normes ou de modifier la structure du système juridique. Ainsi, une cour qui cherche à exercer un contrôle de la constitutionnalité des lois alors que la constitution ne lui donne pas ce pouvoir ne peut y parvenir qu'en affirmant que la constitution – ou un principe quelconque – possède une autorité supérieure à celle des lois et que cette suprématie implique le pouvoir d'invalidier les lois contraires. Tel était le raisonnement des Parlements de l'ancien régime, celui de la cour suprême des États-Unis, celui du Conseil constitutionnel français en 1791 pour le préambule de la constitution de 1958 ou encore celui de la cour suprême d'Israël, bien qu'il n'y ait pas dans ce pays de constitution écrite. Si l'on définit la norme juridique comme

celle dont la violation peut être sanctionnée, c'est le juge qui fait de la constitution une norme. Dans tous ces cas, *avant la décision*, la constitution n'était nullement supérieure aux lois, mais elle l'est devenue *par l'effet* de la décision. Dans le cas de la décision du Conseil constitutionnel de 1971, c'est lui qui a fait du préambule de la constitution, une norme juridique, alors qu'il n'avait jusque là que le caractère d'un texte philosophico-politique. Bien entendu, une cour n'est nullement contrainte de revendiquer le pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois, mais si elle entend le faire, elle est contrainte de recourir au seul moyen disponible: proclamer qu'il existe une norme supérieure dont la cour a le devoir d'imposer le respect (les lois fondamentales du royaume, le texte constitutionnel, le préambule...). On voit par là que la structure des systèmes juridiques modernes, c'est-à-dire la hiérarchie des normes, n'est pas autre chose que le produit d'une contrainte argumentative.

Mais il se peut aussi qu'une contrainte argumentative conduit à créer ou à transformer un concept. On peut prendre l'exemple de «citoyen» au moment de la Convention thermidorienne. Aujourd'hui, le mot a deux sens. il désigne d'une part celui qui possède des droits politiques et notamment le droit de vote, d'autre part celui qui possède un certain nombre de droits civils qui résultent d'un lien avec l'État. Dans ce deuxième sens, il s'oppose à "étranger" et est synonyme de national ou de sujet de l'État. Les citoyens ou nationaux ont aujourd'hui le plus souvent des droits différents des étrangers. Ces deux sens sont souvent liés, c'est-à-dire que les mêmes individus peuvent être désignés indifféremment comme citoyens ou nationaux.

Le plus souvent, les deux sens sont liés et tous ceux qui sont nationaux possèdent des droits politiques, bien qu'ils n'en aient pas toujours l'exercice, comme c'est le cas par exemple pour les enfants. Lorsqu'ils sont liés, il n'est évidemment nul besoin d'un concept de «national». Au début de la Révolution, tous ceux qui vivaient en France, étaient des «citoyens» et possédaient donc des droits civils et des droits politiques, mais comme on ne souhaitait pas donner à tous le droit de vote, on introduisit une distinction entre citoyens «actifs» et «passifs». Seuls les premiers, c'est-à-dire les hommes âgés de 25 ans et qui étaient contribuables, pouvaient voter. Les femmes, les enfants et les pauvres n'étaient que «passifs». La constitution de 1793 introduisit le suffrage universel masculin et supprima la condition de contribution. Les seuls à être écartés du suffrage étaient ceux qui étaient considérés dans l'incapacité «naturelle» de voter, comme les femmes et les enfants. Mais comme ils étaient citoyens, il fallut distinguer entre les droits politiques, que tous possédaient et l'exercice de ces droits, réservé aux hommes de 21 ans, ainsi qu'à certains étrangers.

Cependant, après la chute de Robespierre, la Convention entreprit de rédiger une nouvelle constitution, moins démocratique et de revenir à la condition de contribution. Il était néanmoins politiquement difficile d'abandonner la fiction du suffrage universel et de reprendre la distinction «actifs» / «passifs». La seule solution fut de déclarer que tous les citoyens auraient le droit de vote, mais que seuls seraient citoyens les hommes âgés de 21 ans et payant une contribution. Dès lors que tous ces citoyens pouvaient voter, on n'avait pas, au moins formellement, renoncé au suffrage univer-

sel. Mais cette solution entraînait un nouveau problème: comment appeler tous ceux qui n'étaient pas citoyens, les femmes, les enfants et les pauvres? A ce nouveau problème, les conventionnels apportèrent la seule solution possible: tous ceux là étaient citoyens aussi, mais dans un autre sens du mot. Ils avaient les droits civils sans avoir les droits politiques. C'étaient des nationaux. Le nouveau concept était donc bien né d'une contrainte argumentative.

* * *

Quelle est alors la place de l'histoire constitutionnelle relativement à l'histoire politique et à la science du droit? Sans doute, elle n'est pas et ne peut être coupée de l'histoire politique, mais on ne peut pas non plus la réduire à n'être qu'une partie de l'histoire politique, parce qu'on ne peut expliquer les constitutions par le seul jeu des forces politiques et qu'il faut les analyser les constitutions à l'aide de concepts juridiques et en mettant en évidence des contraintes spécifiques. D'un autre côté, elle emprunte ses concepts à la science du droit, mais elle ne peut non plus être réduite à une simple application au passé de la dogmatique juridique, parce qu'elle ne peut raisonner pour le passé en termes de validité. L'histoire constitutionnelle doit donc être conçue comme une discipline autonome et c'est seulement à cette condition, qu'elle peut être en mesure de contribuer à l'histoire politique et à la science du droit.