

Peut-on se passer de Constitutions ?

Université de Bordeaux – Vendredi 14 novembre 2014

Corps de règles organisatrices et fondatrices de l'ordre juridique, ensemble ordonné de normes marquant la pensée politique du temps, les constitutions se sont développées principalement au cours du XVIII^{ème} siècle. A l'époque de l'émergence de la pensée libérale, elles furent le moyen de répondre au besoin social d'un ordre politique renouvelé. La naissance de la souveraineté nationale et de l'Etat moderne a permis l'apparition et la diffusion d'un constitutionnalisme nouveau. Son objet vise la limitation des pouvoirs afin de garantir les libertés. A mesure qu'il se développait à travers le monde, naissait une science constitutionnelle pensant la Constitution comme objet juridique au même titre que l'Etat. Après la seconde guerre mondiale, le droit constitutionnel est devenu une science juridique banalisée, dont la méthode dominante consistera à délaissier l'étude du fait constitutionnel pour décrire un système strictement normatif.

Aujourd'hui, la constitution semble être perçue par la grande majorité des sociétés du monde comme l'élément indépassable de l'organisation de la vie politique et sociale. Elle se conçoit également comme l'unique garantie d'un système juridique cohérent et ordonné. La théorie constitutionnelle et le droit politique interrogent encore les concepts fondateurs des phénomènes constitutionnels *lato sensu*. Néanmoins, la définition dominante du droit constitutionnel réduit trop souvent son analyse à l'étude de normes définies et définissables *a priori*. Dès lors, l'unanimité que le constitutionnalisme actuel rencontre ne permet plus de penser autrement le fait politique. Les constitutions y sont perçues comme un objet d'étude appréciable dans un cadre d'analyse unique. C'est alors la légitimité des Constitutions qui n'est plus interrogée. Elle apparaît comme une donnée, comme un élément intrinsèque des normes constitutionnelles qui ne saurait être remis en question.

Ainsi, ne faudrait-il pas penser la Constitution non plus dans la Constitution mais sans la Constitution ? Cette réflexion nécessite d'entreprendre une nouvelle déconstruction du concept. Il faut alors interroger la Constitution en tant qu'objet d'étude ; qu'il s'agisse de la notion, des conditions sociales de son émergence, de son effectivité, de sa légitimité supposée mais également de son contenu. La Constitution mérite, au même titre que toute branche du droit, une approche englobante et pluridisciplinaire permettant de saisir l'intégralité et la complexité de ses fondements ainsi que de ses enjeux. Il ne s'agit pas ici de remettre en question l'utilité et la pertinence du constitutionnalisme normatif mais bel et bien de diversifier l'approche du phénomène constitutionnel. Une telle réflexion se situe au carrefour d'influences que l'analyse contemporaine du droit constitutionnel semble avoir délaissée, s'empêchant par là-même de poser une question pourtant fondamentale : peut-on se passer de Constitutions ?

Ce colloque se tiendra à l'Université de Bordeaux le 14 novembre 2014. Organisé grâce au concours du CERCLE, il constitue la troisième journée d'études décentralisée de la Commission de la jeune recherche constitutionnelle. Créée au sein de l'Association française de droit constitutionnel en 2010, cette dernière a vocation à fédérer les jeunes chercheurs notamment à travers un renforcement des échanges et l'organisation de rencontres scientifiques. Dans cet objectif de valorisation de la jeune recherche en droit constitutionnel, certains sous-thèmes du programme de ce colloque seront présidés par un doctorant.

I) Qu'est-ce qu'une Constitution ?

Approche pluridisciplinaire de la notion.

La recherche d'une définition de l'objet d'étude « Constitution » représente une étape méthodologiquement indépassable en vue de traiter le thème du présent colloque. Poursuivant un objectif de déconstruction de la notion, il est indispensable d'en retenir une approche englobante et pluridisciplinaire. Loin de ne caractériser qu'un simple processus normatif, le phénomène constitutionnel doit également être appréhendé comme étant un produit de l'histoire correspondant à une volonté sociale de se réappropriier les règles structurant le vivre-ensemble. Les Constitutions ne peuvent être ainsi comprises que par le prisme de leur relativité historique, seul à même de mettre en lumière toute la portée du concept. Replacée dans son contexte grâce au point de vue de l'historien, la notion se doit ensuite d'être interrogée dans sa raison d'être. Actes fondateurs d'un ordre politique, les Constitutions naissent de la volonté du corps social de s'ériger en source et limite de tout pouvoir au sein des Etats modernes. La légitimité des normes constitutionnelles constitue le socle de leur succès et de leur diffusion mais elle ne peut se comprendre sans une approche de sociologie politique. Insuffisante en elle-même, la démarche juridique n'en est pas moins indispensable. En dernière analyse, toute Constitution moderne représente en effet la formalisation normative d'un contrat social. Ce caractère intrinsèque entraîne toute une série de conséquences quant à la signification et la portée du phénomène constitutionnel. La compréhension globale de la notion de Constitution ne saurait donc se soustraire à une analyse juridique.

II) Pourquoi une Constitution ?

Une société peut-elle se passer d'une Constitution ?

La portée légitimatrice des Constitutions ne tient pas uniquement aux règles substantielles qu'elles contiennent en vue d'organiser une société donnée. C'est aussi en elles-mêmes qu'elles légitiment l'exercice du pouvoir. Elles apparaissent comme le moyen des gouvernés de se fixer des règles communes. Le phénomène constitutionnel se présente alors sous la forme d'une méthode, d'une procédure, destinée à assurer la légitimité des normes qui en résultent. La question des sources factuelles et sociales à l'origine de l'émergence du constitutionnalisme moderne doit nécessairement être posée pour appréhender la signification de ce dernier. Processus de résolution des conflits internes à une société, le phénomène constitutionnel s'est imposé comme le média juridique indépassable de la paix sociale au sein d'un territoire. Il convient dès lors d'interroger les facteurs ayant entraîné, dans l'histoire, l'apparition des Constitutions en vue de chercher à les systématiser. La permanence du processus, aujourd'hui universel, nécessite néanmoins de ne pas se cantonner à une approche strictement historique. Le besoin de Constitution continue de s'exprimer avec force à l'heure actuelle dans des contextes qui semblent bien différents de ceux qui ont par le passé conduit à son émergence. L'actualité nous donne alors la possibilité d'une comparaison verticale des expressions de la volonté constituante et ne cesse de poser la question de la portée du phénomène : Une société peut-elle se passer d'une Constitution ?

L'émergence des Constitutions

Les Constitutions modernes sont véritablement apparues au cours du XVIIIe siècle, celle de 1720 adoptée en Suède s'érigeant en pionnière d'une réalité amenée à largement se généraliser. L'expérience suédoise fut néanmoins vite éclipsée par les exemples américain et français de la fin du siècle. A chaque fois le phénomène constitutionnel a constitué un point de rupture en opposition à des institutions rejetées par le corps social. Il semble donc caractériser un instrument de libération des gouvernés à l'égard d'un pouvoir jugé injuste, ou tout du moins illégitime. En reprenant l'émergence des différentes Constitutions à travers l'histoire, il convient de se demander quels facteurs expliquent la volonté des peuples de se doter d'une Constitution. La systématisation de ces justifications sera en mesure d'apporter un premier éclairage sur les sous-bassements du caractère légitime de la relation gouvernants-gouvernés telle qu'elle est organisée par l'édition de normes constitutionnelles.

La volonté de se doter d'une Constitution – L'exemple des révolutions arabes

Au tournant de l'année 2011 la Tunisie connut un mouvement populaire à l'origine de ce qui fut par la suite qualifié de « révolutions arabes » ou de « printemps arabe ». Les populations des pays de la région vont en effet embrayer le pas de la révolte tunisienne et manifester leur volonté de changement institutionnel. Les facteurs à la source de ce mouvement sans précédent sont nombreux. Ils sont à même de permettre une étude actuelle des origines du phénomène constituant. Les revendications révolutionnaires présentent-elles une forme d'unité ou, au contraire, caractérisent-elles une diversité d'orientations ? Quel était l'objectif recherché par l'intermédiaire de l'instauration de nouvelles Constitutions ? Quelle est concrètement la direction poursuivie par les autorités constituantes en vue de respecter la volonté populaire ?

III) Quelle Constitution ?

Peut-on encore se passer d'une réflexion constitutionnelle ?

La diffusion universelle du phénomène constitutionnel ne se limite pas au seul processus normatif conduisant à l'adoption d'une Constitution. Elle caractérise également une hégémonie substantielle de la notion. Les normes constitutionnelles ont été l'instrument juridique de concrétisation du libéralisme politique. Elles ont permis de fonder la légitimité de l'Etat sur les théories de la souveraineté nationale ou populaire. Le contexte de leur apparition s'est répercuté sur les caractéristiques intrinsèques de la notion.

Il s'agit en premier lieu de constater que les Constitutions sont aujourd'hui des vecteurs d'application d'une unique théorie politique. La recherche d'effectivité de la liberté est passée d'un paradigme purement institutionnel – la liberté des citoyens y est assurée par l'origine électorale du pouvoir et la séparation des organes chargés de l'exercer – à une dimension bien plus subjective. L'organisation du pouvoir qui résulte de cette évolution s'est rapidement imposée comme étant un véritable idéaltype repris par la communauté internationale. La perméabilité des Constitutions des Etats en crise a alors largement favorisé la consécration d'un modèle hégémonique qui ne fut pas accompagnée d'une réflexion sur son éventuel dépassement.

En second lieu, le phénomène constitutionnel s'est toujours pensé dans un cadre strictement national. Or, le processus de mondialisation se renforce dans toutes ses facettes et interroge la pertinence de ce cadre pour l'action publique. Il n'est que peu de domaines qui présentent actuellement des problématiques uniquement nationales, ce qui renouvelle l'approche des politiques publiques et des institutions chargées de les mettre en place.

L'organisation d'un pouvoir surplombant les Etats souverains voit le jour de manière pragmatique dans une diversité d'espaces géographiques. Il ne s'envisage surtout que sous le prisme des instruments normatifs existants, ce qui peut constituer un obstacle à son perfectionnement.

Que ce soit à l'égard de leur contenu substantiel ou de leur champ d'application territorial, les Constitutions modernes semblent indépassables pour organiser le vivre ensemble. La complexité des sociétés contemporaines et la multiplicité des enjeux soulevés posent la question de savoir si l'on peut encore se passer d'une réflexion constitutionnelle.

Repenser les Constitutions internationalisées

L'institution de nombreuses Constitutions récentes illustre la diffusion d'un modèle indépassable fondé sur les grands principes de l'Etat de droit. La portée universelle du constitutionnalisme libéral tient en l'importante perméabilité du phénomène constitutionnel dans les Etats en crise. Un facteur humain vient tout d'abord expliquer une telle expansion car l'on retrouve bien souvent dans les processus constituants des représentants extérieurs à la société concernée. Ils se révèlent être dépositaires d'un modèle particulier, historique, de Constitution et prônent nécessairement la transposition de solutions normatives ayant fait leur preuve dans d'autres systèmes. Un facteur juridique intervient également. Il n'est en effet pas rare de voir certaines Constitutions avoir un contenu directement imposé par la communauté internationale. La mise en place de telle ou telle norme se présente alors comme une véritable obligation juridique, ne manquant pas d'interroger la souveraineté du pouvoir constituant. La généralisation des Constitutions « clés en main » ne constitue-t-elle pas un obstacle à la nécessité de penser les Constitutions dans l'environnement historique, social, et culturel des Etats qu'elles sont amenées à régir ? Comment, dès lors, garantir la légitimité de ces Constitutions ? Au-delà se pose la question de la portée accordée aux normes constitutionnelles ainsi diffusées. L'universalisation des concepts n'est-elle pas à la source d'un affaiblissement de la réflexion constitutionnelle ? Pouvons-nous imaginer d'autres modalités d'organisation de la vie en société ?

Penser une Constitution supranationale

Le droit supranational occupe une place toujours plus importante dans les ordres juridiques nationaux. L'Union européenne est sûrement l'expression la plus aboutie de ce constat et représente un parfait exemple de l'insuffisance d'une approche stato-centrique. Elle se structure autour d'un « quadripartisme institutionnel », à savoir une séparation des pouvoirs renouvelée afin de permettre la prise en compte de la diversité des légitimités exprimées au sein des organes européens. Les traités fondateurs, organisant les diverses institutions et leurs relations, comme la charte des droits fondamentaux permettent

toutefois de déceler une forme de Constitution matérielle entendue traditionnellement. Cette seule présence doit-elle empêcher une réflexion constitutionnelle avec tout ce que cela implique, notamment en termes d'exigences démocratiques d'adoption ? Le processus constituant est-il envisageable au niveau d'une structure surplombant des Etats souverains ? Une organisation constitutionnelle à ce niveau entraîne-t-elle nécessairement une structure de type fédéral ? Comment imaginer une Constitution supranationale sans se calquer sur le modèle étatique d'organisation du pouvoir ?

IV) Au-delà de la Constitution

Peut-on se passer d'une Constitution existante ?

Table ronde

La Constitution ne peut se comprendre uniquement au travers des seules prescriptions textuelles. Elle doit nécessairement être saisie de manière plus large grâce à l'appréhension de données appartenant à un ensemble non écrit de règles dont l'origine, qu'elle soit politique ou sociale, appartient elle aussi au droit constitutionnel. Les textes régulant l'exercice du pouvoir n'ont effectivement un sens que par l'intervention des acteurs de la vie institutionnelle. L'idée n'est pas ici de résoudre le débat opposant coutumes et conventions de la Constitution mais bel et bien de saisir la portée des relations entre l'écrit et le non-écrit dans la sphère constitutionnelle.

Les gouvernants sont à la fois acteurs et récepteurs de la Constitution. Le constat rend légitime l'application de la norme suprême par les pouvoirs constitués sur la base d'une interprétation de la Constitution qui leur est propre. De cette interprétation résulte une pratique politique concrétisant l'exercice des compétences textuellement attribuées aux gouvernants. Bien que nécessaire, la pratique peut en revanche se révéler violation lorsqu'elle dépasse les limites fixées par la Constitution. Jusqu'où peut alors se concevoir la liberté nécessaire des gouvernants à l'égard du texte constitutionnel ?

Les règles constitutionnelles ne peuvent pas tout prévoir *a priori* et il est nécessaire de laisser une marge de liberté aux acteurs politiques. Comment se matérialise alors la nécessité de dépasser la Constitution pour les gouvernants ? A partir de quel moment une pratique peut-elle constituer une violation de la Constitution ? La conduite des gouvernants doit-elle se conformer à l'« esprit » de la Constitution ? A quel point la pratique antérieure constitue-t-elle une contrainte pour les acteurs politiques ?

La problématique intéresse également le Conseil constitutionnel dans son office d'application du texte suprême. La question se pose tout d'abord de savoir de quelle manière les juges peuvent appréhender la pratique institutionnelle des acteurs politiques. Le Conseil dispose-t-il de moyens d'action à l'égard de cette dernière ? Dans quelle mesure peut-on tolérer que les pouvoirs politiques agissent en marge des prescriptions textuelles ? D'autre part, la juridiction se trouve être au cœur des relations entre l'écrit et le non-écrit dans la sphère constitutionnelle. Considérée comme étant l'interprète authentique de la Constitution, elle doit elle-même parfois prendre ses distances avec les dispositions strictement textuelles afin de dégager la norme effectivement appliquée. Se pose alors la question du degré de précision que doit revêtir une disposition constitutionnelle et, plus largement, de la marge de liberté qu'il convient de ménager aux juges dans l'exercice de leur pouvoir d'interprétation.