

Trois visions de la constitution et du constitutionnalisme contemporain

Marc Chevrier*

La préparation d'une constitution de l'État du Québec (ou d'une République du Québec) suppose que l'on réponde à une question fondamentale: quel est le sens de l'entreprise constituante aujourd'hui? C'est une question à laquelle les analystes du régime constitutionnel ne peuvent échapper, peu importe qu'ils envisagent la constitution d'un État fédéré ou celle d'un État souverain, ou la constitution d'une collectivité qui a une longue expérience de la démocratie ou celle d'un pays qui balbutie dans l'apprentissage de la liberté¹. Au fond, il s'agit de s'interroger sur les finalités qui motivent l'adoption d'une constitution pour fonder ou refonder un État, mettre en œuvre une réforme des institutions, marquer le passage d'un régime totalitaire ou ségrégationniste à la démocratie libérale. L'idée de constitution, en tant qu'entreprise collective délibérée, fait partie du vocabulaire démocratique occidental depuis au moins le siècle des Lumières; c'est une idée riche, au sens multiple, dont l'usage ne se borne pas aux domaines du droit et du politique. C'est pour mieux la saisir et mieux comprendre les divers usages auxquels elle s'est prêtée dans la fondation et l'ordonnement des régimes politiques que je propose dans le présent article d'examiner dans un premier temps trois acceptions différentes de la notion de constitution. La première, la constitution garde-

* Professeur, département de science politique, Université du Québec à Montréal, courriel: chevrier.marc@uqam.ca

¹ Le débat actuel sur l'opportunité de doter le Québec d'une constitution écrite interne doit beaucoup à l'étude phare publiée par Jacques-Yvan Morin, « Pour une nouvelle Constitution du Québec », (1985) 30 R. D. McGill, p. 171-220. Il apparaît cependant, au vu de la recherche historique, que cette idée appartient à l'horizon politique québécois depuis la première moitié du XIX^e siècle et qu'elle est réapparue, par intermittence, depuis l'échec de la révolution patriote de 1837-1838, à la veille de l'union fédérale de 1867, puis peu avant et après le début de la Révolution tranquille. Voir à ce sujet l'étude de Daniel Turp, qui donne un aperçu panoramique des nombreux écrits qui se sont rapportés à ce débat, Daniel Turp, député de Mercier, *Note historique sur la Constitution québécoise*, Assemblée nationale de l'État du Québec, 22 mai 2009, en ligne: www.danielturpqc.org. Pour une perspective républicaine de la question, voir Marc Chevrier, « La République du Québec et sa constitution », (2007-2008) 10(1) *Argument*, 127-161.

fou, ou la constitution juridico-politique, est celle qui spontanément est la plus connue des spécialistes des régimes politiques, constitutionnalistes ou politologues. Les deux autres, par contre, s'éloignent de la définition classique. Il s'agit de la constitution sociale, puis de la constitution moderne ou naturelle. Dans un deuxième temps, j'examinerai comment à chacune de ces conceptions de la constitution correspond en fait une forme particulière de constitutionnalisme qui existe non seulement à titre théorique mais également dans la pratique constitutionnelle des États, souverains ou fédérés. C'est à un exercice de pensée que j'invite le lecteur; s'il a l'impression que je m'écarte des sentiers qu'il a l'habitude de fréquenter dans la première partie de mon article, il s'apercevra dans la deuxième que j'y reviendrai, après des détours que j'espère fructueux.

1. Trois images de la constitution

1.1. La constitution garde-fou ou juridico-politique

C'est la vision la plus répandue, celle qui guide l'esprit quand on songe à l'État, à sa structure, à sa forme. La constitution se présente comme un document ou un ensemble de règles plus ou moins formalisées qui donnent à l'État son existence, organisent et limitent ses pouvoirs et qui, ce faisant, le séparent de la société. Le libéralisme qui a façonné la plupart des régimes démocratiques en Occident a insisté sur cette séparation et cette limitation des pouvoirs qu'accomplit la constitution juridico-politique. Il repose sur l'idée que le meilleur gouvernement est celui qui gouverne le moins et que la liberté de la société et des individus trouve sa garantie « en différents garde-fous et barrages constitutionnels qui limitent le pouvoir des gouvernants et son étendue. »². L'idée que le pouvoir puisse être contenu par des limites occupe une grande place dans l'œuvre de Montesquieu. « C'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites », écrit-il dans *l'Esprit des lois*. Pour Montesquieu toutefois, ces limites ne prennent pas nécessairement la forme juridique de lois ou d'une constitution au sens que les Américains lui avaient donné dès l'adoption de leurs premières constitutions coloniales. C'est en examinant la fameuse constitution d'Angleterre, essentiellement évolutive et organique, qu'il en tira son fameux principe de modération du pouvoir par lui-même, que les

² Benjamin Barber, *Démocratie forte*, Paris, Desclée de Brouwer, 1997, p. 28.

Américains ont récupéré pour l'ériger en principe de séparation de pouvoirs. Ces limites qui arrêtent le pouvoir prenaient surtout la forme de contre-pouvoirs sociaux, la noblesse et le corps des parlements de l'Ancien régime, qui tempèrent par leur influence et leurs remontrances la centralisation du pouvoir dans les mains du monarque. Les Américains ont combiné John Locke à Montesquieu en donnant à ces limites qui arrêtent le pouvoir la forme d'une loi suprême, résultat d'une entreprise politique délibérée et approuvée par le peuple, qui insère les contre-pouvoirs dans l'organisation même de l'État et le fonctionnement du gouvernement représentatif. L'entreprise constituante américaine n'exclut nullement l'existence de contre-pouvoirs sociaux en dehors de l'État, mais crée un système de pouvoirs et contre-pouvoirs institutionnels qui trouve une expression et une articulation suffisantes dans la loi constitutionnelle même.

Comme l'a remarqué Benjamin Barber, le libéralisme qui inspira l'entreprise constituante américaine et dont la filiation intellectuelle remonte au philosophe Thomas Hobbes, repose sur une conception « newtonienne » du pouvoir³. Hobbes et plusieurs libéraux à sa suite conçurent la fondation du pouvoir à partir de ce que Barber appelle un « cadre inertiel », à savoir un monde théorique, fini et clos, où s'opposent des forces régies par une espèce de loi d'inertie. Les individus, considérés comme des atomes animés d'une force motrice initiale s'entrechoquant sous l'effet de leur volonté, connaissent la paix civile grâce à la force régulatrice d'un Léviathan établi par une convention. L'établissement de l'État est conceptualisé par Hobbes comme la concentration sur une seule personne ou une assemblée d'hommes de toute la puissance et de toute la force dont sont capables les hommes qui se projettent sur ce point focal. Même la liberté chez Hobbes reçoit une acception mécaniste: elle est « l'absence d'entraves extérieures, entraves qui, souvent, peuvent détourner une part de la puissance de faire ce que l'on voudrait, sans cependant pouvoir empêcher l'usage de la puissance restante, conformément à ce que dictent notre jugement et notre raison »⁴. Les libertés et les droits que les libéraux opposeront à la puissance de l'État et dont ils confieront la protection à une constitution juridico-politique étaient aussi, dans l'esprit de plusieurs, autant de puissances à préserver contre l'empiètement du pouvoir politique.

³ *Ibid.*, p. 47-68.

⁴ Thomas Hobbes, *Léviathan*, chap. 14, Paris, Gallimard, 2000, p. 230.

Cette conception du pouvoir et des libertés dépeint un monde réaliste, que Barber décrit comme suit:

Le monde du réaliste est par-dessus tout un monde de pouvoir: de puissance, de contraintes, d'influence. Un monde où l'espace est bondé. C'est pourquoi les règles de circulation et les agents de police, mandatés par la nécessaire prudence, y sont indispensables. Comme le monde de Newton ordonné par des lois physiques, le monde du réaliste est régi par celles de la certitude – les ordres et les sanctions, seuls capables de soumettre l'âme des agresseurs⁵.

« De cette mécanique sociopolitique émerge », écrit Barber, le *Watchman's State*, ou l'État du gardien⁶. Cependant, on pourrait ajouter, s'il faut compléter l'image, que la constitution libérale qui érige l'État pour préserver la société de l'état de nature est aussi celle qui garde l'État, le surveille, contre les abus de sa puissance. La constitution juridico-politique, dans la forme célébrée par la convention de Philadelphie en 1787 et qui a inspiré de nombreuses autres constitutions libérales est donc l'instrument qui remplit une triple fonction de garde-fou, qui équilibre les puissances, au sein de l'État même, puis entre celui-ci et la société, et enfin, d'une certaine manière, au sein de celle-là. La théorie des factions élaborée par James Madison le montre bien: le gouvernement représentatif et le fédéralisme inscrits dans la loi constitutionnelle sont des moyens grâce auxquels les effets néfastes des factions, qui poursuivent leur intérêt particulier au détriment de l'intérêt général, sont « corrigés » ou neutralisés. Mais généralement, cet aspect modérateur que le régime constitutionnel exerce sur la société et ses groupes « factieux » n'est pas l'aspect le plus saillant du libéralisme; c'est la surveillance du pouvoir d'État par des limitations constitutionnelles qui retient l'attention.

Il ne s'agit pas de prétendre, par ailleurs, que libéralisme constitutionnel se réduit strictement à cette conception mécaniste du pouvoir et des libertés. La présente étude vise plutôt à voir l'une des implications de cette image de la constitution, en tant qu'elle est un garde-fou, une clôture, un frein, un contrepoids, etc., toutes images qui connotent l'idée d'un équilibre de puissances, de forces, de mouvements contraires. Et la constitution est ce qui fait en sorte qu'une société passe du désordre à l'ordre, par un système dont la formule est exprimée en un ensemble de règles reconnaissables.

⁵ Benjamin Barber, *supra* note 2, p. 62.

⁶ *Ibid.*

Cependant, l'objet principal de ce système est l'État, la société étant vue comme ce qui reste, ce qui vit par soi-même une fois qu'on l'a séparée de l'appareil du pouvoir.

De cette constitution formatrice de l'État, les juristes ont décrit diverses variantes, suivant qu'elle prenne une expression formelle et écrite, conforme aux traditions américaine et française, ou évolutive et non-écrite, telle que la constitution britannique en est l'exemple paradigmatique⁷. Les constitutionnalistes ont aussi distingué la constitution juridique ou formelle de la constitution matérielle, selon qu'ils visent la description des normes fondamentales effectives d'un État ou l'ensemble des règles se rapportant à l'organisation ou au fonctionnement du pouvoir. Ces distinctions se retrouvent généralement dans les prolégomènes introductifs des traités de droit constitutionnel, en particulier en France⁸. Au Québec et au Canada, cependant, les constitutionnalistes s'arrêtent plus ou moins à ces distinctions, sauf à observer que la constitution canadienne, calquée sur le modèle britannique, a pris à la fois une forme non-écrite et évolutive ainsi qu'une expression écrite ou formelle, systématisée en partie par la réforme constitutionnelle de 1982⁹.

⁷ Sur l'exemple britannique, voir les travaux de Denis Baranger, *Le droit constitutionnel*, coll. « Que sais-je? », Paris, Presses universitaires de France, 2002; *Écrire la constitution non-écrite. Une introduction au droit politique britannique*, Paris, Presses universitaires de France, 2008.

⁸ Voir par exemple, Pierre Pactet, *Institutions politiques. Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1999, p. 66-68.

⁹ Plusieurs auteurs ont abordé ces questions: Paul-Gérin Lajoie, « Du pouvoir d'amendement constitutionnel au Canada », (1951) 20 R. du B. can., 1136, à la note 1; Benoit Pelletier, *La modification constitutionnelle au Canada*, Scarborough, Carswell, 1996, p. 33-44; Gérald Beaudoin, *Le fédéralisme au Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, p. 1014; Jacques-Yvan Morin, « Pour une nouvelle constitution du Québec », reproduit dans Jacques-Yvan Morin et José Woehrling, *Demain, le Québec... Choix politiques et constitutionnels d'un pays en devenir*, Sillery (Québec), Septentrion, 1994, p. 151-159; Henri Brun et Guy Tremblay, *Droit constitutionnel*, 4^e éd., Cowansville., Yvon Blais, 2001, p. 4-5 et 10-11; Jacques-Yvan Morin et José Woehrling, *Les constitutions du Canada et du Québec du régime français à nos jours*, Montréal, Thémis, 1994, p. 123-133; Daniel Turp, *Nous peuple du Québec. Un projet de Constitution du Québec*, Boisbriand, Éditions du Québécois, 2005, p. 7-8.

1.1.1. Une digression, la distinction oubliée – au Québec du moins – entre constitution juridique et constitution politique

Il est toutefois une distinction inconnue du monde du droit constitutionnel québécois qui mérite qu'on s'y attarde, car elle éclaire tout le débat qui se fait depuis quelques années au Québec sur l'opportunité d'adopter une constitution formelle et écrite de l'État du Québec. De plus, cette distinction renvoie à un aspect fondamental de la pratique constitutionnelle occidentale que nous avons perdu de vue au Canada comme au Québec. Cette distinction est celle entre la constitution juridique et la constitution politique moderne.

Dans son ouvrage *Démocraties*, Olivier Duhamel oppose la définition politique de la constitution à sa conception juridique. La première implique une vision substantielle, alors que l'autre se résume à une vision formaliste, qui ne lie le contenu et le processus d'adoption de la constitution à aucune exigence, hormis celle de l'effectivité normative. Duhamel définit comme suit la constitution politique moderne:

À l'inverse, la définition politique de la Constitution est substantielle. Elle découle de l'idée que les hommes constituent le pouvoir pour consacrer leur égalité et préserver leur liberté. Le pouvoir vient du peuple. Le pouvoir doit préserver les droits de chacun. [...] Selon la définition politique, c'est-à-dire démocratique, de la Constitution, seul le peuple peut valablement adopter une Constitution. Selon la définition juridique, qui prend acte de l'effectivité, toute autorité peut établir, voire imposer une Constitution¹⁰.

Muriel Rouyer a exprimé autrement cette même définition:

Assimilé, dans l'héritage classique au gouvernement modéré ou mixte, inspiré de la *politeia* aristotélicienne (« la meilleure des constitutions possibles »), le constitutionnalisme fait de la Constitution une norme juridique fondamentale émanant non du gouvernement mais du peuple constituant un gouvernement¹¹.

¹⁰ Olivier Duhamel, *Les démocraties*, Paris, Seuil, 1993, p. 19-20.

¹¹ Muriel Rouyer, « Les promesses du constitutionnalisme », (2003) 2(10) *Raisons politiques*, p. 12.

Évoquant l'expérience américaine de la constitution remontant au pacte de Mayflower et aux chartes coloniales, Friedrich Hayek exprime à sa manière la vision politique de la constitution:

Le concept de constitution se trouva ainsi étroitement associé à l'idée d'un gouvernement représentatif dans lequel l'organe représentatif n'aurait d'autres pouvoirs que ceux nettement circonscrits par le document lui conférant des pouvoirs. La formule selon laquelle « tout pouvoir émane du peuple » se référait moins à l'élection périodique des représentants, qu'au fait que le peuple, organisé en corps constituant, avait le droit exclusif de définir les pouvoirs de la législature élue¹².

De tous les penseurs de la Révolution américaine, c'est sans doute Thomas Paine qui a exposé le plus clairement la conception politique de la constitution, par opposition à la vision anglaise, organique et évolutive, de la constitution, fondée sur l'autorité de la tradition et du précédent. Dans son célèbre pamphlet *The rights of Man*, publié en 1791 en réplique aux *Réflexions sur la révolution de France* d'Edmund Burke, il expose le principe moderne de la constitution: « *A constitution is not the act of a government, but of a people constituting a government; and government without a constitution, is power without a right* »¹³. Ainsi une constitution ne peut ni émaner du gouvernement, ni servir les fins qu'il a posées. Elle est la propriété de la nation, et c'est l'autorité du peuple qui établit sa légitimité. Comme l'observe Philippe Raynaud, Paine formule une doctrine politique très proche de celle des révolutionnaires français: « la priorité de la *volonté* sur la *tradition* et sur le *statut*, l'exigence d'une subordination explicite de l'ordre politique à la volonté actuelle de la nation »¹⁴. Paine, dans sa réplique à Burke, s'emploie à montrer qu'en n'aucune manière l'Angleterre s'est acquise une véritable constitution; ni la Magna Carta, ni le *Bill of Rights* de 1689, ni les libertés octroyées par les concessions des gouvernants ne sauraient constituer les éléments d'une constitution véritable. La pratique tant vantée par Burke du gouvernement fondé sur les précédents, soutient Paine, entretient la vénération superstitieuse du passé. Ceux qui s'en réclament, dit Paine, sont comme des « moines qui appellent sacrées les reliques qu'ils brandissent »¹⁵. Qui plus est, la doctrine du précédent cache en fait une politique cherchant à maintenir l'homme dans

¹² Friedrich A. Hayek, *La constitution de la liberté*, Paris, Litec, 1994, p. 177.

¹³ Thomas Paine, *The Rights of Man*, New York, Everyman's Library, 1966, p. 182.

¹⁴ Philippe Raynaud, « Préface » dans Edmund Burke, *Réflexions sur la révolution de France*, Paris, Hachette, 1989, p. LXXXIV.

¹⁵ Thomas Paine, *supra* note 13, p. 196.

l'ignorance. C'est l'aveu qu'au fur et à mesure que les gouvernements avancent dans le temps, la sagesse ne peut que s'y affaiblir, si bien qu'ils « doivent aller clopin-clopat sur les béquilles du précédent »¹⁶. Dans un monde gouverné par le précédent, il est difficile d'imaginer que les nouvelles générations puissent être meilleures que les précédentes et vouloir rénover ce qui est.

Dans son célèbre ouvrage *Constitutions* de 1905, James Bryce, sans nécessairement épouser la conception révolutionnaire américaine de la constitution, oppose les constitutions souples, dont la Rome antique et l'Angleterre fournirent les exemples typiques, et les constitutions rigides. En contrastant les deux formes de constitution, Bryce développe certains arguments qui s'apparentent à ceux de Paine. Ainsi, la constitution souple repose en grande partie sur l'intelligence, le jugement et la finesse d'une classe gouvernante avisée et restreinte, la masse de la population étant tenue à l'écart des choses constitutionnelles. Par contre, la constitution rigide, puisqu'elle est établie à l'avantage du peuple et par lui, intéresse directement le citoyen ordinaire et privilégie des formulations simples, faites pour l'éducation du plus grand nombre, dans toutes les classes de la société. À vrai dire, la constitution rigide dérive d'une théorie de la démocratie qui suppose la compétence cognitive de la population, que Bryce énonce comme suit:

*The theory of democracy assumes that the multitude are both competent and interested; competent to understand the structure of their government and their own functions and duties as ultimately sovereign in it, interested as valuing those functions, and alive to the responsibility of those duties. A Constitution set out in black and white, contained in a concise document which can be expounded and remembered more easily than a Constitution growing out of a long series of controversies and compromises, seems specially fitted for a country where the multitude is called to rule*¹⁷.

On voit dès lors que la vision politique moderne de la constitution ne se satisfait pas de ce que les normes fondamentales de la collectivité aient été héritées, soient reçues comme effectives par l'effet de l'histoire, du travail des juristes et de l'accoutumance du peuple aux usages politiques de l'élite

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ James Bryce, *Constitutions*, Oxford, Oxford University Press, American branch, 1905, réimpression, Holmes Beach (Floride), Gaunt inc, 1997, p. 80.

dirigeante¹⁸. Ces normes tirent leur validité et leur légitimité d'une action collective consciente et délibérée, qui fait concourir le peuple, reconnu comme le véritable constituant, à la préparation et à la ratification de la constitution. Depuis les révolutions américaine et française, en dehors du monde britannique et de ses colonies, s'est ainsi imposée cette vision politique de la Constitution, qui est devenue la voie solennelle par laquelle un peuple accède à la liberté et l'inscrit dans un régime politique choisi, et non pas subi. Les révolutions de 1830 et de 1848, en Europe, propulsées dans plusieurs royaumes par l'éveil des nationalités, ainsi que les indépendances latino-américaines, ont proclamé, ou tenté de proclamer, leurs libertés nouvellement acquises souvent par une constitution issue du peuple. Ces proclamations n'ont certes pas produit les résultats escomptés; dans certains cas, l'Ancien régime a repris ses droits, comme en Allemagne; dans d'autres, les constitutions de l'indépendance n'ont pas pavé la voie à la liberté nationale et individuelle. Il n'empêche que tout au long du XX^e siècle, les indépendances arrachées dans la foulée de la décolonisation, même celles qui ébranlèrent l'empire britannique, se sont souvent signalées par l'adoption d'une constitution, plus ou moins conforme dans le processus de son élaboration, à l'idéal politique moderne.

Il faut revenir à l'esprit des Lumières du XVIII^e pour comprendre la signification de cet idéal. Dans un texte célèbre, Emmanuel Kant rappelle, dès les trois premières lignes de son opuscule, l'esprit des Lumières:

Qu'est-ce que les Lumières? La sortie de l'homme de sa minorité dont il est lui-même responsable. Minorité, c'est-à-dire incapacité de se servir de son entendement (pouvoir de penser) sans la direction d'autrui, minorité dont il est lui-même responsable (faute) puisque la cause en réside non dans un défaut de l'entendement mais dans un manque de décision et de courage de s'en servir sans la direction d'autrui. *Sapere aude!* (Ose penser) Aie le courage de te servir de ton propre entendement. Voilà la devise des Lumières¹⁹.

¹⁸ Dans la tradition britannique toutefois, la notion de « constitution politique » renvoie plutôt au droit constitutionnel non écrit, en ce qu'il régit le fonctionnement du gouvernement responsable dans le cadre de la monarchie constitutionnelle. Voir Vernon Bogdanor, « Britain: The political constitution », dans Vernon Bogdanor, dir., *Constitutions in Democratic Politics*, Aldershot (É.-U.), Gower, 1988, 53-72. De la même manière, la Cour suprême du Canada distingue le constitutionnalisme juridique du constitutionnalisme politique. Voir le juge Sopinka, *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69.

¹⁹ Emmanuel Kant, *Réponse à la question « Qu'est-ce que les Lumières? »*, coll. Les intégrales de philo, Paris, Nathan, 1994, p. 67.

Transposé dans le domaine constitutionnel, cet idéal des Lumières signifie qu'un peuple accède à la liberté et à la dignité dès lors qu'il entreprend de sortir de sa minorité politique. La majorité politique s'acquiert par le libre examen des règles fondamentales gouvernant la collectivité et par le consentement du peuple à la formation de nouvelles règles élaborées par un usage public de la raison. Dans son texte, Kant n'ose remettre en question la légitimité des monarchies de son temps, et dans son œuvre, bien qu'il ait élaboré sur le contenu d'une constitution républicaine, il n'a pas cherché à définir un régime politique fondé sur la souveraineté du peuple²⁰. Or, les révolutionnaires américains, empruntant au principe de consentement de la philosophie de John Locke, ont fait de cette exigence la pierre angulaire de leur constitution en 1787, dont tous les pouvoirs doivent dériver du consentement, réel ou présumé, du peuple. Peu avant l'indépendance, les Américains étaient déjà confortés dans l'idée que leurs diverses chartes coloniales cristallisaient un pacte entre le Roi anglais et ses sujets américains²¹. Ces constitutions coloniales comptent aujourd'hui parmi les premiers exemples de constitutions écrites connues en Occident²². En s'avancant dans l'aventure révolutionnaire, les Américains poussèrent plus loin l'idée de constitution: de charte concédée par le pouvoir, elle devient la chose du peuple, façonnée par sa volonté. Dans un ouvrage publié en 1789, John Stevens écrit: « Tout le pouvoir appartient au peuple seul et en dérive immédiatement; les administrateurs ne sont que ses députés et il peut les changer en un court espace. La Constitution elle-même est son propre ouvrage, et il peut en tout temps, lorsqu'il le croit nécessaire, la réformer ou en faire une autre »²³. Entre 1776 et 1786, les États américains mirent en

²⁰ Voir Simone Goyard-Fabre, *Éléments de philosophie politique*, Paris, Armand Colin, 1996, p. 76-79. On notera que Pierre Pactet définit le constitutionnalisme libéral en le rattachant au projet des Lumières: « Le constitutionnalisme désigne le mouvement, qui est apparu au siècle des Lumières, et qui s'est efforcé, d'ailleurs avec succès, de substituer aux coutumes existantes, souvent vagues et imprécises et qui laissaient de très grandes possibilités d'action discrétionnaire aux souverains, des constitutions écrites conçues comme devant limiter l'absolutisme et parfois le despotisme des pouvoirs monarchiques. » Pierre Pactet, *supra* note 8, p. 65.

²¹ Gordon Wood, *La création de la république américaine*, Paris, Belin, 1991, p. 317.

²² Philippe Lauvaux, *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris, Presses universitaires de France, 2004, p. 140.

²³ John Stevens, *Examen du Gouvernement d'Angleterre comparé aux constitutions des États-Unis par un Cultivateur de New Jersey*, Londres Paris, chez Froullé, libraire, 1789, p. 45, tel que cité dans Denis Lacorne, *L'invention de la République américaine*, Paris, Hachette, 1991, p. 69. En fait, les Américains interprètent à leur façon cette liberté constitutionnelle défendue par John Locke lui-même: « Toute société qui se forme a la

œuvre cette nouvelle doctrine politique et se dotèrent de constitutions nouvelles, qui larguèrent l'ordre colonial ancien. Ce faisant, ils mirent au point deux innovations constitutionnelles d'importance: la convention constitutionnelle et la ratification. S'inspirant du radicalisme *whig* anglais, les Américains se convinquirent que le pouvoir constituant du peuple ne pouvait appartenir à l'assemblée élue ordinaire. Seule pouvait l'exercer une assemblée extraordinaire, qui supplée à la vacance du pouvoir et symbolise, si on la rapporte à la Grande convention anglaise de 1688, « la multitude indifférenciée du peuple saisi dans son état de nature »²⁴. La constitution étant une norme placée au-dessus de la loi ordinaire votée par l'assemblée l'ordinaire du peuple, elle ne peut être légitimement issue que d'une convention spéciale, ce que rappelle Thomas Jefferson en 1785²⁵. Cependant, les conventions constitutionnelles, élues par le peuple aux seules fins de préparer le texte de la loi fondamentale de l'État, ne reçoivent pas un blanc-seing pour imposer au peuple leur plan²⁶. C'est au peuple que revient le dernier mot, qui ratifie ou non le projet proposé.

Le constitutionnalisme révolutionnaire américain, qui a trouvé sa forme vers la fin des années 1780, ne s'est certes pas maintenu intact dans l'histoire politique américaine. Après 1787, ce sont les États qui le continueront jusqu'à aujourd'hui, la convention demeurant encore l'un des modes privilégiés d'élaboration d'une nouvelle constitution et le référendum s'imposant pour sa ratification. La procédure d'amendement de la constitution fédérale américaine intègre en théorie la convention comme mécanisme d'élaboration et de ratification: outre le congrès, une convention nationale convoquée par les États peut exercer l'initiative constitutionnelle, et des conventions élues dans les États peuvent se substituer aux législatures étatiques à l'étape de la ratification. Toutefois, la procédure d'amendement constitutionnel la plus usitée a été celle qui remet l'initiative au congrès et la ratification aux législatures. Une seule fois a-t-on mobilisé

liberté d'établir un gouvernement tel qu'il lui plaît, de le combiner et de le mêler des différentes sortes que nous venons de marquer, comme il le juge à propos. » Voir John Locke, *Traité du gouvernement civil*, Paris, Flammarion, 1992, chapitre 10, par. 132, p. 241.

²⁴ Denis Lacorne, *supra* note 23, p. 73.

²⁵ *Ibid.*, p. 74.

²⁶ *Ibid.*, p. 76.

avec succès des conventions étatiques pour ratifier un projet d'amendement²⁷.

Le modèle américain de la convention et de la ratification populaire a grandement influencé les travaux des révolutionnaires français²⁸; la théorie de la nation souveraine et titulaire du pouvoir constituant a trouvé dans Sieyès son avocat le plus éloquent²⁹. Mais la Révolution française, au contraire de l'américaine, n'a su développer de pratique démocratique et stable d'initiative et de ratification constitutionnelles. La constitution de 1793 est approuvée par référendum mais n'entre pas en vigueur. À plusieurs reprises depuis la Révolution, la procédure référendaire sert à plébisciter le pouvoir personnel d'un nouvel homme fort providentiel, au point qu'à partir de la III^e République, le référendum apparaît, dans sa forme plébiscitaire, comme antirépublicain³⁰. La IV^e République renoue avec le référendum; le référendum du 21 octobre 1945 désigne l'Assemblée nationale élue le même jour comme assemblée constituante. Il a fallu deux autres référendums pour remporter l'adhésion de la population française sur un texte. La fondation de la V^e République s'écarte de la voie tracée par la IV^e: le gouvernement investi le 1^{er} juin 1958 sous l'autorité du Général de Gaulle se voit déléguer le pouvoir constituant. La constitution d'inspiration gaullienne dûit cependant être soumise au peuple le 28 septembre 1958, de même que l'a été l'élection au suffrage universel du président de la République le 28 octobre 1962. Dans plusieurs autres pays d'Europe, le référendum est obligatoire pour toute révision constitutionnelle fondamentale et il est fréquent dans plusieurs pays où il n'est pas obligatoire de soumettre au peuple le projet de constitution adopté après un changement de régime³¹. Peter Häberle résume en ces termes l'usage

²⁷ Edmond Orban, « La Constitution », dans Edmond Orban et Michel Fortmann, dir., *Le système politique américain*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2001, p. 42-48.

²⁸ Denis Lacorne, *supra* note 23, p. 77-84.

²⁹ Voir à ce sujet Dominique Turpin, *Droit constitutionnel*, Paris, Presses universitaires de France, 1992, p. 72.

³⁰ Anne-Marie Cohendet, *Droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 2006, p. 317.

³¹ L'Autriche, l'Estonie, l'Irlande, la Lettonie, la Lituanie et la Suisse. Voir Emiliano Grossman et Niclas Sauger, *Introduction aux systèmes politiques nationaux de l'UE*, Bruxelles, De Boeck et Larcier, 2007, p. 87-89.

contemporain dominant: « *Exemplary of today is the requirement for a public vote at the beginning or the end of the constitutional process* »³².

La vision politique moderne de la constitution comporte plusieurs ingrédients. Elle procède d'une vision émancipatoire du politique. Façonnée par le peuple s'appropriant l'usage public de la raison, la constitution consomme la rupture avec un ordre ancien oppressif, archaïque, féodal, colonial, paternaliste ou devenu intolérable au regard des nouvelles exigences démocratiques du temps. Elle conjugue la liberté collective du peuple, souverain en tant que corps, à la liberté individuelle de ses citoyens. La vision politique est aussi *fondationnelle*; l'adoption d'une constitution marque le passage à un ordre nouveau, un nouveau régime politique, et parfois à une société neuve, débarrassée des gangues qui alourdissaient sa marche. Ainsi que l'écrivent André Hauriou et Jean Gicquel: « [l]orsqu'elle prend son entière portée, l'*opération constituante* se présente, en effet, comme un renouvellement de la fondation de l'État effectué, cette fois, avec la participation active et consciente de la Nation »³³. Cette vision politique est volontariste, voire rationaliste, jusqu'à un certain point, en ce sens qu'elle fait le pari qu'il est possible de fixer, dans une forme écrite, raisonnée et cohérente, les principes et les règles régissant le pouvoir politique. Enfin, elle est républicaine, au sens général du terme, dans la mesure où historiquement, les acteurs politiques qui ont adhéré à cette vision de la constitution ont tenté de concilier les exigences du gouvernement démocratique avec celles de l'État de droit, la république étant le gouvernement des lois, et non celui des hommes, en vue du bien commun³⁴.

Il n'est pas inintéressant de constater que la distinction entre la constitution juridique et la constitution politique a longtemps fait partie du droit constitutionnel positif d'un pays européen, la République fédérale allemande. En 1949, les délégués de la conférence de Bonn mandatés par

³² Peter Häberle, « The Constitutional State and Its Reform Requirements », (2000) 13(1) *Ratio Juris*, p. 88.

³³ André Hauriou et Jean Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 7^e éd., Paris, Montchrestien, 1980, p. 319.

³⁴ La distinction entre république et démocratie n'est pas toujours faite dans la littérature philosophique et juridique. Blandine Kriegel l'a faite dans ses travaux. « La république, rappelle-t-elle, la chose publique, définit l'objet même du pouvoir: le bien commun. La démocratie, le pouvoir du peuple, désigne le titulaire de l'exercice du pouvoir. » Voir *Cours de philosophie politique*, Paris, Le Livre de poche, 1996, p. 49.

les Länder reconstitués après l'effondrement du régime nazi sont convenus de doter la nouvelle république d'une *Loi fondamentale*, et non point d'une constitution. Ils avaient d'une part la conviction que cette loi serait transitoire, au vu de la séparation du peuple allemand en deux États, et d'autre part, qu'en raison de la procédure de son adoption, elle ne se conformait pas tout à fait à l'idéal de la constitution. D'ailleurs, l'ancien article 146 de la *Loi fondamentale*, aboli en 1990 après la réunification allemande, déclarait que: « La présente Loi fondamentale cessera d'avoir effet le jour où entrera en vigueur la Constitution qui aura été adoptée par le peuple allemand libre de ses décisions. » Ce qui impliquait, observe le germaniste Jean-Claude Capèle, « qu'une Allemagne unifiée devrait nécessairement se doter d'une Constitution définitive et d'institutions qui seraient approuvées par le peuple allemand dans son ensemble grâce à un référendum »³⁵. Les artisans de la réunification allemande ont préféré toutefois emprunter une voie plus rapide, offerte par un autre article de la *Loi fondamentale*, qui permettait l'adhésion de nouveaux Länder à la *Loi fondamentale* existante, sans procéder à sa refonte. Plusieurs partis politiques en Allemagne, les sociaux-démocrates et les Verts, ont déploré que le gouvernement d'Helmut Kohl privât ainsi les Allemands de l'opportunité d'approuver par référendum la charte fondamentale, opportunité dont ils furent également privés en 1949³⁶. Dans l'ancienne Allemagne de l'Est, une table ronde de représentants de la société avait déjà commencé à travailler sur le texte d'une véritable constitution, sans réussir à infléchir la volonté du gouvernement de procéder par une autre voie³⁷.

Même si la classe politique et les spécialistes de la constitution au Québec et au Canada ont relativement ignoré la distinction entre les visions juridique et politique de la constitution, cela ne veut pas dire pour autant que celle-ci ne s'est pas exprimée dans leur histoire. En réalité, ce sont les Patriotes qui ont épousé la vision politique de la constitution. Pas de constitution qui soit légitime, si elle n'a pas été élaborée et approuvée par le peuple, idéalement par une convention constitutionnelle. Cette pensée

³⁵ Jean-Claude Capèle, *L'Allemagne hier et aujourd'hui*, Paris, Hachette, 2006, p. 83. Sur l'interprétation de cet article, voir aussi Andreas Hamann, *Das Grundgesetz. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*, Berlin, Hermann Luchterhand, 1956, p. 416-419 et Claude Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris, Presses universitaires de France, 1996, p. 107-113.

³⁶ Jean-Claude Capèle, *supra* note 35.

³⁷ Jacques-Pierre Gougeon, *Allemagne: une puissance en mutation*, coll. Folio, Paris, Gallimard, 2006, p. 183-184.

constitutionnelle s'est élaborée à partir des années 1830, tournant à partir duquel le mouvement patriote se mit à embrasser le républicanisme d'inspiration américaine. Comme l'a observé Gérard Filteau, « Papineau, en particulier, en était venu à posséder à fond l'esprit et la lettre de la Constitution de la république voisine ainsi que les constitutions particulières de chacun des états de l'Union »³⁸. Au début de 1833, l'assemblée législative du Bas-Canada adopta des résolutions et une adresse au roi et au Parlement britannique où elle envisagea pour la première fois une espèce d'assemblée constituante pour la colonie. Cette assemblée spéciale, créée par une loi de ce parlement, devait donner au peuple du Bas-Canada la faculté de définir lui-même ses institutions « par le moyen de délégués librement et indistinctement choisis pour cet objet par toutes les classes et dans les classes de la population »³⁹. La résolution cita en exemple les nombreuses « institutions libres de ce Continent ». Les résolutions de 1834 revinrent sur cette revendication en demandant à Londres d'accorder « aux sujets canadiens de Sa Majesté le pouvoir de réviser la constitution dont ils tiennent leurs droits les plus chers »; elles rappelèrent aussi que « la fidélité des Peuples et la Protection des gouvernements sont des obligations corrélatives »⁴⁰. À la suite de l'adoption des résolutions Russell au printemps 1837, qui opposèrent une fin de non-recevoir aux résolutions bas-canadiennes de 1834, des assemblées populaires se formèrent un peu partout dans la colonie pour protester contre la politique métropolitaine. Ces assemblées, note l'historien Louis-Georges Harvey, représentaient « un exercice de démocratie directe où le peuple validait un certain nombre de politiques et chargeait des délégués d'en assurer la mise en œuvre »⁴¹. En octobre 1837, l'assemblée réunie à Saint-Charles désigna « assemblées primaires » ces manifestations de démocratie directe. Le 15 mai 1837 surgit à Montréal et à Québec, dans deux assemblées simultanées, l'idée de convoquer une grande convention du peuple bas-canadien. La résolution des Patriotes montréalais prévoyait une convention formée pour moitié des parlementaires de la colonie (à l'exclusion des conseillers législatifs hostiles au projet patriote), pour

³⁸ Gérard Filteau, *Histoire des Patriotes*, Montréal, Les éditions Univers, 1980, p. 220.

³⁹ Cité par Louis-Georges Harvey, « Les Patriotes, le républicanisme et la constitution québécoise », (2009) 17 (3) *Bulletin d'histoire politique*, p. 65

⁴⁰ Tel que cité dans Marc Chevrier, *La démocratie québécoise par les textes*, coll. Études et documents, État du Québec, Ministère des Relations internationales, 1998, p. 36.

⁴¹ Louis-Georges Harvey, « Les Patriotes, le républicanisme et la constitution québécoise », *supra* note 39, p. 70

moitié de délégués désignés par les assemblées « primaires » de comté, ce que firent plusieurs pendant l'été 1837. L'assemblée de la Confédération des Six Comtés revint à la charge avec l'idée de convoquer une convention du peuple. Même si ces multiples assemblées n'ont pas clairement attribué à cette convention un mandat constituant, Harvey conclut, à la lumière du contexte de l'époque, « que la grande assemblée souhaitée par les Patriotes se préparait à adopter une nouvelle constitution républicaine pour la colonie »⁴².

Ce fut toutefois longtemps après la répression des rébellions patriotes que son chef, au soir de sa vie, quelques mois après la proclamation de *l'Acte de l'Amérique du Nord britannique*, fit revivre la vision politique de la constitution, que les partenaires de la grande coalition de 1864, MacDonald, Cartier et Brown, avaient écartée. Dans un discours considéré comme son testament politique, Papineau déclara sans ambages: « Le Canada, depuis qu'il est devenu anglais, n'a pas encore eu de constitution »⁴³. Or, Papineau, qui était avocat, savait fort bien que Londres venait d'adopter une loi constitutionnelle établissant le Dominion canadien. Pourquoi refuser de considérer cette loi comme une constitution? La raison en était qu'il venait de redire sa foi dans la vision politique moderne, en se réclamant de l'esprit de la Déclaration d'indépendance de 1776 et de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789. Sa pensée constitutionnelle se condense en ces quelques lignes:

Les vraies doctrines sociologistes des temps modernes se résument en peu de mots: Reconnaître, dans l'ordre temporel et politique, il n'y a d'autorité légitime que celle qui a le consentement de la majorité de la nation; de constitutions sages et bienfaisantes que celles sur l'adoption desquelles les intéressés ont été consultés, et auxquelles les majorités ont donné leur libre consentement⁴⁴.

Il dit ensuite son adhésion à la vision américaine de la convention, corps spécial constituant distinct de l'assemblée élue ordinaire:

...à des époques fixes et rapprochées, les peuples libres auront des conventions, distinctes de leurs parlements et des autres corps

⁴² *Ibid.*

⁴³ Voir « Un testament politique », conférence à l'Institut canadien de Montréal, 17 décembre 1867, dans Louis-Joseph Papineau, *Un demi-siècle de combats*, choix de textes et présentation de Yvan Lamonde et Claude Larin, Montréal, Fides, 1998, p. 582.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 580.

Marc Chevrier, « Trois visions de la constitution et du constitutionnalisme contemporain »

législatifs ordinaires. Ceux-ci, fondés et élus par la constitution, lui doivent soumission absolue. [...] La convention [...] devient l'autorité la plus importante du pays, sans avoir le pouvoir d'y faire la moindre loi [...] Sous les regards du pays entier [...] elle conclut à ce que des modifications à la constitution existante, telle qu'elle les indique, soient soumises à la considération et à la décision des citoyens. Après discussion libre, la majorité de ceux-ci décide de ce qu'elle en accepte, de ce qu'elle rejette. Le pays se donne à lui-même une constitution révisée et améliorée⁴⁵.

Joseph-Charles Taché, dans son plan d'union fédérale publié en 1858, n'avait sans doute pas été aussi clair que Papineau dans l'adhésion à la vision politique moderne de la constitution⁴⁶. Cependant, son projet mixte d'union mi-républicaine, mi-monarchique, qui envisageait que les États fédérés de l'union fussent en réalité des républiques fédérées adoptant le régime présidentiel américain et dotées d'une constitution écrite sanctionnée par un tribunal *ad hoc*, s'appuyait implicitement sur cette vision. D'autant plus que s'agissant de la constitution d'Angleterre, il reprocha au Parlement britannique de n'être soumis à aucune charte ou constitution écrite capable de le lier. La vision politique de la constitution s'est aussi exprimée dans l'opposition que les Rouges radicaux d'Antoine-Aimé Dorion firent contre le projet d'union fédérale de la Grande Coalition, qui refusa de soumettre à la population, par référendum ou des élections générales, les résolutions de Québec d'octobre 1864.

Par après, et l'idée d'une constitution écrite pour le Québec, et la vision politique de la constitution semblent être entrées dans une période d'endormissement. Quand la première refait surface à l'aube de la Révolution tranquille, la deuxième se met aussi en éveil. L'idée d'une constitution interne québécoise finit par aboutir dans le rapport Gérin-Lajoie déposé au congrès annuel d'octobre 1967, qui préconisa une telle constitution, dont l'élaboration et l'adoption « ne peuvent être que la responsabilité immédiate du Parlement et du peuple du Québec »⁴⁷. Dans son manifeste *Égalité ou indépendance* de mars 1965, Daniel Johnson, alors

⁴⁵ *Ibid.*, p. 581.

⁴⁶ Ce texte reprenait des articles publiés l'année précédente. Voir Joseph-Charles Taché, *Des Provinces de l'Amérique du Nord et d'une union fédérale*, Québec, Brousseau, Frère, 1858, 218 p. Disponible en ligne dans le site de la Bibliothèque nationale du Québec: <http://bibnum2.banq.qc.ca/bna/numtexte/59062.pdf>.

⁴⁷ Fédération libérale du Québec, *Rapport du Comité des affaires constitutionnelles de la Commission politique de la Fédération libérale du Québec*, 1967, 26 p.

chef de l'Opposition, renoua avec la pensée patriote. À ses dires, pour refonder la Constitution canadienne, seules deux voies légitimes et démocratiques s'offraient aux Québécois et aux Canadiens: une assemblée constituante binationale ou le référendum⁴⁸. Les États généraux du Canada français préconisèrent à leur tour en mars 1969 l'adoption d'une constitution interne fondée sur l'autorité constituante du peuple du Québec⁴⁹. L'ébauche d'un projet de Constitution du Québec élaborée par Jacques Yvan-Morin le 21 mai 1985 prévoyait un référendum préalable à l'adoption de la constitution. Cependant, le projet de constitution déposé en octobre 2007 par le député Daniel Turp semblait ne proposer que l'adoption d'une « constitution juridique », sans référendum préalable⁵⁰.

1.2. La constitution sociale, ou la matrice de la société

Une autre acception de la constitution est celle qui la voit reproduire ou engendrer la société; elle exprime alors un principe d'organisation, ou un ensemble de principes plus ou moins connaissables, qui donnent à la société sa consistance, son ordre et sa forme. L'origine latine du mot de constitution révèle toute la latitude sémantique du concept, dérivé du verbe *constituere*, qui signifie organiser, décider, dresser, mettre debout. Dans ses divers usages latins, le substantif *constitutio* recouvre la constitution physique et la complexion des individus ainsi que la constitution d'une communauté politique⁵¹. Chez les Grecs, la notion de constitution recouvrait à la fois l'ordre politique et la société, elle s'identifiait au régime. Ainsi, selon Aristote, « une constitution (*politeia*) est, en effet, dans les États, un ordre des magistratures fixant leur mode de distribution et déterminant quel est le pouvoir suprême de l'État, et quelle est la fin de la communauté »⁵². Selon Paul Bastid, Aristote voit la substance de la constitution « dans une organisation unifiante du pouvoir par laquelle la communauté, le substrat social de l'État, prend une structure définie »⁵³. L'idée de régime, chez les

⁴⁸ Daniel Johnson, *Égalité ou indépendance*, Montréal, Édition renaissance.

⁴⁹ Les extraits pertinents des résolutions sont disponibles en ligne dans l'Encyclopédie de l'Agora: [http://agora.qc.ca/refext.nsf/Documents/Constitution_quebecoise--La constitution de l'Etat du Quebec](http://agora.qc.ca/refext.nsf/Documents/Constitution_quebecoise--La_constitution_de_lEtat_du_Quebec).

⁵⁰ État du Québec, P. L.196, *Constitution du Québec*, 1^{re} session, 38^e lég., 18 octobre 2007, déposé par Daniel Turp, député de Mercier.

⁵¹ Hugues Rabault, *L'État entre théologie et technologie: origine, sens et fonction du concept d'État*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 146.

⁵² Aristote, *La Politique*, IV, 1, 1289a, Paris, Vrin, 1989, p. 261.

⁵³ Paul Bastid, *L'idée de constitution*, Paris, Economica, 1985, p. 42.

Grecs, englobe, note Léo Strauss, « simultanément la forme de vie d'une société, son style de vie, son goût moral, la forme de cette société, la forme de l'État, la forme du gouvernement, l'esprit de ses lois »⁵⁴. Le régime renvoie à un idéal, un type humain inatteignable, auquel la cité tente de se conformer. Il « consacre, à l'échelle de la société tout entière, un type d'homme et un type de relation humaine »⁵⁵.

À l'époque moderne, toutefois, le concept de constitution prend un sens plus restreint, limité à l'organisation du pouvoir de l'État. La vision moderne de la constitution, désormais instrumentale, rompt avec la vision ancienne qui confondait société et État⁵⁶. Selon Michel Troper, au XVIII^e siècle encore, il était usité de voir « la constitution comme l'organisation de la société elle-même »⁵⁷. Il donne comme exemple le fameux article 16 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* qui déclare: « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminés, n'a point de constitution. » Hannah Arendt observe que le contrat social primitif préconisé par John Locke « détermine la constitution, non pas d'un gouvernement, mais d'une société – terme qu'il faut comprendre dans le sens latin de *societas*: une « alliance » conclue entre tous les membres individuels qui, après être convenus entre eux de l'existence d'un lien mutuel, se sont accordés sur le choix d'un gouvernement »⁵⁸. Cependant, malgré la coupure établie par le constitutionnalisme moderne entre la société et l'État, a continué à persister l'idée qu'en dehors de la constitution étatique existerait une constitution plus large, une constitution « sociale ».

Carl Schmitt note, dans sa *Théorie de la Constitution*, que la notion de constitution, prise dans son sens absolu, peut notamment signifier « la structure globale concrète de l'unité politique et de l'ordre social d'un État

⁵⁴ Léo Strauss, *Qu'est-ce que la philosophie politique?*, Paris, Presses universitaires de France, 1998, p. 38.

⁵⁵ Philippe Bénéton, *Les régimes politiques*, Paris, Presses universitaires de France, 1996, p. 11.

⁵⁶ François Busnel, Frédéric Grolleau, Frédéric Tellier, Jean-Pierre Zarader, *Les mots du pouvoir. Précis de vocabulaire*, Paris, Éditions Vinci, 1995, p. 49.

⁵⁷ Michel Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 217.

⁵⁸ Hannah Arendt, « La désobéissance civile », dans Hannah Arendt, *Du mensonge à la violence*, coll. Agora, Paris, Calmann-Lévy, 1972, p. 88

précis »⁵⁹ et qu'un grand juriste allemand, Georg Jellinek, à la manière des Grecs, définit la constitution comme un ordre social et politique auquel la volonté de l'État se soumet. Au XIX^e siècle, l'idée de constitution sociale apparaît dans le socialisme autogestionnaire de Proudhon. Il écrit: « Je distingue, en toute société, deux espèces de constitutions: l'une que j'appelle la constitution sociale, l'autre qui est la constitution politique; la première, intime à l'humanité, libérale, nécessaire [...] et dont le développement consiste à affaiblir et à écarter peu à peu la seconde, essentiellement factice, mécanique, restrictive »⁶⁰. En France toujours, le juriste Maurice Hauriou a repris cette distinction, pour ranger dans la constitution sociale « [...] les institutions juridiques et les droits individuels concernant la liberté, la famille, la propriété et le commerce juridique »⁶¹. Mais pour les juristes contemporains, ce que Hauriou inclut dans la constitution sociale entre aisément dans le contenu des constitutions politiques, en raison de l'essor du contrôle de constitutionnalité des lois en dehors des États-Unis⁶². Georges Burdeau a aussi maintenu vivante cette distinction. Selon lui, la constitution sociale procède du génie propre d'une société, de ses aptitudes, de l'énergie ou de l'apathie natives de ses membres, de « ses dispositions ou ses incapacités d'où résultent sa manière d'être et le type de relations qui unissent les individus qui la composent »⁶³. La constitution sociale est spontanée, elle s'enracine dans le groupe, peut survivre même quand la constitution politique s'effondre. Ainsi, « La constitution sociale se dégage de la manière d'être – entendue dans sa totalité – de la société; la constitution politique ne concerne que l'État »⁶⁴. Au Québec, l'un des promoteurs d'une constitution de l'État du Québec, Marcel Faribault, a aussi donné dans ses écrits théoriques une définition de la constitution qui s'approche de sa conception sociale:

⁵⁹ Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, coll. « Quadrige », Paris, Presses universitaires de France, 2008, p. 132-133.

⁶⁰ Proudhon, « Confessions d'un révolutionnaire, dans *Oeuvres*, Paris, Flammarion, p. 67 et s., tel que cité dans Georges Burdeau, *Traité de science politique*, Tome III, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950, p. 13.

⁶¹ Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1922, p. 613.

⁶² Voir Vlad Constantinesco et Stéphane Pierré-Caps, *Droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2004, p. 214; Dominique Chagnollaud, *Droit constitutionnel contemporain*, 4^e éd., tome 2, Paris, Armand Collin, 2005, p. 25.

⁶³ Georges Burdeau, « Constitutions politiques », dans *Encyclopaedia Universalis*, Paris, 2002, p. 348; voir aussi Georges Burdeau, *Traité de science politique*, tome II, *Le statut du pouvoir dans l'État*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1950, p. 12-13.

⁶⁴ Georges Burdeau, « Constitutions politiques », *supra* note 63, p. 348.

Marc Chevrier, « Trois visions de la constitution et du constitutionnalisme contemporain »

La Constitution d'un groupe devient [...] la hiérarchisation consciente entre autorité et bénéficiaires de l'organisation, entre majorité et minorité, entre bien commun du groupe et bien particulier de l'individu. Toute Constitution ainsi établie par les hommes est donc aussi une loi, non pas naturelle (seulement inscrite dans les choses), non pas morale seulement (ayant sa sanction dans la conscience et dans l'au-delà), mais une loi positive qui variera suivant le but recherché, les habitudes des constituants, leur conception même du juste, de l'honnête et de l'utile, le tout régi par la prudence qui seule fera régner la tranquillité de l'ordre, exigence minimale pour travailler ensemble⁶⁵.

On peut ainsi multiplier les exemples d'auteurs qui maintiennent la distinction ou qui confondent les dimensions sociale et politique de la constitution. Un constitutionnaliste allemand de renom, Peter Häberle, définit la constitution en tant qu' « ordre juridique fondamental de l'État et de la société » qui « englobe les structures fondamentales de la société plurale, par exemple la relation des groupes sociaux entre eux et avec les citoyens »⁶⁶. Dans son ouvrage *La Constitution de la liberté*, Hayek est allé très au-delà de l'acception politique du concept et s'est interrogé sur l'origine et la forme des règles et des principes, pour une bonne part spontanés et informels, favorables à une civilisation de liberté⁶⁷. Le sociologue Anthony Giddens, le théoricien de la troisième voie, a cherché à comprendre, dans *The constitution of liberty*, les éléments de structure (normes, codes de signification et ressources pour l'action) qui sont mobilisés dans la reproduction de la société et de ses évolutions⁶⁸. En dehors des théories du droit et des sciences sociales, il est intéressant aussi d'observer que la notion de constitution, telle qu'elle est reçue par la population en général, peut désigner principalement sa dimension sociale. Ainsi, au Japon, un sondage a été effectué auprès des Japonais pour connaître leur perception de la constitution du pays. Pour la très grande majorité des répondants, la constitution est un « idéal à rechercher », une « règle de la société » ou un élément aussi naturel que l'air ou l'eau. La limitation et la définition des pouvoirs de l'État ne figurent pas parmi les éléments de réponse. D'après ce sondage, « [l]a Constitution est davantage considérée ici comme une règle générale de vie en société, sans que ne soit

⁶⁵ Marcel Faribault, *Vers une nouvelle constitution*, Montréal, Fides, 1967, p. 108.

⁶⁶ Peter Häberle, *L'État constitutionnel*, Paris et Marseille, Economica et Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, p. 13.

⁶⁷ Friedrich A. Hayek, *La constitution de la liberté*, *supra* note 12.

⁶⁸ Anthony Giddens, *The Constitution of society*, Berkeley, University of California Press, 1984.

ressentie outre mesure la nécessité de limiter le pouvoir de l'État, c'est-à-dire, de garantir les libertés *contre* l'État »⁶⁹.

1.3. La constitution moderne ou naturelle

J'emprunte cette conception aux travaux du sociologue des sciences Bruno Latour, qui a tenté d'esquisser une anthropologie de la modernité⁷⁰. Latour essaie de comprendre pourquoi la modernité sépare et traite différemment la nature et l'ordre social humain. Ce qui est à la base de cette séparation, c'est ce qu'il appelle la *constitution moderne*. Cette constitution crée des frontières étanches entre d'une part le monde naturel, objectif, indifférent à l'Homme, à l'étude duquel se consacre la science pour en déduire des lois impersonnelles et contraignantes; et d'autre part, l'ordre social, régi par des lois politiques fondées sur des volontés subjectives, où habite l'Homme. En somme, la science représente le non-humain, les choses en dehors du politique; ce dernier représente la société, les sujets, mais les citoyens vivent hors de la sphère de la science, loin de la nature. La société est située hors de la nature. Selon Latour, cette constitution est née à l'époque de Hobbes, au même moment où l'expérimentation en laboratoire devenait la nouvelle norme de la science, en opposition à la philosophie et à la scolastique. Cette « constitution moderne invente, selon Latour, une séparation entre le pouvoir scientifique chargé de représenter les choses et le pouvoir politique chargé de représenter les sujets »⁷¹. Cette séparation implique une double interdiction: « à la science revient la représentation des non-humains mais il lui est interdite toute possibilité d'appel à la politique; à la politique d'avoir une relation quelconque avec les non-humains produits et mobilisés par la science et la technologie »⁷².

Les fondateurs de l'écologisme ont contesté cette séparation entre les vérités objectives réservées à la science et les vérités subjectives cantonnées au monde social et politique, tel Bernard Charbonneau, précurseur de

⁶⁹ Tamaru Osamu, « Des constitutionnalistes aux médias: une approche comparée de "droits de l'homme" et de "Constitution" au Japon », dans Hasegawa Ken, dir., *Le nouveau défi de la Constitution japonaise*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2004, p. 66.

⁷⁰ Bruno Latour, *Nous n'avons jamais été modernes. Essai d'anthropologie symétrique*, Paris, La découverte, 1991.

⁷¹ *Ibid.*, p. 46.

⁷² *Ibid.*, p. 44.

l'écologie politique en France⁷³. Dans un essai audacieux où il marie la philosophie du droit à celle des sciences, Michel Serres propose de fonder, sur une base radicalement autre, le rapport de l'Homme à la nature⁷⁴. Il constate que les diverses catégories de droits utilisées par le juriste occidental établissent des règles, des pactes en l'absence de la nature, ignorée, occultée ou repoussée loin de l'horizon du sujet de droit⁷⁵. Ainsi, le contrat social des philosophes établit un pacte entre hommes mais reste muet sur le monde, dont il prend congé, la société humaine ne s'enracinant que dans son histoire. Le droit naturel des philosophes réduit la nature à la nature humaine, elle-même réductible à l'histoire ou à la raison; dans un cas comme dans l'autre, le monde naturel a disparu. Celui-ci est passé également sous silence par les droits de l'homme, qui proclament les droits inaliénables de sujets de droit. Le monde naturel, encore exclu du statut de sujet de droit, n'est plus qu'une « collection énorme de choses réduites au statut d'objets passifs de l'appropriation »⁷⁶. Cette appropriation est celle de la science et de la propriété, qui soumettent le monde à un rapport de domination et d'exploitation sans obligation d'attention et de contrepartie, que Serres qualifie de parasitaire. Or ce que le philosophe propose, en remplacement de ce rapport qui évoque la constitution moderne de Latour, est une « révision déchirante du droit naturel moderne »⁷⁷. Cette révision devrait conduire, soutient Serres, à remettre en question l'idée que seul l'homme, seul ou en groupe, peut devenir sujet du droit⁷⁸. Ainsi, Serres envisage-t-il de faire entrer la nature dans le langage du droit, par la notion de contrat naturel. Il s'exprime en ces termes:

Retour donc à la nature! Cela signifie: au contrat exclusivement social ajouter la passation d'un contrat naturel de symbiose et de réciprocité où notre rapport aux choses laisserait maîtrise et possession pour l'écoute admirative, la réciprocité, la contemplation et le respect, où la connaissance ne supposerait plus la propriété, ni l'action la maîtrise, ni celles-ci leurs résultats ou conditions stercoraires⁷⁹.

⁷³ Daniel Cérézuelle, *Écologie et liberté. Bernard Charbonneau précurseur de l'écologie politique*, Lyon, Parangon/Vs, 2006, p. 162.

⁷⁴ Michel Serres, *Le contrat naturel*, Paris, Flammarion, 1992.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 62-64.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 64.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 65.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Ibid.*, p. 67.

Il appelle de ses vœux la création d'un « droit de symbiose », qui substituerait la réciprocité au parasitisme du droit de maîtrise et de propriété. Il envisage ainsi, sans préciser toutefois les ramifications juridiques de cette ambition, que la nature elle-même devienne en quelque sorte sujet de droit. Ainsi, suivant ce droit de symbiose: « autant la nature donne à l'homme, autant celui-ci doit rendre à celle-là, devenue sujet de droit »⁸⁰.

Michel Serres rend dans un langage quasi juridique la nouvelle relation à la nature que les philosophes des sciences Ilya Prigogine et Isabelle Stengers avaient esquissée dans un livre phare, *La nouvelle alliance*⁸¹. Dans cette étude, ils prennent acte des nouvelles mutations de la science contemporaine, qui rompent avec la conception classique de la science qui la voyait comme une entreprise close, finie, déterministe et séparée d'une nature inerte et muette où n'interviennent dans son étude ni le temps ni l'observateur. Les auteurs préconisent une conception de la science qui intègre la nature comme un « autre » avec lequel les scientifiques ont un rapport d'écoute, de dialogue, qui laisse place à l'indétermination, à la multiplicité des savoirs et au renoncement à l'idée de maîtrise du monde naturel par l'opération de lois découvertes par la seule pensée. Cette « écoute poétique » de la nature implique la reconnaissance de ce que la science elle-même est un processus naturel, faisant partie de la nature comme de la société humaine. En parlant de fonder de « nouvelles alliances » avec la nature, les auteurs ne prônent certes pas la conclusion d'un contrat au sens juridique. Le registre poétique qu'ils sollicitent pour décrire ces nouvelles alliances montre bien qu'il s'agit d'une métaphore.

En fait, la prise de conscience de ce que la « question naturelle » était devenue le principal enjeu du XX^e siècle s'était pourtant exprimée bien avant Serres et les auteurs de *La nouvelle alliance*. Dès 1968, Serge Moscovici avait théorisé cette question, en mettant en lumière l'imbrication intime entre le rapport à la nature et la division des tâches au sein des sociétés, ce qu'il a appelé la « division naturelle ». En conclusion de son ouvrage, contrairement aux marxistes qui prédisaient le dépérissement de l'État, il annonçait que l'État contemporain serait commis à de nouvelles finalités:

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ Ilya Prigogine et Isabelle Stengers, *La nouvelle alliance*, Paris, Gallimard, 1979.

Marc Chevrier, « Trois visions de la constitution et du constitutionnalisme contemporain »

[...] on voit que la socialisation de la propriété, condition que l'on posait à ce dépérissement, a pour effet, non pas, comme on le croyait, de mettre les hommes en prise directe avec l'univers, mais de rendre plus transparents les rapports sociaux et les rapports naturels entre les hommes, et réciproquement. Dans cette perspective, la destinée de l'État n'est peut-être pas de disparaître, mais de se transformer radicalement, d'être supprimé comme instrument et gardien de la société civile pour devenir le véhicule par lequel est assurée la communication entre le côté naturel et le côté social de nos rapports. C'est là une conséquence de fait que le gouvernement de la nature et le gouvernement de la société sont tous deux, à l'encontre de ce que l'on a cru, gouvernement des hommes⁸².

Si nous revenons justement au monde de l'État et de la constitution qui le régit et le fonde, il est clair que la constitution juridico-politique ne s'intéresse généralement pas à la nature; elle gouverne seulement l'État et ses rapports avec la société, le monde subjectif humain. La nature a longtemps été une non-catégorie du droit constitutionnel; elle tombe sous le *dominium* et l'*imperium* de l'État ou des individus: elle est objet de propriété, publique ou privée. Les constitutions de l'ère moderne consacrent en fait le pouvoir de l'Homme face à la nature en célébrant son droit de propriété. Considéré comme un droit absolu par la doctrine anglaise et américaine, le droit de propriété fait partie des droits dont le citoyen américain ne peut être privé sans application régulière de la loi⁸³. La constitution juridico-politique ne traite pas non plus des transformations créées par l'action humaine, ni ne cherche à limiter la science et la technique. La nature et les objets non-humains apparaissent toutefois dans les constitutions modernes quand il s'agit de répartir les objets sur lequel s'exercent l'*imperium* et le *dominium* de deux ordres de gouvernement distincts, ce que font les constitutions fédérales. La constitution américaine confère au Congrès le pouvoir de promouvoir « le progrès de la science et des arts utiles », sans envisager sa limitation comme telle; c'est son progrès indéfini qui est impliqué⁸⁴. Plus explicite que la constitution américaine sur la nature et ses objets non-humains, la constitution canadienne, dans sa version originelle de 1867, parle de « bouées », de « phares », de l'« Île de Sable », de « côtes de mer », de « navires », de « passages d'eau », de

⁸² Serge Moscovici, *Essai sur l'histoire humaine de la nature*, Paris, Flammarion, 1977, p. 557.

⁸³ Voir le premier paragraphe du XIV^e amendement. Sur le caractère absolu du droit de propriété en droit américain, voir Ann Mary Glendon, *Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*, Free Press, 1991, p. 18 et s.

⁸⁴ Constitution des États-Unis d'Amérique, article 1, par. 8.

« canaux », d'« arsenaux », de « terres publiques », de « bois » et de « forêts », de « lignes de bateaux à vapeur », d'« agriculture », de « mines », de « minéraux », de « denrées », de « marchandises », de « chemin de fer ». Bref, la Nature et ses produits transformés par l'Homme apparaissent dans le discours constitutionnel, mais pour mieux départager l'exercice de la domination publique. La Nature, transformée par la science et le travail humain, et la puissance, relayée par l'État souverain et l'individu propriétaire, appartiennent à deux sphères disjointes.

2. Trois figures du constitutionnalisme contemporain

À ces trois définitions ou images de la constitution correspondent, me semble-t-il, autant de constitutionnalismes divers, en fait complémentaires, qui élargissent tous ensemble la portée de l'entreprise constituante aujourd'hui. Examinons-les.

2.1. La constitution juridico-politique du constitutionnalisme libéral

On associe d'emblée cette conception au constitutionnalisme libéral, dont l'ambition première est de limiter le pouvoir souverain. C'est un constitutionnalisme tourné vers l'État, vers l'organisation de ses pouvoirs, l'énonciation de ses principes de fonctionnement et de légitimation, vers l'établissement de limites à l'exercice de ses pouvoirs pour faire émerger une société libre, indépendante de lui. La séparation des pouvoirs revêt ainsi un rôle emblématique. Comme l'écrivait Michel Debré: « La séparation ou la non-séparation des pouvoirs distingue les régimes politiques. Dans le premier cas la liberté paraît garantie, dans le second elle demeure à la discrétion de l'autorité »⁸⁵. Les techniques du constitutionnalisme libéral sont diverses et connues, parmi lesquelles figure au premier rang la séparation ou pondération des pouvoirs. Les Américains lui ont reconnu deux dimensions, une première, horizontale, qui compartimente la puissance d'État en trois pouvoirs tirant chacun leur légitimité du peuple; puis une deuxième, verticale, qui divise cette puissance en deux ordres de gouvernement distincts et concurrents, la

⁸⁵ Michel Debré, « Préface. Démocratie et institutions », dans *Naissance de la cinquième république. Analyse de la constitution par la revue française de science politique en 1959*, Paris, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1990, p. IX.

souveraineté étant réservée au peuple. C'est cette double séparation qui devait, dans l'esprit des Fédéralistes américains, apporter une double sécurité aux droits du peuple⁸⁶. Les Allemands ont aussi vu dans le fédéralisme une ressource constitutionnelle contre le centralisme étatique et la tyrannie, au point d'en faire un principe « éternel » de la Loi fondamentale de 1949, qui échappe à toute possibilité d'amendement constitutionnel⁸⁷. D'origine allemande, le politologue Carl Friedrich a reconnu dans le fédéralisme « la forme territoriale de la séparation des pouvoirs politiques sous un régime constitutionnel »⁸⁸. Dans la littérature italienne également, le fédéralisme est intimement lié à la séparation territoriale ou verticale des pouvoirs, qui maintient une distribution des pouvoirs entre deux ou trois ordres de gouvernement⁸⁹. La séparation des pouvoirs connaît d'autres expressions. Un aspect important du présidentielisme américain est la précarité et la rotation des charges publiques, en vue d'assurer un contrôle régulier et fréquent des élus. En France, la dyarchie des pouvoirs exécutifs, qui oppose un président gouvernant et élu au suffrage universel à un premier ministre responsable devant l'Assemblée nationale, peut évoluer vers une nouvelle forme de séparation des pouvoirs, en période de cohabitation, qui constitue, selon Pierre Manent, « une bizarrerie extrême dans l'histoire du gouvernement représentatif »⁹⁰.

⁸⁶ Voir Alexander Hamilton, John Jay et James Madison, *Le Fédéraliste*, Paris, Economica, n° 51, p. 432. Selon Madison: « Dans la république composée d'Amérique, le pouvoir délégué par le peuple est tout d'abord partagé entre les deux gouvernements distincts, et ensuite la portion assignée à chacun d'eux est subdivisée entre des départements distincts et séparés. De là résulte une double sécurité pour les droits du peuple. » Voir aussi Marc Chevrier, « La genèse de l'idée fédérale chez les pères fondateurs américains et canadiens », dans Alain-G. Gagnon, dir., *Le fédéralisme contemporain*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 2006, p. 45-48.

⁸⁷ Voir Ilse Staff, « Introduction », dans *Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne*, Bonn, Office de presse et d'information du Gouvernement fédéral, 1998, p. 22. La clause dite d'éternité, ou « Ewigkeitsclausel », est le paragraphe 79(3).

⁸⁸ Carl J. Friedrich, *La démocratie constitutionnelle*, Paris, Presses universitaires de France, 1958, p. 163. Voir aussi, s'agissant de la séparation verticale des pouvoirs garantie par le fédéralisme, Roland Strum et Petra Zimmermann-Steinhart, *Föderalismus*, Baden-Baden, Nomos, 2005, p. 18.

⁸⁹ Voir « Separazione dei poteri », dans Tania Groppi, *Il federalismo*, Rome/Bari, Editori Laterza, 2004, p. 126-128.

⁹⁰ Pierre Manent, *Cours familier de philosophie politique*, Paris, Gallimard, 2001, p. 36-37. Sur le mode de gouvernement dyarchique créé par les régimes semi-présidentiels, la littérature est abondante. Voir notamment François Frison-Roche, *Le « modèle semi-présidentiel » comme instrument de la transition en Europe post-communiste*, Bruxelles,

La rationalisation du parlementarisme est aussi une autre avenue constitutionnelle que plusieurs pays européens, la France, l'Italie et l'Allemagne, ont empruntée au lendemain de la Seconde Guerre mondiale pour stabiliser les rapports entre l'exécutif et le législatif. Le parlementarisme dit « rationalisé » procède généralement à une délimitation des domaines propres de la loi et du règlement et encadre, sinon diminue, les prérogatives du parlement dans le processus législatif et la formation et le contrôle du gouvernement⁹¹. Une autre forme de rationalisation, d'inspiration plus américaine, consiste à limiter le pouvoir financier de l'État, ce que prévoient de nombreuses constitutions d'États américains⁹².

Plusieurs pays, tout en rationalisant leur régime parlementaire, ont introduit des contre-pouvoirs institutionnels dont l'influence et l'importance se sont peu à peu révélées. On pense à l'Italie, dont les référendums abrogatifs, mis en œuvre longtemps après l'entrée en vigueur de la constitution de la République en 1948, ont contribué à transformer de fond en comble le système politique au tournant des années 1990. Le référendum, d'initiative présidentielle seulement sous la V^e République, pourra désormais être enclenché sur initiative des parlementaires français appuyée d'une pétition de citoyens⁹³. En dehors des régimes parlementaires, le référendum et l'initiative législative sont très usités dans les États américains, qui en prévoient les mécanismes dans leur constitution. La Suisse, qui pratique la démocratie référendaire à tous les échelons, a introduit dans sa grande révision constitutionnelle de 1999 une procédure d'initiative législative fédérale. Le contre-pouvoir le plus universellement diffusé demeure toutefois le contrôle juridictionnel des lois fondé sur des garanties constitutionnelles. Ce contrôle a pris principalement deux formes dont on a sans doute exagéré l'opposition: le modèle de tribunal spécialisé théorisé par Hans Kelsen, par opposition au modèle anglo-américain qui remet ce

Bruylant, 2008, p. 3-34; Rafael Martinez et Antonio Garrido, *Sistemas mixtos de gobierno de tendencia presidencial*, Working paper n° 184, Barcelone, Institut de Ciències Politiques i Socials, 2000.

⁹¹ Hugues Portelli, *Les régimes politiques européens*, Paris, Le livre de poche, 1994, p. 31-33.

⁹² Richard Briffault, « The Disfavored Constitution: State Fiscal Limits and State Constitutional Law », (2003) 34 Rutgers Law Journal 907; du même auteur. « State and Local Finance », dans G. Alan Tarr et Robert F. Williams, dir., *State Constitutions for the Twenty-First Century: The Politics of State Constitutional Reform*, New York, SUNY Press, 2006, p. 211-240.

⁹³ Nouvel article 11, Constitution de la V^e République française, adopté le 23 juillet 2008.

contrôle à l'appareil judiciaire tout entier, chapeauté par une cour suprême⁹⁴. Au Canada, en dépit des préférences des juristes et de gouvernements québécois pour une justice constitutionnelle de type européen, les élites canadiennes ont préféré conserver le modèle anglo-américain et confier à la Cour suprême du Canada le dernier mot sur les litiges constitutionnels⁹⁵.

Que la figure du juge constitutionnel incarne aujourd'hui le rôle de gardien des promesses démocratiques contenues dans la constitution ne signifie pas pour autant qu'il est seul, dans l'économie des pouvoirs d'État, à remplir cette fonction. Par exemple, dans l'architecture de la constitution de la V^e République française, le président apparaît comme un gardien politique, responsable de la continuité et de la longévité de l'État, qui dispose à cette fin de pouvoirs exceptionnels⁹⁶. Au début de la République américaine, le président se comportait comme un garant de la constitution et exerçait son veto législatif de manière quasi-judiciaire⁹⁷. D'autres contre-pouvoirs de type non-judiciaire qu'Olivier Schrameck a appelés les « tiers pouvoirs » prennent place dans les constitutions contemporaines, tel l'Ombudsman, ou le Défenseur des droits en France depuis le 23 juillet 2008⁹⁸. La constitution de la République d'Afrique du Sud consacre un chapitre entier à ces tiers-pouvoirs d'État, indépendants de l'exécutif et du législatif, au nombre de sept, qui ont pour tâche de veiller à la défense de la démocratie constitutionnelle⁹⁹.

⁹⁴ Guillaume Tusseau, *Contre les modèles de justice constitutionnelle. Essai de critique méthodologique. Modelli de justizia costituzionale: saggion de critica metodologica*, Bologne, Bononio University Press, 2009.

⁹⁵ Marc Chevrier, *Contrôle judiciaire et gouverne démocratique: de la « législation judiciaire » au Canada depuis 1982*, thèse de doctorat de science politique, Institut d'études politiques de Paris, 2001, vol. 1, p. 46-50.

⁹⁶ François Saint-Bonnet, « De la longévité de la V^e République. Le nouveau droit constitutionnel et ses gardiens », dans Dominique Chagnollaud, dir., *Les 50 ans de la constitution*, Paris, Litec, 2008, p. 135-146.

⁹⁷ Voir Sanford Levinson, *Constitutional Faith*, Princeton University Press, Princeton, 1988. Voir aussi Jack N. Rakove, « President in the Constitution », dans Leonard W. Levy et Louis Fisher, dir., *Encyclopedia of the American Presidency*, vol. 1, New York, Simon & Schuster, 1994, p. 294-295.

⁹⁸ Voir Olivier Schrameck, « Rapport de la commission Balladur: libres propos croisés de Pierre Mazeaud et Olivier Schrameck », (2008) 1 *Revue du Droit Public*, p. 6.

⁹⁹ Voir articles 181 à 194, constitution de la République de l'Afrique du Sud, entrée en vigueur en 2007. Voir: <http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/index.htm>.

Ce type de constitutionnalisme s'appuie sur la croyance en le pouvoir déterminant de la constitution, en ce que ses normes, du fait de leur énonciation et de leur effet, ont la capacité d'organiser la vie politique. Il y a donc un parti pris à la fois déterministe et normativiste dans le constitutionnalisme, assurément dans sa forme écrite, dont on peut certes souligner les limites, notamment quand il prend la forme d'un rationalisme qui prétend soumettre aux décrets de la raison les moindres aspects de la vie sociopolitique. Cette croyance rationaliste, répandue dans la doctrine constitutionnelle, peut constituer un obstacle épistémologique à la compréhension des facteurs sociopolitiques et culturels qui jouent dans la mise en place d'un régime politique. Le politologue Bastien François n'hésite pas à parler de fétichisme constitutionnel, s'agissant de « la croyance, constitutive du mode de pensée juridique, dans le caractère déterminant des prescriptions de la Constitution dans la structuration de la vie politique »¹⁰⁰.

Outre le rationalisme excessif du droit constitutionnel écrit, l'autre volet du fétichisme constitutionnel réside aussi dans les vertus supposées du droit constitutionnel non-écrit ou coutumier, dont la constitution britannique serait l'exemple emblématique. Le caractère non-écrit de cette constitution dite évolutive et pragmatique apparaît comme un trait essentialisé de la culture juridique britannique, ou comme une affaire de style juridique sans conséquence sur les droits des citoyens. À force de présenter cette constitution comme le fruit du génie national britannique, essaimé dans ses colonies, on évite de comprendre les facteurs sociopolitiques qui ont poussé les élites anglaises à se garder d'importer chez elles le modèle de la constitution politique moderne. L'historien de la Grande-Bretagne George M. Trevelyan a mythifié en ces termes l'excellence de la constitution évolutive britannique, en soulignant les périls auxquels la constitution écrite de Cromwell aurait exposé le pays:

Il fut bon pour l'Angleterre que l'Arrangement de la Révolution ne lui procure pas une constitution écrite, flambant neuve, imperméable, inaltérable. Une constitution écrite, distincte de l'ensemble des lois et coutumes ordinaires, est étrangère au génie politique anglais. L'un des pires indices, montrant l'extrémité où se trouvait réduit Cromwell parce qu'il n'arriva pas à trouver une base d'accord national, fut qu'il promulgua des constitutions écrites, séparant d'une façon catégorique, inaltérable, les pouvoirs du Protecteur de ceux du Parlement. Ces

¹⁰⁰ Bastien François, *Le régime politique de la V^e République*, Paris, La découverte, 2006, p. 7.

Marc Chevrier, « Trois visions de la constitution et du constitutionnalisme contemporain »

procédés étaient contraires aux véritables façons de faire anglaises. Le brouillard londonien, qui dissimule pudiquement à la vue les relations exactes entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif, à Westminster, a permis à la constitution de s'adapter d'elle-même, subrepticement, aux nécessités changeantes de chaque époque¹⁰¹.

Or, la célébration des vertus du « brouillard » constitutionnel britannique occulte les diverses tentatives faites, tout au long de l'histoire politique du Royaume-Uni, pour codifier le parlementaire anglais, voire pour donner au pays une constitution. Dans l'histoire de l'Écosse, avant et après son Union avec l'Angleterre, on a vu les élites de la nation se réunir en convention nationale, en 1638 et en 1949, pour affirmer les droits politiques des Écossais¹⁰². Par ailleurs, les constitutionnalistes britanniques conviennent que la constitution actuelle du pays ne se conforme plus à sa conception évolutive et non-écrite traditionnelle¹⁰³. Sans être codifiée, elle trouve son expression pour une grande part dans une série de lois du parlement de Westminster, modifiée depuis 1972 par les multiples traités européens auxquels le Royaume-Uni a adhéré. De plus, en 1998, le royaume a incorporé la *Convention européenne des droits de l'Homme* dans la législation nationale et mandaté aux juges britanniques de l'appliquer¹⁰⁴. Suite à un jugement de la Cour européenne de Strasbourg mettant en doute l'indépendance d'un tribunal britannique en raison d'une séparation insuffisante entre les pouvoirs législatif et judiciaire, le parlement britannique a décidé d'enlever à la Chambre des Lords son rôle de cour d'appel nationale et de créer une cour suprême indépendante, qui devrait entrer en fonction en 2009¹⁰⁵. En 2004, la cour de Strasbourg avait infligé tout un camouflet au Royaume-Uni en lui rappelant qu'il ne pouvait enlever aux détenus leur droit de vote sur la base de restrictions « qui n'auraient pas fait l'objet d'un débat approfondi devant les organes législatifs et qui découleraient essentiellement d'une fidélité aveugle et automatique à la tradition historique »¹⁰⁶. C'était une jolie façon de dire que la conception burkénne de la constitution ne saurait longtemps tenir devant les exigences

¹⁰¹ George M. Trevelyan, *Précis d'histoire de l'Angleterre*, Paris, Payot, 1972, p. 341.

¹⁰² Michel Duchéin, *Histoire de l'Écosse*, Paris, Fayard, 1998, p. 269-271 et 487-488.

¹⁰³ Voir « British Constitution » dans Bill Jones, *Dictionary of British Politics*, Manchester, Manchester University Press, 2004, p. 21-22.

¹⁰⁴ *Human Rights act (R.-U.)*, 1998, c. 42.

¹⁰⁵ *McGonnell c. Royaume-Uni*, n° 28488/95, [2000], I-II, C.E.D.H. 127.

¹⁰⁶ Voir CEDH, *Hirst c. Royaume-Uni (2)*, requête 74025/01, 30 mars 2004, par. 41, confirmé par la Grande Chambre de la Cour, *Hirst c. Royaume-Uni (2)* [GC], n° 74025/01, [2005], IX.

impératives de la Convention¹⁰⁷. En somme, comme l'ont estimé plusieurs auteurs, la conception classique de la constitution britannique accuse un « déclin » manifeste¹⁰⁸. D'ailleurs, les normes constitutionnelles britanniques sont entrées dans un processus de codification, qu'a accéléré l'adoption depuis l'arrivée au pouvoir des Travailleurs en 1997 de nombreuses lois à portée constitutionnelle, au sens matériel du terme¹⁰⁹. En multipliant ces lois à portée constitutionnelle, le gouvernement de Tony Blair aurait brisé les tabous de la société britannique à l'égard de toute forme délibérée de changement constitutionnel¹¹⁰. Des juristes britanniques sont allés jusqu'à soutenir que les juges écossais pourraient décider, sur la base du traité d'Union de 1707 et de la validation démocratique de la dévolution en 1999 par référendum, que le Parlement de Westminster ne peut plus changer quoi que ce soit au statut de l'Écosse sans son consentement, les garanties offertes à l'Écosse par la dévolution acquérant ainsi une valeur supralégislative¹¹¹.

Au vu des différentes réformes entreprises au cours des dernières années au Royaume-Uni pour mieux séparer les pouvoirs législatif et judiciaire, Claire De Bausse de la Hougue écrit: « L'idée d'une constitution écrite ne paraît plus impensable alors que cela constituerait une véritable révolution, un bouleversement de tous les fondements des institutions britanniques »¹¹². En effet, depuis l'arrivée des Travailleurs au pouvoir en 1997, plusieurs voix au sein du parti, ainsi qu'au sein du parti Libéral-Démocrate, ont réclamé l'adoption d'une véritable constitution écrite pour le pays. Fait

¹⁰⁷ John Alder, *Constitutional and Administrative Law*, 6^e ed., Londres, Palgrave, 2007, p. 14.

¹⁰⁸ Anthony Lester, « The Constitution: Decline and Renewal », dans Jeffrey Jowell et Dawn Oliver, dir., *The Changing Constitution*, Oxford, Clarendon Press, Oxford, 345-369. Bien qu'opposé à l'adoption d'une constitution écrite britannique, Anthony King analyse dans le détail les changements qu'a connus la constitution britannique, en raison de l'intégration européenne, la dévolution et l'adoption du *Human Rights Act*. Cette constitution est devenue un vrai gâchis « mess », selon lui. Anthony King, *The British Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

¹⁰⁹ Rodney Brazier, *Constitutional Reform. Reshaping the British Political System*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 155.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 167.

¹¹¹ Helen Fenwick et Gavin Phillipson, *Constitutional & Administrative Law 2007-2008*, Londres, Routledge-Cavendish, 2007, p. 16-17.

¹¹² Claire De Bausse de la Hougue, « Un aspect des réformes constitutionnelles au Royaume-Uni: la disparition du Lord Chancellor. D'une constitution non-écrite vers une Constitution », (2005) 2(62) *Revue française de droit constitutionnel*, p. 309.

intéressant, au cours des dernières années, on a assisté aussi au Royaume-Uni à l'émergence d'un mouvement républicain dont l'ambition est de « définir précisément les pouvoirs du premier ministre, d'en codifier l'usage » et de doter le pays d'une constitution écrite¹¹³. En juillet 2007, le gouvernement travailliste de Gordon Brown a déposé au parlement un livre vert ambitieux, portant sur la « gouvernance » du Royaume-Uni. Il y envisage de limiter les prérogatives de l'exécutif, de renforcer le parlement, de clarifier et de renforcer les libertés individuelles et même de donner au pays une constitution écrite. On peut y lire des phrases étonnantes, qui rompent avec la tradition britannique. Par exemple: « *Constitutions should allow the citizen to understand and fully engage with the state and state institutions* »¹¹⁴. On y fait état de la nécessité de clarifier les valeurs britanniques, voire ce qu'est le pays en lui-même, ce qui pourrait conduire à la conclusion d'un « concordat » entre l'exécutif et le législatif ou à l'adoption d'une constitution écrite¹¹⁵. Le livre vert reconnaît que le renouvellement de la démocratie britannique ne peut plus être l'affaire uniquement du gouvernement et qu'il repose désormais sur une discussion publique qui engage la population dans son ensemble¹¹⁶.

Si la constitution souple et évolutive en Grande-Bretagne s'essouffle, cela n'est pas seulement dû aux transformations institutionnelles de l'État britannique et à ses relations avec l'Europe; c'est que les bases sociologiques qui avaient assuré la pérennité et le prestige de cette constitution souple ne sont plus là. En effet, comme le soutient Larry Siedentrop, la constitution non-écrite britannique, qui s'est adaptée à la société sous la gouverne d'une élite aristocratique agissant en accord avec les mœurs et l'opinion, ne peut guère fournir à l'Europe de modèle de constitutionnalisme; les racines sociologiques mêmes à la base du succès de la constitution non-écrite britannique se sont effritées, notamment à la suite de l'action du gouvernement de Margaret Thatcher, qui a considérablement affaibli ce qui restait dans le royaume des habitudes de la classe gouvernante, au profit d'une classe moyenne plus mobile et âpre au gain,

¹¹³ Antoine Mioche, « L'idée républicaine en Grande-Bretagne – une idée anglaise – », dans Paul Baquiast et Emmanuel Dupuy, dir., *L'idée républicaine en Europe XVIII^e/XXI^e siècles*, volume 1, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 156.

¹¹⁴ R.-U., *The Governance of Britain*, C. 7170 (2007), par. 211. En ligne: <http://www.official-documents.gov.uk/document/cm71/7170/7170.pdf>

¹¹⁵ *Ibid.*, par. 212.

¹¹⁶ *Ibid.*, par. 215.

indifférente à la hiérarchie et au statut social¹¹⁷. Selon Siedentrop, bien que la classe moyenne ait accédé au pouvoir parlementaire par les lois électorales de 1832 et 1867, les dirigeants politiques issus de cette classe ont épousé les habitudes du libéralisme aristocratique, en sous-estimant l'importance des normes constitutionnelles qui, dans la forme d'une constitution écrite, contribuent à la socialisation politique des citoyens¹¹⁸. Ils ont préféré railler la rhétorique grandiloquente des nations républicaines et chanter la gloire de la constitution « elliptique » (understated) britannique¹¹⁹.

Parmi les pays du Commonwealth, il est clair que l'Australie, qui a reçu en héritage le monarchisme parlementaire et le droit anglais, a rompu avec la vision évolutive et organique de la constitution britannique et épouse un constitutionnalisme proche de la vision politique moderne, avec sa pratique des conventions constitutionnelles et des référendums de ratification des projets d'amendement constitutionnel. Au Québec, Marcel Faribault est l'un de ceux qui a le plus radicalement mis en doute le prétendu génie constitutionnel anglais fondé sur la suprématie parlementaire et le droit coutumier¹²⁰. Bref, tel que le prédisait déjà Bryce en 1905, « *the future is rather with Rigid Constitutions than with those of the Flexible type* »¹²¹.

2.2. La constitution sociale et le constitutionnalisme d'expression et d'intégration de la société

Il peut paraître incongru de penser que s'il existe une telle chose qu'une constitution sociale, elle puisse être contenue dans la constitution juridico-politique d'un État. Les constitutions des régimes communistes ou fascistes

¹¹⁷ Larry Siedentrop, *Democracy in Europe*, Londres, Penguin Books, 2000, p. 64-80.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 72.

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ Il écrit: « La plus grande erreur constitutionnelle est de croire à la valeur de la seule coutume et du seul processus judiciaire et parlementaire. Une Constitution doit, au contraire, être écrite et soustraite à l'autorité tant judiciaire que parlementaire en tout ce qui touche à son inspiration. Le parlement peut bien en certains cas être le préparateur de la Constitution, mais ce n'est que l'assentiment de la population qui lui donne sa force, ou bien formellement par voie de référendum ou de plébiscite, ou bien substantiellement par le consensus populaire exprimé soit au préalable lors de la réclamation d'une nouvelle Constitution par l'opinion publique, soit en régime fédératif par la participation des États membres au processus d'élaboration des textes, soit de toute autre manière. » Marcel Faribault, *supra* note 65, p. 154.

¹²¹ James Bryce, *supra* note 17, p. 92.

ont caressé l'ambition de définir l'organisation sociale (la constitution sociale et politique de Salazar au Portugal), mais ce fut un échec. En fait, les facteurs, les principes et les structures qui sont à l'origine de la formation d'une société, de sa personnalité, de sa culture, de ses divisions internes, ainsi que de son évolution forment une boîte noire d'une infinie complexité que les sciences sociales peinent à déchiffrer. À plus forte raison est-il absurde de penser que la constitution d'un État puisse formuler par quelques clauses les principes actifs de cette boîte noire. Le parrain intellectuel de l'union fédérale canadienne au Québec, Joseph-Charles Taché, exprimait en ces termes son scepticisme: « nous n'accordons pas aux constitutions et aux formes de gouvernement [...] la propriété de transformer les nations »¹²². Bertrand de Jouvenel a rappelé à sa façon les limites de l'entreprise constituante: « La Constitution peut bien établir des organes: ils ne prennent vie et force qu'autant qu'ils se remplissent de la vie et de la force d'une puissance sociale qu'il n'est pas au pouvoir des constituants de créer »¹²³. Paul Bastid disait lui aussi son scepticisme à l'égard des vertus transformatrices prêtées aux constitutions: « ...il convient de ne s'exagérer ni les vices, ni les vertus d'un texte fondamental déterminé. Aucun n'a jamais transformé les mœurs d'une nation, n'a jamais réussi ni à les améliorer, ni à les corrompre »¹²⁴.

Cependant, les constitutions contemporaines entretiennent un rapport serré avec la société, au point que celle-ci imprègne le contenu de celles-là et que celles-là façonnent, dans une certaine mesure, celle-ci. Ainsi, les libertés individuelles, que le libéralisme présente d'emblée comme des libertés négatives protégeant les citoyens contre les atteintes arbitraires de l'État, peuvent acquérir, par l'usage rhétorique qu'en font certains groupes sociaux, une dimension sociale instrumentale. C'est la thèse des politologues Rainer Knopff et Felix Morton, de l'université de Calgary, dont les multiples études ont cherché à mettre en lumière l'agenda idéologique sous-jacent à l'invocation grandissante des droits de l'Homme par ces groupes prompts à utiliser le procès comme moyen de transformer la société tout entière. Ces groupes qui se forment pour défendre des causes environnementales ou identitaires, des minorités sociales ou linguistiques, au lieu que les intérêts « matérialistes » de la démocratie industrielle

¹²² Joseph-Charles Taché, *Des provinces de l'Amérique du Nord et d'une Union fédérale*, *supra* note 46, p. 160.

¹²³ Bertrand de Jouvenel, *Du pouvoir*, Paris, Librairie Hachette, 1972, p. 484.

¹²⁴ Paul Bastid, *L'idée de constitution*, *supra* note 53, p. 186.

d'après-guerre, voient dans le droit constitutionnel un savoir-pouvoir ou une « technologie sociale » au service d'une ambition d'ingénierie sociale¹²⁵. Prenant leur distance de l'anti-juridisme des marxistes, pour lesquels le droit était un instrument de domination au service de l'exploitation capitaliste, de nouveaux marxistes reconnaissent aujourd'hui que le droit, y compris les garanties constitutionnelles des libertés, peut servir, à certaines conditions, une politique d'émancipation des groupes opprimés¹²⁶. Conservateurs et radicaux progressistes s'accordent ainsi sur le même pouvoir de transformation sociale imputé au droit constitutionnel.

Qui plus est, la séparation entre la société et l'État que le droit constitutionnel est censé opérer ne se vérifie guère au vu des effets inattendus que peuvent avoir des décisions de justice interprétant libéralement certaines libertés classiques, telles les libertés d'expression et d'association. Ainsi au Canada, bien que la Cour suprême ait décidé que la *Charte canadienne des droits et libertés* ne s'applique pas aux rapports collectifs de travail, certaines de ses décisions ont néanmoins eu un impact structurant sur le droit du travail, conduisant certains auteurs à conclure à un processus indirect de constitutionnalisation du droit du travail¹²⁷. En 1979, la Cour suprême de Californie, sur la base du droit à liberté d'expression reconnu par la constitution de l'État, a imposé à des propriétaires de centres commerciaux l'obligation de respecter la liberté d'expression politique d'autrui dans ces lieux mêmes¹²⁸. L'idée d'une séparation nette entre la société et l'État se brouillant, le droit constitutionnel est fait de frontières mouvantes entre les deux, s'il ne crée pas un entremêlement permanent entre les deux.

La constitution agit aussi sur la société par sa puissance symbolique, dont la portée dépasse son effectivité juridique. La constitution, écrit Carl J. Friedrich, « agit aussi comme le plus efficace symbole des forces qui

¹²⁵ Rainer Knopff, *Human & Social Technology*, Ottawa, Carleton University Press, 1990; Felix L. Morton et Rainer Knopff, *The Charter Revolution & The Court Party*, Peterborough (Ontario), Broadview Press, 2000.

¹²⁶ Didier Hanne et Antoine Artous, *Droit et émancipation*, Paris, Éditions Syllepse, 2005.

¹²⁷ Christian Brunelle, Michel Coutu et Gilles Trudeau, « La constitutionnalisation du droit du travail: un nouveau paradigme », (2007) 48(1-2) *Les Cahiers de Droit*, 5-42.

¹²⁸ Il s'agit de l'affaire *Robins v. Pruneyard Shopping Center*, 23 Cal.3d 899, 23 mars 1979, Cour suprême de la Californie, décision que certains critiquent comme contraire à l'esprit du constitutionnalisme libéral. Voir Gregory C. Sisk, « Uprooting the Pruneyard », (2007) 38(4) *Rutgers Law Journal*, 1145-1214.

s'unissent pour œuvrer dans une communauté »¹²⁹. Elle consacre les valeurs, les idéaux, voire les identités qu'une société estime nécessaire d'énoncer solennellement. Enfin, sans être la source des valeurs d'une société, elle hisse quelques-unes d'entre elles à la notoriété officielle; elle aide, ce faisant, à clarifier les valeurs existantes, tâche que les tribunaux poursuivent au cas par cas, en résolvant des conflits de valeurs dont ils sont souvent saisis sous couvert d'une question constitutionnelle¹³⁰. Que ce soit dans le préambule, un titre préliminaire ou dans le corps principal du texte, les constitutions contemporaines prennent soin de préciser les valeurs éminentes de la collectivité, certains principes organisateurs de l'État ou de la communauté nationale ou des symboles, tels que le drapeau, la devise et l'hymne nationaux. Certaines constitutions rappellent dans leur préambule leur inscription dans l'histoire, en envisageant l'avenir, telle l'américaine, ou certains épisodes du passé national, ce que font les constitutions baltes et irlandaise¹³¹. Cette inscription des valeurs et des références au temps n'est pas le propre des constitutions d'États unitaires ou des constitutions fédérales. Plusieurs constitutions d'États fédérés, en particulier celles des cantons suisses, poursuivent les mêmes ambitions énonciatives. Le statut d'autonomie de la communauté autonome de Catalogne, bien qu'il ne soit pas formellement une constitution d'État fédéré authentique, en présente tout le langage et s'ouvre par un long préambule qui raconte à la fois l'histoire nationale catalane et nomme les aspirations politiques de la communauté. Le statut d'autonomie y est reconnu comme le dépositaire de la mémoire historique des Catalans et il en rappelle, dans son préambule, les grands moments¹³². Tel que le souligne Peter Häberle, si les préambules renvoient à l'histoire nationale, c'est qu'« ils le font pour tenir compte du besoin humain d'une représentation historique et d'une identité, beaucoup plus dans le sens d'une histoire qui se sent engagée envers le profane que dans le sens d'un traitement scientifique pour un public de spécialistes »¹³³.

¹²⁹ Carl J. Friedrich, *La démocratie constitutionnelle*, *supra* note 88, p. 95-96.

¹³⁰ Andrée Lajoie, *Jugements de valeurs*, Paris, Presses universitaires de France, 1997.

¹³¹ Marie-Claire Ponthoreau-Landi, « La Constitution comme structure identitaire », dans Dominique Chagnollaude, dir., *Les 50 ans de la constitution*, Paris, Litec, 2008, p. 33.

¹³² Communauté autonome de Catalogne, Loi organique du 6/2006, du 19 juillet, de réforme du Statut d'autonomie de Catalogne, Parlement de Catalogne, en ligne: http://www.parlament.cat/porteso/estatut/estatut_frances_250309.pdf.

¹³³ Peter Häberle, *L'État constitutionnel*, *supra* note 66, p. 223.

En tant qu'entreprise achevant l'affirmation de la liberté politique d'un peuple, la constitution soude la communauté et en vient à incarner, aux yeux mêmes de ses citoyens, le dépôt même de leurs libertés. La constitution donne à la communauté une image d'elle-même à travers les diverses personnes publiques qu'elle institue et ses sujets politiques, peuple, nation, minorité, qu'elle nomme et investit du pouvoir souverain ou constituant. Si la constitution ne crée pas la société, et tire de ses rapports à celle-ci son effectivité, elle a néanmoins la capacité de symboliser la naissance même de la communauté politique et de la renforcer par la vénération dont le texte fondateur fait l'objet. C'est ce que plusieurs auteurs appellent la fonction d'intégration de la constitution¹³⁴. Elle attire sur elle, quand on la vénère et lui attribue la vertu d'organiser efficacement les pouvoirs, l'affection de la population. Dans le langage patriotique, la constitution est objet d'amour, tel que le reconnut John Adams: « une constitution est une bannière, un pilier et un lien d'union quand elle est comprise, approuvée et aimée. Mais sans cette compréhension et sans cet attachement, elle pourrait être aussi bien être un cerf-volant et ou un ballon dans les airs »¹³⁵. Même au Canada, pays où la vision britannique de la constitution a dominé sans forte contestation depuis l'échec du rêve constitutionnel des Patriotes en 1837-1838, des parlementaires se sont plu à rêver d'une constitution écrite canadienne raffermissant l'identité et la cohésion nationales:

Le processus de conception et de formulation d'une constitution écrite sous tous ses aspects oblige un peuple à mieux comprendre la valeur de son caractère et de ses aspirations propres. Une fois élaborée, sa constitution lui donne une conscience qui renforce ses institutions fondamentales et sa personnalité. En outre, elle représente un idéal national vers lequel le peuple peut et doit orienter ses pensées, ses énergies et ses passions¹³⁶.

Pour Hannah Arendt, l'entreprise constituante peut acquérir de telles dimensions symboliques que la constitution revêt aux yeux de la population et de la classe politique un caractère sacré, équivalent à celui d'une religion civile. Dans une entrevue, elle a déclaré au sujet de la constitution

¹³⁴ Voir sur ce sujet Marie-Claire Ponthoreau-Landi, *supra* note 131, p. 31-42.

¹³⁵ Cité d'après Zoltan Haraszti, *John Adams and the Prophets of Progress*, Cambridge, Massachusetts, 1952, p. 221, tel que cité en français dans Hannah Arendt, *Essai sur la Révolution*, Paris, Gallimard, 1967, p. 213.

¹³⁶ Gildas L. Molgat et Mark MacGuigan, *Rapport final*, Comité spécial mixte du sénat et de la Chambre des communes, Parlement fédéral du Dominion du Canada, 1972, p. 6.

américaine: « ...ici, c'est un document sacré, c'est le souvenir constant d'un acte unique et sacré: l'acte de fondation des États-Unis »¹³⁷. On sait toute l'importance que Arendt a accordée au concept de fondation dans son analyse de la révolution américaine. Sa thèse est que les révolutionnaires américains ont emprunté aux Romains plusieurs distinctions fondamentales pour garantir la fondation d'un ordre politique nouveau. Les Américains ont ainsi distingué le pouvoir (*potestas*) de l'autorité (*auctoritas*). Cette distinction suppose que l'exercice du pouvoir de commandement ne peut tirer sa force de lui-même seul; il lui faut être légitimé par une instance dont le prestige lui vient de ce qu'elle s'enracine dans le passé, de ce qu'elle prolonge la fondation de la communauté. Chez les Romains, ce sont les sénateurs, issus des familles patriciennes descendantes des fondateurs de Rome, qui augmentaient de leur autorité les décisions des consuls puis des empereurs. Chez les Américains, les rapports entre autorité et *auctoritas* se déploient autrement. C'est la constitution américaine même, créatrice d'un corps politique nouveau, qui joue un rôle équivalent au mythe de la fondation de Rome par Remus et Romulus et c'est la Cour suprême qui, au lieu du sénat, exerce l'*auctoritas*, forte de la mission qui lui incombe de conserver le dépôt initial et de l'accroître, petit à petit, de ses interprétations qui se réclament des intentions originelles des pères fondateurs. L'expérience américaine de la constitution tenant lieu d'une fondation politique au sens romain du terme a eu peu d'équivalent dans le monde moderne, écrit Arendt dans son célèbre article « Qu'est-ce que l'autorité? »¹³⁸. Il est clair toutefois qu'elle a eu des imitations, plus ou moins réussies. Au Canada, Pierre-Elliott Trudeau, admirateur du *Bill of Rights* américain, a caressé l'ambition de conférer au pays une nouvelle fondation par une réforme constitutionnelle qui renforcerait l'identité nationale et neutraliserait le nationalisme québécois au profit d'une forme de patriotisme des droits, dont la Cour suprême aurait la garde.

En Europe, la volonté de remplacer les traités de l'Union européenne par une constitution européenne procède aussi de l'ambition de fonder un corps politique nouveau, un *demos* européen, et de susciter un patriotisme européen que cristalliserait cette constitution. En effet, pour plusieurs penseurs contemporains, le patriotisme, dépouillé de tout attachement à la nation, concentre l'affection du citoyen à un seul objet, la constitution; c'est

¹³⁷ Hannah Arendt, *Édifier un monde: interventions 1971-1975*, Paris, Seuil, 2007, p. 133.

¹³⁸ Hannah Arendt, « Qu'est-ce que l'autorité? », dans *La crise de la culture*, Paris, Gallimard, 1972, p. 183.

le patriotisme devenu constitutionnel dont le philosophe allemand Jürgen Habermas a formulé le projet, qui entend « aménager la vie politique, non pas autour d'une communauté nationale partageant un héritage ethnique ou culturel, mais autour d'une communauté de citoyens dont les normes qui les rassemblent puisent leur seule légitimité dans les procédures de la délibération publique »¹³⁹. Cependant, cette conception post-nationale de la constitution ne fait pas l'unanimité chez les intellectuels¹⁴⁰, et les ratés qu'a connus la ratification du projet de constitution européenne ont illustré la résistance des peuples habitués à leur constitution nationale à l'édification d'un projet constitutionnel supranational¹⁴¹.

Bref, la constitution énonce l'image qu'une société veut se donner d'elle-même à des fins politiques. La constitution est un miroir de la société, mais un miroir structurant qui procure à la collectivité une image forte et signifiante d'elle-même¹⁴². Elle est en somme une ressource symbolique puissante pour nouer un lien civique entre l'État et ses citoyens. C'est pour cette raison qu'on assigne souvent à la constitution une fonction didactique, qui consiste à enseigner les valeurs et les idéaux fondamentaux dont ils doivent inspirer leur vie¹⁴³.

Toutefois, la force intégrative d'une constitution ne passe pas uniquement par la reconnaissance d'une communauté politique et d'un peuple unitaires. Elle peut s'exercer même quand la constitution semble instaurer une fragmentation des sujets politiques collectifs par la reconnaissance

¹³⁹ Frédéric-Guillaume Dufour, *Patriotisme constitutionnel et nationalisme. Sur Jürgen Habermas*, Montréal, Liber, 2001, p. 11-12. Voir aussi Jürgen Habermas, *L'intégration républicaine*, Paris, Fayard, 1998.

¹⁴⁰ Voir par exemple la critique de Will Kymlicka, « Le mythe de la citoyenneté transnationale », (2004) *Critique internationale*, 97-111.

¹⁴¹ De plus, on remarquera que l'amour de la patrie et l'amour de la constitution et des lois allaient de pair chez les républicains du Canada français au XIX^e siècle. Voir notamment Clément Dumesnil, *Réflexions préliminaires des vrais principes politiques*, Montréal, Des Presses de l'Avenir, 1849, p. 35.

¹⁴² Bhjarne Melkevik, en déplorant l'absence de constitution écrite formelle au Québec, souligne par la négative la puissance symbolique de la constitution: « le Québec n'a pas de constitution formelle qui puisse fonder son espace public, cristalliser la citoyenneté québécoise et symboliser les droits du citoyen, une constitution qui puisse canaliser la puissance symbolique des institutions et la légitimité du peuple. » Bjarne Melkevik, « Patriotisme constitutionnel et souveraineté: le modèle norvégien », dans Michel Sarra-Bournet, dir., *Le pays de tous les Québécois. Diversité culturelle et souveraineté*, Montréal, VLB, 1998, p. 184.

¹⁴³ Marcel Faribault, *Vers une nouvelle constitution*, supra note 65, p. 157.

d'identités sociales particulières, de minorités linguistiques et religieuses dont le statut est fonction des compromis établis entre la majorité nationale et ses minorités. Au Canada, la loi fondamentale du pays adoptée en 1867 se démarque de la constitution américaine par son souci de préserver l'autonomie et certains aspects culturels de la minorité canadienne-française; ce souci s'est reflété dans l'aménagement du partage des compétences, dans le choix d'une régime fédéral plutôt qu'unitaire et dans l'octroi de protections en faveur de la langue, de la religion et du droit civil¹⁴⁴. La réforme constitutionnelle de 1982 intervenue au Canada, sans abolir ces protections et la nature fédérale du régime, y juxtapose une autre « structure identitaire », qui combine la garantie de droits individuels et la reconnaissance de droits communautaires aux minorités de langues officielles, aux communautés ethnoculturelles issues de l'immigration et aux peuples autochtones. Un des aspects intéressants de cette réforme observé par les politologues canadiens et québécois est que la reconnaissance de droits même individuels peut susciter un effet de mobilisation et de cristallisation identitaire sur des groupes qui voient dans la constitution à la fois une ressource pour l'action politique et une bannière identitaire. Ce phénomène, le politologue Alan C. Cairns l'a appelé le *minoritarisme constitutionnel*, soit la segmentation de la société canadienne en minorités sociales dont l'identité se construit sur une distinction physique, sociale ou ethnique et dont le statut est rehaussé par les garanties de la Constitution, qu'il s'agisse du droit à l'égalité, des droits linguistiques et des droits ancestraux et issus de traités reconnus aux peuples autochtones¹⁴⁵. Ainsi, estime Guy Laforest, la *Charte canadienne des droits et libertés* « renforce les identités minoritaires qui n'ont pas d'assises territoriales autres que la communauté nationale canadienne dans son ensemble »¹⁴⁶. Il apparaît que l'architecte de la réforme constitutionnelle de 1982, Pierre-Elliott Trudeau, a fait le pari que ces identités non-territoriales, dérivées du langage des droits individuels, finiraient par prendre le dessus sur les identités territoriales et historiques. Ainsi, au Canada, la fonction intégrative de la constitution a été mise au service de l'édification nationale,

¹⁴⁴ Jean Beetz, « Les attitudes changeantes du Québec à l'endroit de la Constitution de 1867 », dans P. -Crépeau & C.B. MacPherson, dir., *L'avenir du fédéralisme canadien*, Toronto/Montréal, University of Toronto Press/Les Presses de l'Université de Montréal, 1965, p. 114.

¹⁴⁵ Alan C. Cairns, « Constitutional Minoritarianism in Canada », dans Ronald L. Watts et Douglas M. Brown, dir., *Canada: the State of the Federation*, 1990, Kingston, Institut des Relations intergouvernementales, 1990, 8.

¹⁴⁶ Guy Laforest, *Trudeau et la fin d'un rêve canadien*, Sillery, Septentrion, 1992, p. 190.

du « nation-building », au nom d'un nationalisme pancanadien multiculturel qui sert en réalité les intérêts de la majorité canadienne-anglaise¹⁴⁷.

Bien au-delà des conflits entre minorités et majorité et des rivalités d'identité, la constitution laisse aussi son empreinte sur le langage politique de tous les jours: on assiste alors à une « juridicisation » des arguments et de la rhétorique des acteurs politiques et sociaux, qui prennent l'habitude de recourir aux catégories du droit constitutionnel pour faire valoir leurs intérêts et leur vision du monde. Selon Morton et Knopff, la qualité du débat démocratique se ressentirait de cette emprise grandissante du droit constitutionnel: absolutisés par le langage du droit constitutionnel, les intérêts et les valeurs de groupes qui s'opposent dans une controverse laissent moins de prise au compromis¹⁴⁸.

Un autre aspect sous lequel le rapport de la constitution à la société se manifeste est la régulation générale de l'organisation économique et sociale du pays. Dès lors, au rebours du constitutionnalisme libéral, ce type de constitutionnalisme cherche plutôt à légitimer et à orienter l'intervention de l'État dans les sphères économique et sociale, à la fois pour assurer une certaine redistribution des revenus, stabiliser les aléas du capitalisme et fixer des équilibres dans les relations de travail. Ainsi, plusieurs constitutions ont un contenu programmatique: elles orientent les politiques de l'État, l'assigne à la poursuite de buts sociaux, voire consacrent des droits socio-économiques plus ou moins opposables à l'État, selon les libellés et la culture politique et juridique du pays, droits que les juristes considèrent comme des droits de seconde génération¹⁴⁹. La loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne reconnaît tout à la fois le droit à la propriété et celui de l'État de nationaliser les moyens de production, le droit à la syndicalisation et la liberté de profession et définit la République comme un État démocratique et social. Ce volet social renvoie au consensus qui s'est fait en Allemagne après la Seconde Guerre mondiale autour de l'idée d'économie sociale de marché, à laquelle ont adhéré les démocrates-chrétiens et les sociaux démocrates. Le postulat de l'État social fait obligation à l'État allemand d'aménager un ordre social et

¹⁴⁷ Will Kymlicka, « Le fédéralisme multinational au Canada: un partenariat à repenser », dans Guy Laforest et Roger Gibbins, dir., *Sortir de l'impasse: les voies de la réconciliation*, Montréal, Institut de recherche en politiques publiques, 1998, p. 16.

¹⁴⁸ Felix L. Morton et Rainer Knopff, *supra* note 125.

¹⁴⁹ Marie-Anne Cohendet, *supra* note 30, p. 136.

économique juste; cette obligation incombe à tous les pouvoirs, y compris exécutif et judiciaire, qui doivent interpréter les règles de droit dans un sens social¹⁵⁰. La constitution de 1948 de la République italienne énonce une série de principes fondamentaux touchant aux relations économiques et sociales¹⁵¹ et la constitution de la V^e République française, bien qu'elle contienne dans son corps central peu de dispositions relatives à l'organisation de l'économie et du travail, renvoie dans son préambule au préambule de la constitution de 1946, énonçant une série de droits sociaux. C'est en intégrant le préambule de 1946 et la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, à laquelle le préambule de la Constitution de 1958 renvoie également, dans le « bloc de constitutionnalité » que le conseil constitutionnel a peu à peu élargi la portée de la régulation constitutionnelle des rapports économiques¹⁵². La constitution de la République d'Irlande, à son article 45, établit une série de principes directifs de la politique sociale de l'État, lesquels, qui ne sont pas justiciables devant les tribunaux, sont énoncés pour guider le parlement irlandais¹⁵³.

Par ailleurs, le fait qu'une constitution ne contienne pas de droits sociaux ou de directives en matière sociale ne signifie pas pour autant qu'elle n'a rien à voir avec l'organisation économique ou sociale du pays. La constitution américaine offre un bel exemple de cette situation; les protections qu'elle accorde au droit de propriété et à la liberté de contrat consacrent certains éléments fondamentaux du capitalisme américain. De la même manière, l'extension, *mutatis mutandis*, de la jouissance des libertés individuelles aux personnes morales, qu'a décidée notamment la Cour suprême du Canada, renforce la prééminence du système corporatif comme modèle d'entreprise privée¹⁵⁴. Toutefois, la logique libérale qui imprègne la constitution américaine ne résume pas à elle seule tout le

¹⁵⁰ Ilse Staff, « Introduction », *supra* note 87, p. 21-22.

¹⁵¹ Normes qui forment ensemble une « constitution économique ». Voir Giovanni Bognetti, *Costituzione economica e corte costituzionale*, Milan, Dott. A. Giuffrè Editore, 1983, p. 4.

¹⁵² Antoine Jeammaud, « La " constitutionnalisation rampante " du droit du travail français », (2007) 48(1-2) *Les Cahiers de droit*, 93-119.

¹⁵³ République d'Irlande, *Constitution of Ireland*, en ligne: <http://www.taoiseach.gov.ie/index.asp?docID=243>.

¹⁵⁴ Comme l'a montré Marie-Claude Prémont, la montée en puissance des grandes sociétés anonymes n'a pas fait l'unanimité, même chez les penseurs libéraux. Voir Marie-Claude Prémont, *Tropisme du droit. Logique métaphorique et logique métonymique du langage juridique*, Montréal, Liber, 2003, p. 51-62.

constitutionnalisme américain. Plusieurs constitutions d'État contiennent des dispositions à caractère social, telle la constitution du New Jersey, qui prévoit depuis 1875 une disposition obligeant la législature de l'État à mettre sur pied un système complet et efficace d'écoles publiques, qui a suscité au cours des dernières années de nombreux litiges devant les tribunaux de l'État¹⁵⁵. À l'inverse des constitutions américaine et canadienne, dans un pays tel que le Mexique, marqué par l'expérience révolutionnaire et la volonté de collectiviser la propriété et la gestion de certaines ressources naturelles et des terres arables, la constitution enchâsse un modèle économique censé réguler les relations entre les facteurs de production et entre les diverses fonctions économiques¹⁵⁶.

Enfin, dans certains pays, la constitution se rapporte non seulement à la société sous divers rapports mais institue, en faveur des corps sociaux, une représentation spécifique au sein des institutions. On associe généralement ce type de représentation institutionnelle des groupes socioprofessionnels au catholicisme social du début du XX^e siècle et aux régimes autoritaires, comme celui de Salazar au Portugal, qui a poussé très loin l'idée du corporatisme social. Cependant, le socialisme au XIX^e siècle a aussi été le chantre de la représentation socioprofessionnelle. Proudhon en a été l'un des avocats les plus éminents. La représentation des intérêts ou représentation organique, a aussi été défendue par le socialisme anglais à la fin du XIX^e siècle. Le *guild-socialism* de Hobson et Cole prévoyait, constate Norberto Bobbio, l'instauration d'une « représentation fonctionnelle des intérêts constitués et reconnus à côté de la représentation territoriale de l'État parlementaire classique »¹⁵⁷. En France, au tournant du XX^e siècle, des voix se sont élevées pour critiquer la représentation parlementaire et envisager une représentation socioprofessionnelle pour y faire contrepoids¹⁵⁸. Cette pensée s'est traduite, dans la constitution française de 1958, par la création d'un conseil économique et social, auquel les citoyens français pourront présenter des pétitions depuis la réforme constitutionnelle de juillet 2008. L'Irlande est sans doute l'un des États occidentaux qui a donné à la représentation organique une forme

¹⁵⁵ Peter J. Mazzei, « New Lights on New Jersey's "Thorough and efficient" Education Clause », (2007) 38(4) *Rutgers Law Journal*, 1087-1143.

¹⁵⁶ Eduardo Andrade Sanchez, *Derecho constitucional*, Mexico, Oxford University Press, 2008, p. 493-515.

¹⁵⁷ Norberto Bobbio, *Le futur de la démocratie*, Paris, Seuil, 2007, p. 144.

¹⁵⁸ Bastien François, *Le régime politique de la V^e République*, *supra* note 100, p. 10-11.

institutionnelle forte. La deuxième chambre irlandaise, le Seanad Éireann (le Sénat), comporte soixante membres, dont 43 sont élus à partir de cinq panels socioprofessionnels désignés, par les députés de la première chambre, les sénateurs sortants et les pouvoirs locaux. Les diplômés des deux plus vieilles universités, ainsi que celles-ci élisent ensemble 12 sénateurs¹⁵⁹. La Bavière a déjà eu une seconde chambre socioprofessionnelle, qu'elle a toutefois abolie vers la fin des années 1990. L'un des fondateurs du mouvement indépendantiste québécois, Raymond Barbeau, a rédigé en 1960 un projet de constitution qui prévoyait une seconde chambre corporative¹⁶⁰. Au Mexique, ce sont souvent les maires qui ont le pouvoir de ratifier les projets d'amendement de la constitution de l'État, le recours au référendum étant facultatif¹⁶¹.

2.3. La constitution moderne et le constitutionnalisme de la responsabilité

La troisième forme de constitutionnalisme qui fait écho à la constitution moderne ou naturelle ne cherche pas à instituer la séparation entre le social subjectif et le naturel objectif. Au contraire, ce constitutionnalisme émergent atténue la portée de cette séparation, de cette division naturelle, voire vise à l'abolir, pour fonder un nouveau rapport éthique de l'Homme avec la nature et avec lui-même. Ce constitutionnalisme nouveau, je l'appellerais celui de la responsabilité, en référence au *principe responsabilité* du philosophe allemand Hans Jonas.

On observe depuis quelques années une multiplication des constitutions qui traitent d'environnement, de protection du milieu naturel, de qualité de l'air et de biodiversité. Au-delà d'une cinquantaine de constitutions nationales, sans compter de nombreuses constitutions d'États fédérés, renvoient d'une manière ou d'une autre à l'environnement, dans un double souci de prévention et de répression des atteintes à l'environnement¹⁶². Aux États-Unis, entre 1971 et 1979, cinq États ont intégré à leur constitution des

¹⁵⁹ Lelia Ruckenstein et James A. O'Malley, *Everything Irish*, New York, Ballantine Books, 2003, p. 382-383.

¹⁶⁰ Raymond Barbeau, *La constitution de la République de Laurentie*, (1960) 107 *Laurentie*, p. 378-404.

¹⁶¹ Voir par exemple l'article 117 de la constitution de l'État de Jalisco.

¹⁶² Marie-France Delhoste, « L'environnement dans les Constitutions du monde », (2004) 2 *Revue du droit public*, p. 441-455.

dispositions reconnaissant aux personnes ou à la population des droits environnementaux, et l'idée d'inscrire dans la constitution fédérale américaine des droits équivalents a même été envisagée¹⁶³. En mars 2005, la France, à l'instigation de Jacques Chirac, a adopté une *Charte de l'environnement*, incluse dans la constitution de la V^e République française.

Les juristes rangent généralement les droits environnementaux dans les droits de troisième génération, parmi lesquels figurent aussi les droits à la paix, au développement et à l'information¹⁶⁴. Ces droits de troisième génération, que plusieurs considèrent comme des droits collectifs répondant à une exigence de solidarité, ont suscité un débat sur leur qualité même de droit, en raison de leur titulaire et de leur nature. Cependant, à trop se demander si le droit à un environnement sain est un véritable droit opposable à l'État, on risque de perdre de vue une mutation importante dans le langage du constitutionnalisme contemporain. Beaucoup de dispositions constitutionnelles ou reconnues dans les traités internationaux qui ont trait à l'environnement prennent en fait la forme d'un droit-crédence, opposable à l'État, calqué sur le modèle des droits sociaux ou sur celui d'un droit individuel dont la violation entraîne des sanctions juridiques. Or, dans plusieurs cas de dispositions à vocation environnementale, le langage est autre de deux façons. Premièrement, il fait apparaître la nature, généralement absente des catégories du droit constitutionnel traditionnel. Comme le souligne Joseph Pini, le droit à l'environnement « ouvre tout d'abord sur des questions relatives à la nature et à l'existence de ce droit même »¹⁶⁵. Ce langage pose clairement la question du rapport de l'Homme avec la nature. Deuxièmement, ce langage établit un rapport éthique au monde et au temps différent, qui suppose une responsabilité générale à l'égard des générations futures, d'une humanité à venir.

¹⁶³ Il s'agit des États d'Hawaï, Illinois, Massachusetts, Montana et Pennsylvanie. Voir Robert Meltz, « Rights to a Clean Environment Provisions in State Constitutions, and Arguments as to A Federal Counterpart », Congressional Research Service, Library of Congress, RS20084, 23 février 1999, en ligne: <http://digital.library.unt.edu/govdocs/crs/permalink/meta-crs-1023:1>.

¹⁶⁴ Marie-Anne Cohendet, *Droit constitutionnel*, supra note 30, p. 137. Voir aussi Philipp Gérard, *L'esprit des droits. Philosophie des droits de l'homme*, Bruxelles, Faculté universitaire Saint-Louis, 2007, p. 59-60.

¹⁶⁵ Joseph Pini, « Présentation », dans Olivier Lecucq et Sandrine Maljean-Dubois, dir., *Le rôle du juge dans le développement du droit de l'environnement*, Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 2008, p. 43.

On voit clairement apparaître ce nouveau langage dans la déclaration finale de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, conférence dite de Stockholm de juin 1972. Dès le premier paragraphe du préambule, la déclaration envisage la relation de l'Homme à l'égard de la nature: « L'homme est à la fois créature et créateur de son environnement, qui assure sa subsistance physique et lui offre la possibilité d'un développement intellectuel, moral, social et spirituel »¹⁶⁶. Dans la phrase suivante est soulevée la nature problématique du pouvoir technique que l'Homme exerce sur la nature: « Dans la longue et laborieuse évolution de la race humaine sur la terre, le moment est venu où, grâce aux progrès toujours plus rapides de la science et de la technique, l'homme a acquis le pouvoir de transformer son environnement d'innombrables manières et à une échelle sans précédent. » Ce langage est en soi d'une grande nouveauté, car jusqu'à ce jour, le pouvoir que le libéralisme demandait au droit de limiter était le pouvoir souverain. Le même paragraphe liminaire de la déclaration distingue par ailleurs deux natures, la nature exempte de l'intervention de l'Homme et celle qu'il a transformée: « Les deux éléments de son environnement, l'élément naturel et celui qu'il a lui-même créé, sont indispensables à son bien-être et à la pleine jouissance de ses droits fondamentaux, y compris le droit à la vie même. » Ici est affirmé le lien entre la protection de ces deux natures et la protection des droits fondamentaux. Celle-ci ne découle plus uniquement de la limitation du pouvoir politique ou des puissances socioéconomiques.

Au sixième paragraphe du préambule de la déclaration est formulé un devoir général dont les bénéficiaires sont les « générations présentes et à venir »:

Pour jouir librement des bienfaits de la nature, l'homme doit tirer parti de ses connaissances en vue de créer, en coopération avec elle, un environnement meilleur. Défendre et améliorer l'environnement pour les générations à venir est devenu un objectif primordial, une tâche dont il faudra coordonner et harmoniser la réalisation avec celle des objectifs fondamentaux déjà fixés de paix et de développement économique et social dans le monde entier.

¹⁶⁶ Déclaration finale de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Programme des Nations Unies pour l'environnement, Stockholm, 16 juin 1972, en ligne: <http://www.unep.org/Documents/Multilingual/Default.asp?DocumentID=97&ArticleID=1503&l=fr>.

Aux principes 1 et 4 de la déclaration sont mêlés trois types de langage, ceux du droit personnel, du devoir à l'égard des générations à venir et de la responsabilité. Ainsi le premier principe prévoit que: « L'homme a un droit fondamental à la liberté, à l'égalité et à des conditions de vie satisfaisantes, dans un environnement dont la qualité lui permette de vivre dans la dignité et le bien-être. » Voilà pour le droit individuel à l'environnement. Puis vient le devoir: « Il a le devoir solennel de protéger et d'améliorer l'environnement pour les générations présentes et futures. » Au devoir du principe premier se greffe la responsabilité du principe 4: « L'homme a une responsabilité particulière dans la sauvegarde et la sage gestion du patrimoine constitué par la flore et la faune sauvages [...] » La déclaration de Rio de juin 1992 reprend plusieurs des thèmes de la déclaration de Stockholm sans réaffirmer les concepts de devoir et de responsabilité. Elle met plutôt l'accent sur le droit au développement durable. Les êtres humains, déclare son article premier, « ont droit à une vie saine et productive en harmonie avec la nature. » Son principe troisième ajoute que le droit au développement doit être réalisé de manière à satisfaire les besoins « des générations présentes et futures »¹⁶⁷. Le principe de l'intérêt des « générations présentes et futures » dans la préservation du système climatique est également reconnu dans la Convention-cadre sur les changements climatiques du 9 mai 1992. Avec les principes « d'intérêt général de l'humanité », de « patrimoine commun de l'humanité » et des « responsabilités communes et différenciées » des États vis-à-vis de l'environnement, le droit des générations futures fait maintenant partie des concepts propres au droit international de l'environnement¹⁶⁸. Plus récemment, l'Assemblée générale des Nations Unies adoptait en 2007 une Déclaration sur les droits des peuples autochtones. Son article 25 exprime le principe qu'à l'égard des générations futures, les peuples autochtones ont le droit d'assumer leurs responsabilités pour conserver les terres qu'ils possèdent ou occupent¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement Rio de Janeiro, Brésil, 3-14 juin 1992, en ligne: <http://www.un.org/french/events/rio92/rio-fp.htm>.

¹⁶⁸ Alexandre Kiss et Jean-Pierre Beurrier, *Droit international de l'environnement*, Paris, Éditions A. Pedone, 2004, p. 144-152.

¹⁶⁹ *Déclaration sur les droits des peuples autochtones*, rés. AG. 61/295, 13 septembre 2007.

Ce type de langage qui lie la responsabilité à l'égard de la nature à l'horizon éthique des générations futures a migré progressivement dans les constitutions des États. En Allemagne, ce sont d'abord les Länder qui ont pris l'initiative d'enchâsser dans leur constitution des dispositions assignant l'État au respect de ce genre de finalités. Le Land de Bade-Wurtemberg ouvre le bal en 1976, suivi de la Bavière, de la Rhénanie du Nord-Westphalie et de douze autres Länder, y compris cinq Länder de l'est¹⁷⁰. Finalement, ce fut en 1994 que la République fédérale d'Allemagne a ajouté à sa loi fondamentale l'article 20a, qui matérialisait une ambition constitutionnelle exprimée pour la première fois dans un programme de protection de l'environnement du gouvernement fédéral allemand publié en 1971¹⁷¹. Cet article se lit comme suit:

Assumant ainsi également sa responsabilité pour les générations futures, l'État protège les fondements naturels de la vie et les animaux par l'exercice du pouvoir législatif, dans le cadre de l'ordre constitutionnel, et des pouvoirs exécutif et judiciaire, dans les conditions fixées par la loi et le droit.

Ce langage de la responsabilité à l'égard de la nature a aussi migré en Suisse, autre pays de culture germanique. La constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 évoque la responsabilité du peuple et des cantons suisses « envers la Création » et les « générations futures ». L'article 73 de cette constitution pose en ces termes le rapport de l'État suisse à l'égard de la nature: « La Confédération et les cantons oeuvrent à l'établissement d'un équilibre durable entre la nature, en particulier sa capacité de renouvellement, et son utilisation par l'être humain. » Plusieurs constitutions cantonales utilisent le même langage, telles celles des cantons de Zurich, d'Argovie et de Vaud¹⁷². Le préambule de la constitution vaudoise évoque « la Création comme berceau des générations à venir » et voue, à son article 6, l'État à « la préservation des bases physiques de la vie et la conservation durable des ressources naturelles » ainsi qu'à « la sauvegarde des intérêts des générations futures. » Étonnamment, plusieurs constitutions étatiques américaines tiennent aussi le langage de la

¹⁷⁰ Jérôme Germain, « La protection de l'environnement dans la Constitution allemande, une nouvelle finalité assignée à l'État », (2005) 113 *Pouvoirs*, p. 195-96, note 3.

¹⁷¹ Michael Bothe, « Le droit à l'environnement dans la constitution allemande », (2005), n° spécial *Revue juridique de l'environnement*, p. 35.

¹⁷² Préambule et article 6 de la Constitution du Canton de Zürich, préambule de la Constitution du Canton d'Argovie, préambule et art. 6 du Canton de Vaud.

responsabilité de l'État à l'égard de l'avenir, distinct de la phraséologie du droit individuel¹⁷³.

Pour comprendre la portée philosophique de cette éthique de la responsabilité, du moins dans son expression constitutionnelle dans les pays de culture germanique, il est utile de faire référence au célèbre ouvrage publié en 1979 par le philosophe allemand Hans Jonas sous le titre allemand *Das Prinzip Verantwortung* (*Le principe responsabilité* dans l'édition française¹⁷⁴). L'ambition de Jonas consiste à fonder une nouvelle éthique pour la civilisation technologique d'aujourd'hui, devant le pouvoir immense que la technique et la science confèrent à l'Homme sur la nature et l'espèce humaine elle-même. Il constate la désuétude de l'éthique traditionnelle devant les défis de notre temps. Son ambition est d'établir, en s'inscrivant dans la tradition philosophique allemande et en esquissant une métaphysique de la nature, un nouveau concept de responsabilité, qui procède de la « possibilité d'une perpétuation indéfinie de l'humanité dans l'avenir »¹⁷⁵. Alors que l'éthique traditionnelle est tournée vers le passé, est rétrospective, l'éthique de Jonas en est une de l'avenir, elle résulte du *pouvoir faire*. En somme, le pouvoir – celui que l'homme acquiert par la science sur la nature – oblige. Jonas a formulé son principe en reformulant l'impératif catégorique de Kant: « Agis de façon que les effets de ton action soient compatibles avec la permanence d'une vie authentiquement humaine sur terre »¹⁷⁶; « agis de façon que les effets de ton action ne soient pas destructeurs pour la possibilité future d'une telle vie »¹⁷⁷. Autrement dit, le pouvoir technique est une puissance « naturelle » qu'il nous faut contrôler

¹⁷³ Voir Article IX, par. 1(1), Constitution du Montana: « *The State and each person shall maintain and improve a clean and healthful environment in Montana for present and future generations.* » De même, l'article 1, par. 27, Constitution de la Pennsylvanie: « *The people have a right to clean air, pure water, and to preservation of the natural, scenic, historic and aesthetic values of the environment. Pennsylvania's public natural resources are the common property of all the people, including generations yet to come. As trustee of these resources, the Commonwealth shall conserve and maintain them for the benefit of all the people.* » Au Québec, la *Loi sur les forêts*, sans parler de responsabilité à l'égard des générations futures, évoque, dans son préambule, la reconnaissance du patrimoine forestier afin de répondre aux divers besoins des générations actuelles et futures. Voir: État du Québec, *Loi sur les forêts*, L.R.Q., ch. F-4.1.

¹⁷⁴ Hans Jonas, *Le principe responsabilité*, collection « Champs », Paris, Flammarion, 1995.

¹⁷⁵ Bernard Sève, « Hans Jonas et l'éthique de la responsabilité », (1990) n° octobre *Esprit*, p. 74

¹⁷⁶ Hans Jonas, *Le principe responsabilité*, *supra* note 174, p. 40.

¹⁷⁷ *Ibid.*

et qui nous oblige à l'égard des générations futures, en vue de maintenir à leur profit les possibilités mêmes de la vie. L'étendue de la responsabilité à l'égard de l'humanité future découle du pouvoir que l'Homme acquiert sur la nature; l'accroissement de la première est ainsi fonction de la croissance du deuxième. Cette responsabilité est unilatérale puisqu'elle n'a pas de base contractuelle; elle a pour objet l'indéfini de l'avenir, l'être des générations non encore advenues. N'empruntant pas au langage de la réciprocité, l'éthique de la responsabilité selon Jonas n'est ainsi pas construite sur l'idée des droits et obligations, « selon laquelle mon obligation est l'image à l'envers du droit d'autrui qui à son tour est vue à l'image de mon droit propre »¹⁷⁸.

Les thèses de Jonas ont suscité de nombreux commentaires, y compris chez les juristes, tel François Ost, qui lui, préfère « concevoir la responsabilité à l'égard des générations futures sous la forme d'un patrimoine »¹⁷⁹ commun, ce qui a l'avantage d'introduire dans le rapport de l'humanité à la nature un élément de réciprocité absent chez Jonas. Faisant le bilan des théories relatives à la responsabilité à l'égard de la nature et des générations futures, Ost écrit: « [c]e que nous cherchons à penser, c'est un rapport dialectique de symbiose entre l'homme et la nature, un « lien » nouveau qui permette de faire l'économie et de la domination et de la possession, en quelque sens qu'elles s'exercent »¹⁸⁰. Le régime juridique qui convient le mieux à la nature, ou au « milieu », d'après Ost, est la notion complexe de patrimoine, qui évite les catégories de « sujet » et d'« objet » dans lesquelles la modernité a tenté d'enfermer la nature. Par cette notion de patrimoine Ost croit pouvoir traduire « le souci éthique d'assumer notre responsabilité à l'égard des générations futures en imposant notamment une modération tant dans les prélèvements que dans les rejets, afin de garantir l'égalité des générations dans l'accès à des ressources naturelles de qualité comparable »¹⁸¹.

Sans entrer plus avant dans la discussion du régime juridique adéquat pour la nature, il importe de souligner les conséquences de ce nouveau constitutionnalisme émergent. Premièrement, la nature apparaît dans le

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 87.

¹⁷⁹ François Ost, *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, La découverte, 1995, p. 295.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 297.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 307.

langage du droit constitutionnel; le silence à la base de la « constitution moderne » est rompu; la nature ne devient pas pour autant un sujet de droit, il ne s'agit pas de contracter des obligations avec une nature parée de traits anthropomorphiques ou érigée, par la fiction juridique, en sujet de droits. La nature devient un objet de souci, un objet à l'égard duquel la responsabilité individuelle et collective est engagée. Selon Jérôme Germain, le langage utilisé par l'article 20a de la Loi fondamentale allemande exprime un parti pris anthropomorphique dans le débat sur la nature des droits environnementaux. « C'est par rapport à l'humanité, dit-il, et non à la nature elle-même que l'environnement doit être protégé »¹⁸². S'agissant de la Charte française de l'environnement, Laurent Fonbaustier estime que le « pacte écologique » qui lui est sous-jacent s'éloigne du « contrat naturel » préconisé par Michel Serres. Ce pacte « reposera sur une vision républicaine humaniste, anthropocentrée, du rapport de l'homme au monde »¹⁸³. Ainsi, la proclamation en France d'un droit à l'environnement semble-t-elle selon lui davantage procéder de la vision classique des droits de l'homme que de la problématique des relations entre l'homme et la nature¹⁸⁴. Cependant, Fonbaustier concède que Michel Serres est nuancé lorsqu'il utilise les termes « contrat naturel », dans la mesure où il « ne met pas systématiquement face à face l'homme et la nature personnifiée, à laquelle on souhaiterait accorder des droits en dehors de toute perspective humaine. » La nature, chez Serres, est considérée pour l'homme, en sa direction, et non nécessairement en soi comme sujet autonome de l'humanité¹⁸⁵.

Si la garantie d'un droit à l'environnement conserve une assise anthropocentrique, cela n'entraîne pas pour autant qu'il perpétue la vieille séparation entre l'humanité et la nature propre à la constitution moderne telle que définie par Latour. Dans la mesure où ce langage de la responsabilité implique la reconnaissance de ce que la société humaine participe de la nature qu'elle transforme et crée, pour ce faire, un droit objectif constitutionnalisé dont la finalité incombe à l'État, l'anthropocentrisme à la base de la constitution moderne est mis de côté. Le

¹⁸² Jérôme Germain, *supra* note 170, p. 200.

¹⁸³ Laurent Fonbaustier, « Environnement et pacte écologique. Remarques sur la philosophie d'un nouveau « droit à l'environnement », (2003) 15 *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, p. 235.

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 239.

constitutionnalisme traite dès lors du pouvoir de l'Homme situé dans la Nature et responsable de son action sur elle. Plutôt que de parler de contrat naturel, qui suggère la réciprocité, l'échange de volontés et l'équivalence synallagmatique entre deux prestations, il serait plus juste de dire que ce genre de langage cherche à constitutionnaliser un quasi-contrat collectif, qui résulte de l'opération même de la volonté du constituant, qui fait naître à l'égard des générations présentes et non advenues une dette exigible, dont l'étendue reste cependant ouverte et indéterminée.

Deuxièmement, ce type de constitutionnalisme fait naître une responsabilité éthique à l'égard de l'avenir, du non encore advenu (« l'avenir et l'existence même de l'humanité sont indissociables de son milieu naturel », considérant de la Charte française de l'environnement). Ce langage se distingue de l'éthique traditionnelle, qui envisage généralement les rapports humains dans le présent et à l'égard des actes passés, et de la temporalité de la responsabilité juridique, également orientée vers la sanction des actes délictueux passés.

Troisièmement, ce constitutionnalisme utilise aussi souvent le langage des devoirs, corollaire du langage du droit individuel à un environnement sain. Ainsi, l'article 2 de la Charte française de l'environnement déclare: « Toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement ». Cette insistance sur les devoirs, censée faire contrepoids au langage créancier des droits individuels, n'est certes pas propre au droit à l'environnement.

Enfin, l'éthique de la responsabilité à l'égard de la nature élargit la portée du constitutionnalisme. Il ne s'agit plus seulement de contrôler le pouvoir souverain, mais de limiter le pouvoir en général, en particulier celui conféré par la science et la technique, en vue de protéger la nature et la nature seconde fabriquée par l'Homme. Cette évolution des choses correspond à une nouvelle approche du rôle du droit, dont on trouve un parfait exemple dans les travaux d'Alain Supiot, qui voit le droit comme un humanisme dogmatique dont la vocation est de raisonner les pouvoirs et de maîtriser les techniques¹⁸⁶. Le droit, écrit-il, « a rempli une fonction d'interposition entre l'Homme et ses outils, dont l'usage est soumis à des interdits spécifiques

¹⁸⁶ Alain Supiot, *Homo Juridicus*, Paris, Seuil, 2005.

qui varient avec les risques qu'il lui font courir »¹⁸⁷. Lui-même une technique immatérielle issue de la récupération en Occident de l'héritage du droit romain, le droit remplit une fonction dogmatique fondamentale, « qui lui confère une place singulière dans le monde des techniques: celle d'une technique d'humanisation de la technique »¹⁸⁸.

Plusieurs juristes accueillent toutefois avec méfiance les avancées prétendues des formes émergentes du droit constitutionnalisé à l'environnement, dont ils ont souligné l'indétermination et le peu d'effectivité réelle, notamment en France¹⁸⁹. En Allemagne, l'adoption de l'article 20a de la Loi fondamentale a été précédée d'une réflexion élaborée sur le choix des catégories juridiques qu'il convient de mobiliser pour consacrer constitutionnellement la protection de l'environnement. Au lieu d'inscrire cette protection dans la liste des droits fondamentaux ou dans un texte déclaratoire à portée strictement symbolique, les juristes allemands ont préféré faire de la protection de l'environnement une norme objective contraignante, qui assigne une finalité générale à l'État tout entier, qu'ils distinguent, dans leur vocabulaire constitutionnel, des droits fondamentaux, des missions du législateur et des structures de l'État. Il n'empêche que même si cette finalité constitutionalisée ne s'accompagne pas de la reconnaissance d'un droit subjectif à l'environnement, cette finalité est considérée comme une « directive immédiatement valide et contraignante pour toutes les autorités de l'État »¹⁹⁰ et non comme l'élément d'un simple programme politique sans valeur obligatoire. Selon Henri Torrione, le langage de l'article 20a n'est pas celui du droit naturel qui conçoit un droit subjectif comme l'image réciproque d'un autre droit subjectif; il postule plutôt l'existence d'un bien fondamental objectif, dont découlent des

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 204.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 184.

¹⁸⁹ Voir en France le débat relatif à la portée effective de la Charte de l'environnement adoptée en 2005. Amandine Capitani, « La Charte de l'environnement: un leurre constitutionnel? », (2005) 63 *Revue française de droit constitutionnel*, 494-516; Karine Foucher, « La consécration du droit de participer par la Charte de l'environnement – Quelle portée juridique? », (2006) *Actualité juridique du droit administratif*, 2316-2321; Xavier Bioy, « L'environnement, nouvel objet du droit constitutionnel français ou Qu'est-ce que « constitutionaliser »? », Henri Roussillon, Xavier Bioy et Stéphane Mouton, dir., *Les nouveaux objets du droit constitutionnel*, Toulouse, Presses universitaires de sciences sociales de Toulouse, 2006, p. 25-58.

¹⁹⁰ Jérôme Germain, *supra* note 70, p. 198.

obligations¹⁹¹. Sur le plan juridique, l'imposition de cette finalité objective a eu pour résultat d'étendre les pouvoirs de l'État en matière d'environnement et de lui interdire des mesures insuffisantes. De même, elle sert de moyen d'interprétation aux fins « d'affiner » les droits fondamentaux; l'article 20a peut être invoqué à l'appui d'un recours individuel demandant aux juges de constater la violation d'un droit fondamental ou servir d'outil interprétatif pour justifier la limitation d'un droit individuel¹⁹². En France, des décisions récentes du Conseil constitutionnel et du Conseil d'état ont confirmé la valeur obligatoire pour l'État de la Charte de l'environnement et le droit des justiciables français de se prévaloir de cette charte devant le juge¹⁹³.

Conclusion: La constitution ou l'idéal de maîtrise des trois sphères du pouvoir humain

Les trois visions de la constitution et les formes de constitutionnalisme qui leur sont associées, bien que portées à des degrés de développement divers, ne sauraient résumer à elles seules toutes les possibilités théoriques du concept ni toute l'étendue de la pratique politique. Plus nous avons avancé dans l'étude de ces images de la constitution, plus la distance entre elle et le pouvoir politique semblait s'accroître. Mais quelle que soit la vision de la constitution qu'on envisage et sa pratique correspondante, on s'aperçoit que la constitution tire essentiellement sa force des promesses qu'elle recèle; elle est justement cela, quand une collectivité prend soin, dans un moment solennel, à la suite d'une délibération qui déborde le directoire politique, d'enregistrer des promesses pour l'avenir. Ces promesses prennent tantôt la forme de principes éthiques, de buts généraux, d'orientations programmatiques, d'idéaux moraux et politiques, tantôt la forme de règles

¹⁹¹ Henri Torrione, « Peut-on se passer de la notion de bien dans la pensée juridique et politique? », dans Anto Gavric et Grzegorz Sienkiewick, dir., *État et bien commun*, Berne, Peter Lang, 2008, p. 85-144.

¹⁹² *Ibid.*

¹⁹³ Décision sur la loi relative aux organismes génétiquement modifiés du 19 juin 2008, Conseil constitutionnel, décision 2008-564 DC, voir considérant n° 18; arrêt *Commune d'Annecy*, 3 octobre 2008, Conseil d'État, N° 297231. S'agissant des dispositions de la Charte de l'environnement, le Conseil d'État déclare: « ces dernières dispositions, comme l'ensemble des droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement, et à l'instar de toutes celles qui procèdent du Préambule de la Constitution, ont valeur constitutionnelle; [...] elles s'imposent aux pouvoirs publics et aux autorités administratives dans leurs domaines de compétence respectifs ».

précises qui règlementent l'exercice du pouvoir. Cependant, que ce soit sous l'une ou l'autre de ces formes, les promesses de la constitution, parce qu'elles ne sont que des promesses, s'exposent dès le moment de leur énonciation à n'être pas suivies, à tomber dans l'oubli, à subir les contorsions de la pratique et de l'interprétation, à frapper les esprits par leur vacuité ou par leur profonde adéquation à l'esprit du temps, à défier l'ordre social sur lequel elles doivent néanmoins s'arc-bouter, etc. L'accord qui se réalise entre les promesses d'une constitution et la société qui se la donne dépend d'une infinité de facteurs dont la réunion tient généralement de la gageure. Pour reprendre le langage de la philosophie analytique, la constitution, en tant que déclaration solennelle de promesses, est un acte collectif performatif; il trouve sa validité dans son énonciation même, selon les circonstances sociohistoriques où se trouve la société constituante. Telle constitution cristallise le changement social, réaménage le pouvoir en accord avec les besoins et les forces nouveaux de la société; telle autre ne fait qu'ajouter le bruit de grandes formules pompeuses au babil incessant d'un législateur bavard et moqué.

Mais qu'ont en commun toutes ces promesses que font ces trois visions du constitutionnalisme que nous avons explorées? À vrai dire, s'il est un dénominateur commun entre toutes ces acceptions, c'est l'idée de maîtrise, la promesse de ce que les hommes, par leur association en société, puissent parvenir à dompter les puissances que produisent leurs actions sur eux-mêmes par le pouvoir politique, leurs activités productives et leur travail sur la nature grâce aux progrès de la science et de la technique. Pendant plusieurs siècles, la grande affaire de toute entreprise constitutionnelle a été d'assujettir la puissance souveraine de l'État ou du prince, toujours encline à dépasser toute borne, à des limites reconnaissables, voire de modérer l'arbitraire d'une volonté illimitée par des fins stables et prévisibles. Les constitutions d'inspiration libérale sont parvenues dans une certaine mesure à harnacher cette puissance souveraine absolutisée par une longue tradition de récupération du droit public impérial romain. Dans cette voie, les constitutions américaine, britannique et suédoise ont eu plus de succès que les multiples constitutions révolutionnaires françaises. Mais le XIX^e siècle a révélé l'insuffisance de ce projet libéral, et la question sociale s'est immiscée progressivement dans tous les pays d'occident; propulsée par le rêve marxiste-léniniste d'un ordre nouveau sans domination du capital, elle s'est transformée en Russie, en Europe de l'Est et en Asie, en volonté démiurgique de réformation de l'Homme par un pouvoir total. Plus modestement, la question sociale s'est invitée dans plusieurs constitutions

de pays libres, dans l'espoir que l'État pourrait corriger les inégalités et les instabilités du capitalisme en établissant, par-delà les fluctuations du marché, ses propres équilibres distributifs et réglementaires que les constitutions donnent à voir par l'énonciation de principes et de droits sociaux. Enfin, la nature, longtemps ignorée par les constitutions, y multiplie aujourd'hui ses apparitions. Cette évolution pose la question du rapport de nos sociétés frénétiquement emportées par une fièvre possessive et gourmandes de science avec une nature que le droit s'était longtemps contenté de ranger sous l'empire du *dominium* de l'État et des individus, comme une chose inerte soumise aux foudroiements de la volonté de puissance. L'organisation sociopolitique et le rapport à la nature ne peuvent plus aujourd'hui être dissociés; leur interdépendance ne peut plus être niée. Il en va de l'avenir des générations futures, de l'humanité non encore advenue, pour laquelle le principe de responsabilité nous commande de léguer un patrimoine naturel et humain propice à la continuation de la vie et à l'épanouissement des libertés. Savoir prendre en compte simultanément ces trois dimensions de la maîtrise, politique, socioéconomique et naturelle, tel est aujourd'hui l'un des plus grands défis du constitutionnalisme. La maîtrise dont il s'agit ici se distingue de la domination du souverain sur ses sujets, de celle du propriétaire sur sa propriété ou de celle que l'Homme a prétendu exercer sans limite sur la nature; elle vise plutôt la retenue, la mesure, l'autolimitation dans le déploiement du pouvoir humain. Cette ambition assigne au constitutionnalisme la lourde tâche de limiter le pouvoir dans ses diverses manifestations, ou du moins de rendre concevable cette limitation en tant qu'horizon éthique, et d'habiliter tout à la fois une puissance contenue et consciente de ses effets et des risques de son action à préserver les conditions favorables à la durée de l'expérience humaine, en quelque communauté qu'elle s'incarne. Cette double visée, limiter le pouvoir pour sauvegarder les libertés, garantir un pouvoir apte à maintenir des conditions propices à la vie, Hannah Arendt l'avait déjà en quelque sorte entrevue: « La liberté en tant qu'elle est la fin de la politique assigne des limites au politique; toutefois le critère de l'action à l'intérieur de la sphère politique elle-même n'est plus la liberté mais la compétence et la capacité d'assurer la vie¹⁹⁴. »

Les constitutions en vigueur dans les démocraties libérales ne sont pas toutes arrivées à refléter ces trois dimensions; certaines, plus anciennes,

¹⁹⁴ Hannah Arendt, *Qu'est-ce que la politique?*, Paris, Seuil, 1995, p. 100.

vont à peine au-delà de la première dimension de la maîtrise, comme la constitution américaine et la constitution canadienne, malgré une réforme en 1982 qui eût pu être l'occasion de dépasser le projet libéral de limitation du pouvoir de l'État par une charte sanctionnée par les juges ordinaires. En ce sens, si encore aujourd'hui le Québec, en tant qu'État fédéré qui n'a pas renoncé à une plus grande liberté, n'a pas de constitution écrite qui fasse honneur à son passé républicain, c'est une chance. Il lui est alors permis d'inventer, sans entrave à l'imagination constituante, pour se lier, à son tour, par de grandes promesses. Ainsi que le rappelle Peter Häberle, les constitutions ne peuvent se borner à être des instruments fonctionnels au service des libertés individuelles et culturelles; elles doivent aussi fournir « aux hommes une certaine dose d'utopie¹⁹⁵ »; le « principe responsabilité » est l'une de ces utopies concrètes qui donnent des raisons d'espérer.

¹⁹⁵ Peter Häberle, *L'État constitutionnel*, *supra* note 66, p. 15-16.