

**LETTRE ET ESPRIT.
PROLÉGOMÈNES À UNE PHILOSOPHIE
CONSTITUTIONNELLE**

*«Le Code d'une Nation est le dépôt universel des
règles, qui prescrivent les devoirs et les droits positifs
ou conventionnels de tous ses membres».*
Garção STOCKLER¹

I. CONSTITUTION NATURELLE ET CONSTITUTION CODIFIÉE

1. Constitutionnalisme naturel vs. constitutionnalisme codifié

Il y a des constitutions depuis toujours et il y en aura toujours. La constitution est une réalité sociale «naturelle»: voilà le «concept historique universel de constitution», proclamé à sa façon par Lassalle, dans une conférence célèbre, *Über Verfassungswesen* (1862).

Il y a, en effet, un constitutionnalisme premier, le naturel, l'ancien, le traditionnel, ou l'historique, et il y a aussi un autre constitutionnalisme, raisonné, volontariste, codifié ou moderne, que l'on appelle souvent «constitutionnalisme» tout court. D'ailleurs, une des différences entre le constitutionnalisme traditionnel et le constitutionnalisme moderne, c'est justement que le premier pensait aux droits des Français, des Anglais, des X ou des Y, tandis que le constitutionnalisme moderne pense désormais aux droits de l'Homme en général. Il est ainsi, dès son début, universel, on dirait aujourd'hui «global».

On peut considérer dans l'histoire constitutionnelle deux époques successives (même s'il peut y avoir des résidus d'époques plus anciennes

1. Cette notion de Code (soulignons: «le Code» «d'une Nation») est très semblable à celle de Constitution. Cf. Francisco de Borja Garção STOCKLER, *Elogio Historico de Pascoal José de Mello Freire dos Reis pronunciado na Assembléa Publica da Academia R. das Sciencias de 17 de Janeiro de 1799, e dedicado a Sua Alteza Real o Principe D. João nosso Senhor por... Secretario da mesma Academia*, Lisbonne, Na Typographia da Academia Real das Sciencias, 1799, p. 14.

dans les plus récentes et d'éventuelles revitalisations ou anticipations): l'époque pré-révolutionnaire et pré-libérale des constitutions que l'on appelle «traditionnelles», «historiques», ou «naturelles» et l'époque post-révolutionnaire et libérale (puis post-libérale ou sociale et après la période présente, néo- ou ultra-libérale) des constitutions *codifiées* qui relèvent du constitutionnalisme moderne et volontaire (voire «volontariste»).

La doctrine a pendant longtemps mis l'accent sur la ligne de démarcation du libéralisme; cependant, la question pourra être révisée car, depuis quelque temps, c'est le legs républicain qui émerge dans les analyses des historiens et des théoriciens, et son rôle n'est pas négligeable dans le triomphe du constitutionnalisme moderne². Au contraire. Et il y a aussi le problème présent, l'oubli et le mépris des constitutions du Sud de l'Europe, comme les constitutionnalistes italiens le dénoncent souvent et les pressions et catilinaires contre la cour constitutionnelle portugaise, pour ne donner que deux exemples³.

Pendant un certain temps, la doctrine dominante a aussi pratiquement ignoré le premier groupe de constitutions, laissant même supposer que le phénomène constitutionnel ne pouvait être que moderne et volontaire. Néanmoins, des études historiographiques et jusconstitutionnelles sérieuses ont réintégré cette autre dimension au sein de la doctrine dominante. Aujourd'hui, elle semble généralement admise.

Le problème s'est naturellement posé lors de la discussion soulevée par la codification de la Constitution européenne⁴.

En résumé, la constitution naturelle, historique, traditionnelle est éparse, non codifiée, elle résulte de l'écoulement du temps et de la sédimentation au fil du temps tandis que la constitution moderne, codifiée, volontariste est systématique, synthétique, elle est conçue comme un véritable code de droit constitutionnel, soigneusement planifié, «scientifiquement» élaboré et parfaitement autonome par rapport aux autres sources du droit. Elle est d'ailleurs explicitement la source des sources de celui-ci (cependant, dans le constitutionnalisme naturel, ce statut normogénique pourrait encore être remis en cause).

Il semble indéniable que la protection des personnes est depuis très longtemps une préoccupation, du moins dans certains pays ou certaines zones culturelles. Le comparatisme constitutionnel synchronique et diachronique réserve des surprises. En effet, des systèmes de protection ont existé avant les révolutions modernes: celui de la péninsule ibérique en fournit un

2. Cf. p. ex., S. M. GRIFFIN, *American Constitutionalism. From Theory to Politics*, Princeton, Princeton UP, 1996, p. 189 et suiv.

3. Cf. notre livre *Constituição & Política*, Coimbra, Almedina, 2012.

4. Cf. notre livre *Novo Direito Constitucional Europeu*, Coimbra, Almedina, 2005.

exemple⁵. Même si le droit constitutionnel antérieur à la Constitution n'était pas codifié, les ordonnances («*Ordenações*») du Royaume du Portugal en étaient fondamentalement imprégnées, notamment dans leur livre II⁶. Cela n'altère toutefois nullement la spécificité du constitutionnalisme historique. Ce n'est qu'avec le constitutionnalisme moderne qu'apparaît une triade mythique fondamentale et fondatrice: *Un texte sacré, codifié* (*sacred instrument*, c'est ainsi que les Américains appellent solennellement leur Constitution); *Séparation des pouvoirs* (selon la division classique issue de Montesquieu en pouvoir législatif, judiciaire et exécutif); *Droits de l'Homme ou Droits Fondamentaux* (selon une perspective universelle pour les premiers, ou nationale, pour les derniers) expressément consacrés par la Constitution.

À ces trois éléments, nous pouvons ajouter l'importance croissante du *suffrage* dans le choix des représentants, manifestation de la *souveraineté du peuple*.

Les premiers traits caractéristiques du constitutionnalisme moderne figurent déjà, expressément ou tacitement (seul le premier est tacite), dans l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen: «*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution*».

Almeida Garrett, juriste, politique et dramaturge romantique portugais (1799-1854), nous semble avoir été l'un des interprètes les plus lucides du changement de paradigme, ce qui est remarquable pour un contemporain de ce changement. Pour lui, l'avantage principal des constitutions modernes, codifiées, résidait surtout dans le fait qu'elles pouvaient fixer sur le papier (et ainsi graver dans la mémoire collective) les droits des peuples qui, dans une constitution sans support matériel durable, risquaient d'être jetés aux oubliettes par les pouvoirs ou de faire l'objet de leur mépris. Ce qui constitue aussi une belle apologie du droit positif. En effet, les préambules de la Constitution française de 1791, espagnole de 1812 (de Cadix) et portugaise de 1882 renvoient tous, d'une façon ou d'une autre, au mythe d'une époque pré-absolutiste (mythe néanmoins réalisable) et reconnaissent tous que les maux actuels résultent précisément d'une faille des constitutions traditionnelles: leur manque de protection contre l'oubli des anciens droits et des anciennes libertés.

Nous ne pouvons donc négliger l'héritage et l'exemple que nous lègue le constitutionnalisme naturel. Il est beaucoup plus qu'une matière d'enseigne-

5. Cf. P. FERREIRA DA CUNHA, J. AGUIAR E SILVA et A. LEMOS SOARES, *História do Direito. Do Direito Romano à Constituição Europeia*, Coimbra, Almedina, 2005, notamment p. 333 et suiv.

6. Cf. notre livre *Raízes da República. Introdução histórica ao direito constitucional*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 30 et suiv., 93 et suiv.

ment ou qu'une matière culturelle. Il est curieusement très actuel, comme on le verra à la fin de ce livre.

2. Du constitutionnalisme naturel au constitutionnalisme codifié⁷

L'expression «constitutionnalisme» tout court désigne surtout les mouvements constitutionnels modernes remontant à la Révolution anglaise du XVII^e siècle (ou aux diverses révolutions anglaises de la même époque), laquelle a ravivé la conscience de la dignité et des droits en commençant par le refus symbolique d'un impôt sur les bateaux (*ship money*). Le souvenir des anciennes libertés garanties par la *Magna Carta* et l'*Habeas Corpus* n'est sans doute pas étranger à ce refus. Le mot d'ordre était que l'impôt impliquait le consentement préalable du peuple: *no taxation without representation*.

C'est aussi la levée d'impôts qui déclenchera la Guerre d'Indépendance des États-Unis, dont l'événement le plus frappant, en tant que mythe initial, est la *Boston tea party* résultant d'un problème d'impôts sur le thé, et la Révolution française, puisqu'elle a éclaté après la convocation des États généraux (oubliés du pouvoir depuis longtemps) par le roi Louis XVI, dont les coffres étaient vides et qui espérait bien les persuader à consentir une augmentation des impôts.

Outre ces trois grands moments, il convient de signaler l'importance inspiratrice (même s'il s'agit surtout d'inspiration mythique) des anciennes libertés ibériques, qui peuvent être considérées comme des modèles de constitutionnalisme historique, traditionnel ou naturel. Le grand texte sur ces libertés reste le célèbre passage de l'écrivain portugais Teixeira de Pascoaes (1877–1952) que nous traduisons partiellement ici:

«Il est indéniable que notre jurisprudence découle des lois gothiques et romaines et que celle de ces derniers temps n'est autre qu'une copie très inférieure des lois étrangères qui ont complètement dénaturé le corps juridique de l'État. Mais il y a des lois dans notre ancienne législation (...). Nous avons encore les chartes communales et les principes de droit politique établis par les anciennes *Cortes* qui révèlent l'esprit d'indépendance et de liberté qui a toujours animé l'âme du peuple. Celui-ci intervenait dans le gouvernement du pays, dans la succession au trône, dans tous les actes d'intérêt général que le roi pratiquait: la guerre et la paix, la levée d'impôts, etc., et il exerçait aussi une surveillance rigoureuse des agissements des hommes d'État, dont certains ont été accusés et

7. Cf. notre livre *Teoria da Constituição*, vol. I, *Mitos, Memórias, Conceitos*, Lisbonne / São Paulo, Verbo, 2002, pp. 101-154.

condamnés! En plein Moyen Âge, pendant que d'autres peuples gémissaient sous le joug du pouvoir absolu, nous imposions la forme conditionnelle de pouvoir à notre monarchie: le roi gouvernera s'il en est digne et il gouvernera selon notre volonté, exprimée dans des *Cortes* générales réunies tous les ans. Nous avons d'autres lois anciennes issues de la coutume, qui leur a conféré une nuance originale, caractéristique du génie portugais»⁸.

Que ce soit par intérêt ou par conviction, peu importe, ces anciennes libertés ont été invoquées par les libéraux du XIXe siècle pour réclamer la nouvelle liberté. Les anciennes *Cortes* portaient en leur sein les nouvelles assemblées, comme l'a observé dans ses mémoires le libéral José Liberato Freire de Carvalho⁹.

La distinction entre constitutionnalisme naturel et constitutionnalisme moderne a été en quelque sorte oubliée dans certains milieux. Pendant quelque temps, on aurait dit qu'elle était apparemment consensuelle, bien que les chercheurs se soient finalement positionnés d'un côté ou de l'autre. Aujourd'hui, comme c'est le cas pour les concepts de droit naturel classique et de jusrationalisme (liés chacun à une certaine époque), une analyse de la sédimentation et de la validité théorique de cette distinction est en cours. Ces catégories, si pratiques pour l'étude, ne sont peut-être pas totalement remises en question. Mais des textes comme celui de José Liberato ainsi que des figures de transition comme António Ribeiro dos Santos ou Silvestre Pinheiro Ferreira, remettent en cause les certitudes absolues particulières sur les moments de rupture et ceux de continuité. Ils suggèrent aussi des relations, des liens apparemment impensables en raison de leur hétérodoxie. Par exemple: la continuité libérale d'un certain traditionalisme ou les *mixed feelings* de libéraux face à un autre personnage complexe comme le Marquis de Pombal. La distinction entre le traditionnel et le moderne a peut-être été trop souvent soumise à une logique politique. Les raisons philosophiques et méthodologiques seraient certainement tout autres¹⁰.

Comme on le sait, les révolutions constitutionnelles fondatrices¹¹ sont la Révolution anglaise du XVIIe siècle (qui, dans un certain sens, est encore parfois considérée comme une sorte de prolégomènes constitutionnalistes), l'indépendance des colonies anglaises d'Amérique du Nord

8. T. DE PASCOAES, *Arte de ser Português*, Lisbonne, Assírio & Alvim, 1991, pp. 78-79.

9. J. L. FREIRE DE CARVALHO, *Memórias da Vida de...*, 2e éd., Lisbonne, Assírio & Alvim, 1982 [1ère éd., 1855].

10. Cf. notre livre *Síntese de Filosofia do Direito*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 193 et suiv.

11. Cf. notre livre *Teoria da Constituição*, vol. I. *Mitos, Memórias, Conceitos*, pp. 155-248.

ou «Révolution américaine» et la Révolution française, qui s'est répercutée par vagues dans tout l'Occident et n'est donc que le point de départ de ce que certains appellent «la grande révolution occidentale»¹².

La leçon que l'on tire de ces révolutions libérales (ou proto-libérales dans le cas de l'anglaise) fondatrices est irremplaçable. Elles ont rompu non seulement avec une cosmovision, une perspective du monde sur le pouvoir et la politique, mais aussi avec la place de l'être humain lui-même, de sorte que nous avons aujourd'hui du mal à concevoir ce que les gens pensaient réellement auparavant. Si nous nous rappelons que, selon la tradition, le philosophe allemand Emmanuel Kant, dont la vie était extrêmement bien réglée, n'a fait une entorse à son horaire de retour à la maison que deux fois dans sa vie (la première pour acheter *Le Contrat social* de Rousseau et l'autre pour avoir des nouvelles de la Révolution française) et que ce même philosophe a défini, de façon décisive le siècle des Lumières comme l'époque d'émancipation de l'Humanité¹³, dont la devise serait dorénavant *sapere aude*, nous comprenons mieux que le constitutionnalisme ait été le point culminant et un élément constitutif d'une profonde révolution culturelle et non pas une simple superstructure politique ou légaliste.

Un autre héritage essentiel légué par les mouvements constitutionnels révolutionnaires est la lutte politico-constitutionnelle dans des ouvrages constituants cités à maintes reprises en raison de leur caractère originel, fondateur et mythique.

Les mythes de l'évolution constitutionnelle dans ces trois pays sont également une source irremplaçable d'enseignements¹⁴.

Pour toutes ces raisons, il est absolument indispensable d'établir un contact aussi «direct» que possible avec ces époques de laboratoire constitutionnel vaste et bouillonnant, grâce à l'étude patiente (mais fascinante) de l'histoire constitutionnelle.

12. Cf., p. ex., J. GODECHOT, *La Grande Nation. L'expansion révolutionnaire de la France dans le monde*, 2 vols, Paris, Aubier, 1957.

13. I. KANT, Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?, in *Berlinische Monatsschrift*, décembre 1784, pp. 481-94.

14. A. POITRINEAU, *Les Mythologies révolutionnaires*, Paris, PUF, 1987; D. HARTH / J. ASSMANN (org.), *Revolution und Mythos*, Francfort sur Main, Fischer, 1992; Y. CHALAS (org.), *Mythe et Révolutions*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1990; notre livre *Droit et récit*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2003, p. 61 et suiv. En outre, au sujet des mythes plus modernes, A. RESZLER, *Mythes politiques modernes*, Paris, PUF, 1981.



3. Codification et constitutionnalisme

Codification et constitutionnalisme sont deux choses différentes¹⁵. Même si on considère la codification au sens strict, loin de tout concept de compilation, et comme codification moderne, systématisée. Même si on considère le constitutionnalisme, également dans l'acception technique, en tant que mouvement constitutionnel de l'époque moderne, surtout lié aux Lumières¹⁶.

Il s'agit, en effet, de deux réalités différentes, qu'il faut distinguer. La seule façon de grouper les deux concepts en un seul, tributaire d'une des expressions en cause, ce serait de parler de codification moderne dans un sens extrêmement large, qui puisse s'analyser dans tout type de documents structurants du droit et de la politique. Ainsi, sous l'étiquette de «codification moderne», nous aurions les codes de droit politique, c'est-à-dire les constitutions, et même les chartes constitutionnelles¹⁷, et les déclarations de droits. Ainsi que les codes des diverses branches du droit de chaque pays.

Mais ce serait une catégorie très peu utile.

En principe, la codification se penche sur les domaines du droit privé (civil, commercial, ...) et du droit pénal¹⁸. Par cette voie, plusieurs matières d'intérêt politique sont en cause. Mais la codification procède calmement et avec prudence. Elle semble donner aux questions qu'elle traite un contenu assez technique et pratique. Cependant, que fait-elle? Elle établit les sources de tout le droit, elle définit les sujets de droit, elle régule la propriété et même la liberté, notamment par la stipulation des conduites considérées comme criminelles auxquelles elle associe des sanctions pénales.

Tout cela, étant propre à ces codes, n'en définit pas moins les bases de fonctionnement de la communauté politique, et constitue effectivement les remparts (ou les fondations) de la *Polis*, que les classiques identifiaient à la constitution.

On dirait alors que la codification finit par constituer le développement appliqué aux cas les plus immédiats et à ceux qui concernent le plus

15. Mais il y a des relations entre eux. Cf., *inter alia*, B. CLAVERO, Codificación y constitución: Paradigmas de un binomio, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 18, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 79-145.

16. Cf. notre livre *Mito e Constitucionalismo*, *op. cit.*, p. 117 et suiv.

17. Les constitutions conventionnelles ou octroyées (normalement dites «Chartes constitutionnelles») ne sont pas couvertes par le concept rigoureux de constitutionnalisme (moderne), lequel implique une rupture avec le principe monarchique ou la monarchie dualiste. Cf. C. DA COSTA, Constitucionalismo, in *Pólis*, vol. I, Lisbonne, Verbo, 1983, cols 1151-1156.

18. Avec les matières de procédure respectives, qui seront autonomisées en codes spécifiques.

les divers acteurs juridiques des grands principes politiques que les constitutions cherchent à rendre juridiques.

Mais cette assertion même ne peut être acceptée sinon sous bénéfice d'inventaire.

En fait, elle comporte plusieurs exceptions et plusieurs nuances.

D'une part (on doit le préciser avant tout), il peut arriver que cette constitution, dont les codes seraient la concrétisation, peut ne jamais voir le jour dans les journaux officiels. Elle peut être non écrite, ou non codifiée, constituée par des éléments dispersés, et même historiquement superposés, sédimentés, par couches géologiques, comme ce sera le cas de la constitution anglaise.

D'autre part –et l'exemple anglais demeure éclairant– il peut arriver qu'un constitutionnalisme (mouvement constitutionnel, d'idéologie et mythologie constitutionnelles) non codifié puisse coexister avec l'absence de codification.

D'autre part encore (et nous ne sommes en train de voir que les cas de non-occurrence de la thèse générale), la chronologie et les liens directs entre codes et constitutions écrites varient beaucoup. Deux exemples symétriques:

Les États-Unis ont eu très tôt une constitution mais, sauf dans le cas très spécifique de la Louisiane, influencé par le legs espagnol et français, ils ne connaissent pas de vrais codes¹⁹.

La Prusse et la Bavière ont vécu une codification précoce qui n'a pas été suivie d'une constitutionnalisation (naturellement aussi à cause des vicissitudes de l'unification allemande)²⁰.

Il n'est sans doute pas nécessaire de citer les cas de pure et simple importation de codes ou de constitutions, comme l'adoption du code civil suisse en Turquie ou de la constitution espagnole de Cadix au Portugal et au Brésil²¹.

Il y a aussi les problèmes complexes qui résultent de la coexistence légale entre une constitution nouvelle et nationaliste et des codes relevant des autorités coloniales, dans les pays d'indépendance récente – c'est le cas des anciennes provinces d'outre-mer du Portugal²².

De toutes ces objections et précisions, on doit peut-être tirer une conclusion,

19. Cf. E. AGOSTINI, *Droit Comparé*, Paris, PUF, 1988, p. 296 et suiv.

20. Plusieurs exemples de cette relation pas toujours évidente entre codes et constitutions, in G. TARELLO, *Storia della Cultura Giuridica Moderna. Assolutismo e Codificazione del Diritto*, Bologna, Il Mulino, 1976, p. 24.

21. Au Brésil, le texte n'a duré légalement qu'un jour. Au Portugal, il a été adopté dans la partie électorale pour les élections des députés constituants de 1821.

22. À la législation codifiée les nouveaux pouvoirs ont commencé par ajouter, dans un mixage très ... «médiéval», des mesures éparses collectivistes, et même de retour aux formules pré-Lumières ou pré-humanistes contemporaines, comme la réintroduction de la peine de mort, de la bastonnade, etc.

pour nuancer la thèse présentée: les codifications sont, quand elles existent, une façon de consacrer, par une législation unique et articulée, les principes de la constitution des Lumières, révolutionnaire, libérale, etc., laquelle peut être écrite ou non, codifiée ou non, etc.

C'est-à-dire que, quand la codification est antérieure à la constitution écrite, elle anticipe les idées des Lumières que l'autre viendra consacrer... si elle en vient à être rédigée un jour. Quand l'inverse se produit, c'est la constitution qui proclame les grands principes que les codes vont développer et appliquer aux mille et un recoins de la vie des citoyens... s'ils en arrivent à être rédigés un jour.

Si les constitutions n'en arrivent pas à être rédigées, il y a un climat général, une constitution «matérielle», du moins dans la classe politique qui va l'appliquer sans connaître le texte, en lui connaissant un texte rituel²³, ou en substituant le rituel au texte – comme c'est le cas de la praxis britannique²⁴. Mais normalement il n'est pas question d'inexistence totale de textes. Il s'agit d'absence de codification.

Si les codes n'en arrivent pas à être élaborés, il y a une batterie de lois éparses (qui finissent par être compilées en collections et ainsi publiées, parfois même par des auteurs privés, normalement par des juristes sans autre pouvoir que leur science) qui reflètent les principes constitutionnels tant de la constitution codifiée que de la constitution non codifiée. Il s'agit ici, tout simplement, de l'absence de codification des lois.

Alors, tout conflue dans cette idée: codification et codification constitutionnelle (processus d'élaboration des constitutions écrites) sont des formules qui n'épuisent pas le noyau politico-culturel de la modernité et des Lumières. Elles sont, il est vrai, les formes les plus caractéristiques dont ces Lumières se sont revêtues. Mais elles sont compatibles avec leur absence même. Il suffit que la législation et l'esprit du temps s'harmonisent dans ce sens²⁵.

4. Une cosmovision commune

La primauté du contenu sur la forme s'affirme une fois de plus.

Ce qui importe le plus dans les Lumières juridiques et politiques, c'est

23. K. SPENCER, *Mythology and values*, *Ariana*, n° 1, 1982, pp. 59-60: «Si le mythe est un texte rituel, alors les faits mythiques devraient être reconnus dans les actes rituels» (texte anglais: «If a myth is a ritual text, then the mythical events should be recognizable in the ritual acts»).

24. Cf. Sir W. Ivor JENNINGS, *The Law and the Constitution*, 3e éd., London, University of London Press, 1948, p. 79 et suiv.

25. L'exemple anglais d'absence de constitution (codifiée) et de codification illustre bien une certaine imperméabilité aux Lumières juridiques, jusqu'à la phase de «continentalisation» du droit anglais. Mais c'est un cas particulier.

la conception du pouvoir, de l'Homme, du Monde, essentiellement rationnelle. D'aucuns la qualifieront aussi de calculatrice, matérialiste, propriétaire, bourgeoise, mais c'est le côté sombre, qui peut être dépassé.

La lutte entre les défenseurs et les adversaires de la codification en Allemagne au début du XIXe siècle, apparemment motivée par des questions méthodologiques et théoriques, n'était en fait que l'opposition entre deux modèles politiques, le parti libéral-bourgeois étant pro-codification. Cette lutte était menée par les mêmes juristes qui se battaient pour la constitutionnalisation, laquelle servait les mêmes intérêts²⁶.

Cette cosmovision est servie par la proclamation des déclarations de droits, par l'institutionnalisation de la séparation des pouvoirs, par l'élaboration des constitutions écrites, produits d'assemblées constituantes élues, dépôts de la souveraineté populaire²⁷.

Cette cosmovision est aussi puissamment renforcée par l'approbation de codes qui transforment en technique aseptisée et en abstraction tranquille les options politiques que les constitutions –statuts juridiques du politique²⁸– laissent encore transparaître, comme réalités idéologiques et mythiques qui dénoncent, malgré tout leur caractère juridique formel, une imparfaite domestication de la politique par les articles du droit²⁹.

Mais dans toute situation historique –avec ou sans constitution ou codification– ce qui est le plus important, c'est la cosmovision de base.

Ainsi, ce qui lie vraiment codification et constitutionnalisme –plus que la stricte solidarité libérale, plus que le caractère plus ou moins illusoire (et ainsi mythique) des droits libéraux, qu'ils soient constitutionnels ou civils, plus que le commun désir d'abattre les corps intermédiaires³⁰– c'est quelque chose de plus (ou le verra mieux par la suite). Bien que tout cela soit indiscutablement vrai.

26. Dans le même sens, G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, op. cit., pp. 25-26.

27. Rappelons les éléments mythico-constitutionnels essentiels: mythe de la séparation des pouvoirs, mythe du texte constitutionnel écrit (et sacré), mythe des droits de l'Homme. Ils sont implicitement ou explicitement présents dans l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Cf., en général, S. GOYARD-FABRE, *Philosophie Politique, XVIe-XXe siècle*, Paris, PUF, 1987, pp. 330-331. C. DA COSTA, *Constitutionalismo*, *Pólis*, I, art. cit.

28. J. J. G. CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 5e éd., Coimbra, Almedina, 1991, p. 27 et suiv.

29. Cf. nos articles, *Mito e Ideologias. Em torno do Preâmbulo da Constituição*, *Vértice*, II série, n° 7, octobre 1988, p. 25 et suiv., et *Constitution, Mythes et Utopie*, in AA. VV. – 1791. *La Première Constitution Française*, Paris, Economica, 1993, p. 129 et suiv.

30. Cf. G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, op. cit., p. 25 et suiv.

5. Codification et constitutionnalisme: raison et / ou mythe?

Ce que la codification et le constitutionnalisme prétendent (allégation souvent naïve, illusoire), c'est d'instituer la raison dans la politique, dans le pouvoir. Ils attaquent le chaos et l'arbitraire mythiques³¹. De là dérive leur idée de juridiciser la politique. Parce que le droit, juridique lui-même (dirait La Palisse), prêterait du géométrisme organisé et froid à ce monde obscur et chaud de passions irrationnelles qu'était la politique, le pouvoir.

Le constitutionnalisme, freinant les instincts et les malédictions viscérales du pouvoir, le domestique dans une camisole de force d'articles, qui non seulement définissent les titulaires du pouvoir, mais qui permettent aussi une circulation régulière des élites à travers des procédures de majorités – les rites électoraux. En même temps, cette baguette magique défend les sujets de l'arbitraire du pouvoir, leur donnant (ou leur reconnaissant) des droits naturels, inaliénables et imprescriptibles.

En donnant une dimension concrète à ces droits sacrés, de la propriété absolue aux principes du *nullum crimen...* et de la *nulla poena...*, la codification en fait autant.

Nous sommes ainsi devant une tentative d'abolition de l'irrationalité, la *capitis diminutio* en politique et en droit. Et le droit, en devenant géométrie, va apporter à la politique cette certitude: il serait la fin du mythe dans les domaines du pouvoir et de la justice. Le moment appartiendrait à la science.

Par ces prétentions à rationaliser, logiciser, mathématiser – on va encore mythifier.

31. En ce qui concerne le chaos juridique pré-codification et pré-Lumières, cf. G. STOCKLER, *Elogio Histórico de Pascoal José de Mello Freire dos Reis*, op. cit., p. 12. Ce texte est aussi –curieusement– un éloge de la Philosophie du Droit et du Droit naturel ... selon les modèles du jurarationalisme. Il contient le mythe d'un droit national, non romain (mais non celtique) cher à Mello Freire: «Des juristes [pratiques] misérables, surtout attentifs à expliquer les nuances et subterfuges de notre Forum, sans avoir au moins leur Philosophie, ont été, par conséquent les seuls interprètes de nos Lois, dont ils ont voulu expliquer l'esprit: les uns à travers les décisions des Magistrats, considérant comme fondements de notre Jurisprudence ce qui devrait être considéré comme leur conséquence; d'autres par les dispositions du Droit Romain en pareils cas, sans penser qu'une grande partie de notre législation, étant dérivée des coutumes nationales primitives, des usages et de la Jurisprudence arabe et du Code wisigothique, devrait nécessairement être parfaitement contraire aux Lois romaines; d'autres enfin par le commun avis des Docteurs, comme si les opinions dérivées de principes erronés pouvaient se communiquer mutuellement de la force, qu'aucune n'a individuellement. Ainsi dépourvus également des principes de la Critique, et du Droit Naturel, origine de tous les autres droits, ils ont bouleversé entièrement l'ordre des idées juridiques et, au lieu d'éclairer les lois et de rendre plus simple la pratique des tribunaux, ils n'ont réussi qu'à obnubiler celles-là et à compliquer prodigieusement celle-ci».

Essentiellement parce que les hommes ne sont pas des numéros, et que les sociétés ne sont point des équations pouvant se résoudre par une formule aprioristique, en fait déduite d'une plénitude logique antérieure qui avait déjà défini par des axiomes les qualités des inconnues.

Les grandeurs recherchées par la mathématique – la *Spécieuse*, l'algèbre, œuvre d'un juriste (François Viète), est pleine d'analogies avec les cas pratiques romains³² – ne constituent pas de vraies inconnues. Seuls l'Homme et la Transcendance sont la grande interrogation – et à cela l'utopie ne peut pas répondre.

Mais la mythification ne dérive pas seulement de l'utopisme du législateur, qu'il soit rédacteur de codes ou de constitutions. Elle naît naturellement de ses options idéologiques.

C'est qu'il n'y a pas d'idéologie sans mythe. Une qualité spécifique des choses idéologiques semble bien être leur *non-rationalité* et *non-scientificité* (même si l'on sait combien la science est aujourd'hui l'admission des erreurs et non pas un savoir absolument sûr³³). Les choses idéologiques sont matière d'opinion (*doxa*), susceptibles de discussion rhétorique – victimes normales, évidemment, des artifices de l'illusion, du slogan, du discours de légitimation ...

Le mythe va prospérer dans une ambiance pseudo-scientifique, pseudo-rationnelle. Parce que, voilé à cause de l'hypocrisie de la situation, il va se multiplier par lui-même. Il y a plus de *mythe* encore dans la négation du mythe.

En fait, ce qui fait le constitutionnalisme moderne et la codification, c'est l'adoption des mythes politiques de l'idéologie dominante³⁴, servis au niveau juridique par des mythes juridiques.

Mais l'imagination des hommes est courte. Probablement parce que leur mémoire l'est aussi.

Et c'est ainsi que la triade mythico-constitutionnelle, sur laquelle tout l'édifice juridique et politique a été bâti, n'est qu'une traduction laïcisée des anciens mythes religieux, qui dominaient la cosmovision de la période antérieure.

À la confluence idéologique, rationaliste et prétendument antimythique de la codification et du constitutionnalisme s'ajoute, dans le cas portugais, une autre particularité qui va dans le même sens qu'un parallèle entre les deux.

32. Cf. M. SERRES, *Science, droit*, in *Le contrat naturel*, Paris, François Bourin, 1990, pp. 94-95.

33. Ce qui a déjà été dénoncé, précisément à propos de la philosophie constitutionnelle, par António José BRANDÃO, *Sobre o conceito de constituição política*, Lisbonne, s/e, 1944.

34. Les mythes libéraux, plus démocratiques, plus sociaux, puis ... selon les courants de la mode et du pouvoir qui la suit.

C'est que l'état de la compilation pré-codificatrice était semblable dans le domaine constitutionnel et dans les autres domaines – civil, procédural, criminel, etc. Dans les «*Ordenações*», le processus de systématisation constitutionnelle a accompagné la systématisation des autres disciplines.

Ainsi, lors de la phase de codification, on est simultanément confronté au problème de la constitutionnalisation. Ce qui était en cause, c'était l'ensemble du système normatif légal du *ius proprium*. Alors, au Portugal, par exemple, il fallait revoir tous les livres des «*Ordenações*», sans aucune distinction – du constitutionnel au criminel.

Si on considère qu'un des éléments de la constitutionnalité, du moins à titre indicatif, est la stabilité du texte légal, alors les «*Ordenações*» portugaises ont déjà cet élément de para-constitutionnalité. On a expressément considéré, après les rois Philippe du moins, que les «*Ordenações*» (y compris celles des Finances publiques) et les Articles des «*Sisas*» étaient des diplômes valables pour toujours, et qu'ils devaient donc être «*respectés*» et «*exécutés*», ce qui n'était pas le cas de la législation éparsée, laquelle était en principe enregistrée dans la Maison de la Supplication. La révision de tous les livres des «*Ordenações*» que les Philippe considéraient comme immuables, éternels, a, ainsi, le caractère d'une vraie révision constitutionnelle d'une constitution assez rigide. Et ce, sans parler spécifiquement de la révision proprement dite du livre constitutionnel, le Livre II.

Et c'est précisément de ces deux pierres de touche de l'ordre juridique concret de son temps (la «*constitution*» et le crime) que le professeur de Coimbra Mello Freire va s'occuper en tant qu'auteur de projets de «*Codes*». En effet, d'un code pénal, et d'une «*constitution*» octroyée... Mais cela dans la période finale de la constitution naturelle généralisée, au XVIII^e siècle.

II. LA CONSTITUTION NATURELLE AUJOURD'HUI ET DEMAIN

Reprenons l'exemple historique portugais. Au XVIII^e siècle, après la chute du marquis de Pombal, la reine D. Marie I a voulu un retour au vieil ordre traditionnel, non utopique. Pendant une certaine période, les juristes se sont occupés à rêver de la révision du livre II des «*Ordenações*». Et après des difficultés à la commission de révision, le pombalien Mello Freire, professeur à la Faculté de Lois à l'Université de Coimbra, a même été chargé de le faire seul. Il a utopiquement écrit un «*vrai code*», sévèrement critiqué par le censeur, son collègue de la Faculté de Canons de la même académie, Ribeiro dos Santos, lequel a ainsi acquis la renommée de «*libéral*», ou «*libéral avant la lettre*» et l'accusation de «*républicain*» et «*monarchomaque*».

Cette critique du projet despotique de Freire, en réalité aux couleurs traditionnalistes, allant de pair avec l'éclosion de la Révolution Française,



a tué les efforts de révision, un «pombalisme» sans Pombal. Les grandes transformations de la Constitution portugaise ne viendront ainsi que par la révolution libérale de 1820, et la constitution, dite «presque républicaine» de 1822³⁵.

Après cela, c'est la nouvelle période, celle du constitutionnalisme moderne, codifié (les constitutions de 1838, 1911 et 1976, ainsi que la charte de 1826 et la constitution autoritaire de 1933, approuvée par un plébiscite «limité»). Nous vivons encore cette période (la Constitution de 1976 reste vivante, surtout aimée par le peuple), bien que certains cherchent à remplacer la constitution par des voies inconstitutionnelles.

Mais il semble que la constitution naturelle revienne au galop.

Le droit constitutionnel comprend le droit constitutionnel de la constitution matérielle, celui de la constitution formelle et celui de la constitution instrumentale (peu importante, en termes théoriques: la consubstantiation matérielle du texte)³⁶. Mais le droit constitutionnel est en outre le droit fondamental de l'État et des formes politiques similaires (république *hoc sensu*, polis, fédération, empire...). C'est aussi le droit des institutions essentielles de l'Union européenne (dans ce cas, droit constitutionnel de l'Union européenne).

Enfin, on peut parler aujourd'hui d'un droit constitutionnel commun à l'Europe «communautaire», même si le projet de traité constitutionnel a été remplacé par celui d'un traité réformateur, qui est devenu le Traité de Lisbonne. En matière de constitution européenne, peu importe le nom: il existe depuis longtemps une véritable constitution matérielle euro-péenne³⁷. Mais si le traité de Lisbonne est proche d'une constitution formelle (s'il ne l'est déjà sous plusieurs aspects), l'inexistence de codification formelle dans l'Union européenne nous oblige toujours à considérer plusieurs sources. C'est-à-dire que, s'agissant d'une constitution éparse, la constitution européenne (elle existe!) est une constitution naturelle: faite du traité de Lisbonne, mais aussi de doctrine, de jurisprudence, de coutume, etc. Une question d'art et de temps (*a question of art and time*).

Mais l'élément naturel ne se borne pas au niveau européen. On assiste à une constitutionnalisation croissante des différentes branches du droit³⁸.

35. Pour toute cette période, cf. notre livre *Constitution et Mythe. Dialogues Franco-Portugais (1778-1826)*, en préparation.

36. Cf. notre livre *Traité de Droit constitutionnel*, Paris, Buenos Books International, 2010, p. 79 et suiv.

37. Cf. R. BUSTOS GIBERT, *La Constitución Red: Un Estudio sobre Supraestatalidad y Constitución*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2005.

38. Cf. p. ex., Anderson Vichinkeski TEIXEIRA (org.), *A Constitucionalização do Direito*, Porto Alegre, Safe, 2008.

Elle est imposée, certes, par la constitution formelle, mais elle ne serait pas efficace sans une culture constitutionnelle active, sans des cours constitutionnelles responsables (et capables, par exemple, dans les pays où cela existe, de déclarer l'inconstitutionnalité, même par omission). Tout cela est des signes de création constitutionnelle de façon naturelle et non codifiée au niveau constitutionnel proprement dit.

On parle notamment de la «constitutionnalité substantielle» du droit pénal, une des premières branches du droit à se redimensionner (en fait, à se rajeunir) en faisant appel aux nouveaux grands principes constitutionnels du monde moderne, où brille l'État de droit démocratique et social. On parle aussi notamment de «constitutionnalisation» du droit du travail, du droit fiscal, etc.

De nos jours, on ne peut plus soutenir la thèse d'Otto Mayer et d'Ernst Forsthoff, pour qui «la constitution passe et l'administration reste». C'est que l'administration doit être imprégnée de constitution et de ses acquis, voire de ses conquêtes, variables mais généreuses. Et c'est pour cela que, dès 1969, Rogério Ehrhardt Soares pouvait dire –ce qui est tout à fait actuel de nos jours– dans un des plus beaux essais juridiques que nous avons pu lire:

«C'est pour cela que les sujets les plus intéressants pour un expert en droit public se situent actuellement dans le domaine du droit constitutionnel, plus précisément dans le secteur le moins technique de cette branche, celui où se manifestent le plus les préoccupations concernant l'homme et sa dignité»³⁹.

Mais cette présence (comme toile de fond et presque comme l'air que l'on respire) de la constitution et du droit constitutionnel dans les diverses spécialités ou branches du droit est une conséquence logique de la hiérarchie normative, selon laquelle, comme le disait le premier professeur de droit constitutionnel à Paris, l'italien Pellegrino Rossi, la constitution comporte en son sein les *têtes de chapitre* des diverses branches du droit –ce qui en fait aussi une sorte de *droit du droit*, son cadre et sa mesure⁴⁰. Nous ne craignons pas le pseudo-totalitarisme constitutionnel que l'on reproche notamment aux courants dites activistes (il y a plusieurs «activismes», et cet argument est aussi utilisé comme un stigmaté contre toute action).

39. Notre traduction de R. EHRHARDT SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra, Atlântida, 1969, p. 9.

40. C. STARCK, *La Constitution, cadre et mesure du droit*, Paris, Presses Univ. d'Aix Marseille, 1994.

Constitutionnaliser le droit, c'est le rendre moins bureaucratique, moins formaliste, moins inégalitaire et féroce, moins archaïque, et plus souple, plus intelligent, plus solidaire et plus fraternel, plus moderne. Sans nier, bien sûr, la spécificité des diverses branches du droit. Le droit constitutionnel ne peut pas se substituer à chacune d'entre elles. Mais son projet libérateur et de progrès peut les inspirer toutes.

Cela est en train de se faire par des moyens naturels: par le travail des juristes des diverses branches du droit qui s'inspire de plus en plus du droit constitutionnel, par le travail des juges des cours constitutionnelles (et des organes similaires), par le législateur, quand il est sensible à la nécessité d'adaptation des lois (dont certaines sont véritablement archéologiques) aux grands principes de notre droit constitutionnel moderne, celui de l'État de droit, démocratique, social et de culture.

Aujourd'hui, tout se joue en même temps: d'un côté, des barbares qui voudraient faire table rase du legs de Liberté, Égalité et Fraternité de 1789 pour retourner à des ténèbres décorées de technocratie; de l'autre, le grand patrimoine des Constitutions codifiées et contemporaines, amies de l'État de libertés et de l'État social. Et finalement, le legs positif du passé pré-révolutionnaire (car il y en a aussi un): la constitution naturelle. À présent, elle n'est pas contre la constitution codifiée, elle est et restera son alliée, contre la revanche. La constitution moderne est la garantie positive et positiviste des droits. La constitution naturelle, quant à elle, aspire de nos jours non à un recul, mais à un dépassement: le dépassement du droit social et du constitutionnalisme des droits sociaux, économiques, culturels et écologiques ne se fera pas par la politique de terre brûlée des ultralibéraux ou des autoritarismes, voire des nouveaux totalitarismes, mais par le droit fraternel, le constitutionnalisme fraternel⁴¹. Lequel incorpore les acquis libéraux (vieux libéraux), sociaux, de liberté et égalité, mais il va plus loin...

L'Histoire n'est pas finie. Et il ne nous faut pas un éternel retour.

Paulo Ferreira DA CUNHA
(Porto)

41. Cf. C. AYRES DE BRITO, *O Humanismo como Categoria Constitucional*, Belo Horizonte, Forum, 2007; ID., *Teoria da Constituição na Pós-Modernidade*, Rio de Janeiro, Forense, 2005; P. BONAVIDES, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 7ème éd., 2e tir., São Paulo, Malheiros Editores, 2004; M. CARDUCCI, *Por um Direito Constitucional Altruísta*, éd. port., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2003; C. M. CHINKIN, The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law, *International and Comparative Law Quarterly*, 38, 1989, p. 850 et suiv.; L. F. GOME / V. DE OLIVEIRA MAZZUOLI, *Direito Supraconstitucional*, São Paulo, RT – Editora Revista dos Tribunais, 2010; G. GROSSI, *Novecento Giuridico: un Secolo Pos-Moderno*, Nápoles, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, 2011; E. RESTA, *Il Diritto Fratello*, Roma/Bari, Laterza, 2002; L. A. WARAT, Do Paradigma Normativista ao Paradigma da Razão Sensível, in *Temas Emergentes no Direito*,

**ΓΡΑΜΜΑ ΚΑΙ ΠΝΕΥΜΑ.
ΠΡΟΛΕΓΟΜΕΝΑ ΣΕ ΜΙΑ ΦΙΛΟΣΟΦΙΑ ΤΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ**

Περίληψη

“Όλη ή φιλοσοφία του δικαίου ταλαντεύεται μεταξύ γράμματος και πνεύματος. Το Δίκαιο έχει ένα πνεύμα, θά λέγαμε φυσικό, και ένα γράμμα, την κωδικοποίησή του.

Υπάρχει ένα πρωταρχικό δίκαιο, φυσικό, παλαιό, παραδοσιακό, ή ιστορικό, καθώς επίσης και ένα άλλο είδους δίκαιο, εκλογικευμένο, βουλευσιαρχικό, κωδικοποιημένο ή σύγχρονο, το οποίο συχνά αποκαλείται εν συντομία «συνταγματικό δίκαιο». Το φυσικό, ιστορικό, παραδοσιακό δίκαιο είναι διεσπαρμένο, μη κωδικοποιημένο και προκύπτει από τα στοιχεία που διατηρούνται αμετάβλητα μέσα στη ροή του χρόνου, ενώ το σύγχρονο, κωδικοποιημένο, βουλευσιαρχικό δίκαιο είναι συστηματικό, συνθετικό και γίνεται αντιληπτό ως ένας πραγματικός κώδικας του συνταγματικού δικαίου, προσεκτικά σχεδιασμένος, «έπιστημονικά» επιμελημένος και έντελως αυτόνομος σε σχέση με τις άλλες πηγές δικαίου.

Το άρθρο αυτό αρχίζει με στοχασμούς για το ιστορικό δίκαιο εν γένει, δίνοντας παραδείγματα κυρίως από την Πορτογαλία, και τελειώνει με το ζήτημα της επαναφοράς του φυσικού δικαίου. Πηγή παραδειγμάτων αυτής της νέας συνθήκης και αντικείμενο προβληματισμού αποτελεί το συνταγματικό δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

Paulo Ferreira D A CUNHA
(Μτφρ. Άννα ΤΑΤΣΗ)

M. MELEU / M. GAGLIETTI / T. N. GRAZIOTTIN COSTA (éds), *Passo Fundo*, IMED, 2009, p. 13 et suiv.; G. ZAGREBELSKY, *Il Diritto mite*, Turin, Einaudi, 1992. Et nos livres *Geografia Constitucional. Sistemas Juspolíticos e Globalizaçãõ*, Lisbonne, Quid Juris, 2009, p. 313 et suiv.; e *Pensar o Direito II. Da Modernidade à Postmodernidade*, Coimbra, Almedina, 1991. Et notre article, *Natural Law and Fraternal Law*, in *Syanding Tall. Hommages à Czaba Varga*, éd. par B. MELKEVIK, Budapest, 2012, pp. 123-133.

