Trivium

Revue franco-allemande de sciences humaines et sociales - Deutsch-französische Zeitschrift für Geistes- und Sozialwissenschaften

30 | 2019

La constitution au tournant des XX^e et XXI^e siècles

La constitution – au tournant des XX^e et XXI^e siècles

Une perspective franco-allemande

Aurore Gaillet

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/trivium/6882>

DOI : 10.4000/trivium.6882

ISSN : 1963-1820

Éditeur

Les éditions de la Maison des sciences de l'Homme

Référence électronique

Aurore Gaillet, « La constitution – au tournant des XX^e et XXI^e siècles », *Trivium* [En ligne], 30 | 2019, mis en ligne le 18 décembre 2019, consulté le 25 septembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/trivium/6882> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/trivium.6882>

Ce document a été généré automatiquement le 25 septembre 2020.

Les contenus de la revue *Trivium* sont mis à disposition selon les termes de la Licence Creative Commons Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International.

La constitution – au tournant des XX^e et XXI^e siècles

Une perspective franco-allemande

Aurore Gaillet

« Les crises existentielles amèn[ent]
nécessairement à une réflexion sur les
fondements alors que les phases de stabilité
politique [ont] plutôt tendance à favoriser la
culture du droit en vigueur¹ ».

- 1 Ces propos de Michael Stolleis, relatifs au XIX^e siècle, sont aisément transposables à la période contemporaine. La récurrence actuelle de la thématique de la crise de « confiance » des démocraties représentatives² interroge aussi les ordres constitutionnels. Revenir sur la notion centrale de « constitution, au tournant des XX^e et XXI^e siècles » prend dès lors tout son sens.
- 2 Le contexte des célébrations respectives des 70^e et 60^e anniversaires de la Loi fondamentale allemande (23 mai 1949) et de la Constitution de la V^e République française (4 octobre 1958) – sans oublier les 100 ans de la Constitution de Weimar (11 août 1919)³ – a constitué une belle occasion de dresser un bilan comparé⁴. D'une part, pareilles célébrations sont l'occasion de rappeler l'importance des acquis du constitutionnalisme en général, la stabilité des ordres constitutionnels français et allemand en particulier. Ce constat commun n'efface bien sûr pas la distance entre une Loi fondamentale fréquemment présentée comme le produit de l'« histoire d'un succès⁵ » et une perspective française plus critique⁶. Mais, de manière générale, l'expansion d'un certain « modèle » constitutionnel, associant des coordonnées formelles et matérielles⁷ a incontestablement accompagné le dépassement progressif des régimes autoritaires et totalitaires du XX^e siècle et l'essor de l'État de droit⁸. Impossible cependant, d'autre part, d'en rester à une autosatisfaction illusoire⁹. Les multiples transformations affectant l'État, la fragilisation des démocraties européennes – et de leurs rapports avec l'État de droit –, les incertitudes touchant les fondements du pacte politique et social – intégrant désormais une indispensable composante

environnementale¹⁰ – retentissent en effet comme autant d'alertes pesant sur ces concepts si classiques du droit constitutionnel que sont l'« État¹¹ » et la « constitution ».

- 3 Sans doute cette dernière, au cœur de la présente étude, « ne touche[-t-elle] pas nécessairement à sa fin¹² ». Mais une telle « situation d'incertitude¹³ » appelle à ne pas désertier le champ de la réflexion sur les concepts et leur histoire¹⁴. Si le « juriste aveugle à l'histoire est dangereux¹⁵ », c'est aussi en connaissant les conditions d'émergence de nos notions centrales « que l'on peut ensuite se demander si elles ont été modifiées et ce que l'on peut en tirer comme conséquence pour l'interprétation, l'application et l'évolution du droit en vigueur¹⁶ ». Sans poursuivre nulle vocation d'exhaustivité – si tant est que cela soit possible –, les articles rassemblés dans ce dossier peuvent accompagner une réflexion franco-allemande à ce sujet.
- 4 Il ne s'agit dès lors pas d'exposer les évolutions et mutations des deux textes constitutionnels en vigueur, mais bien davantage de proposer une mise en perspective historique, théorique et comparée de la notion de constitution (1). L'accent ensuite mis sur ses acteurs (2) vise à mettre en exergue le caractère dynamique de l'ordre constitutionnel, supposant en permanence interprétations et concrétisations. Si la distance entre le texte et sa pratique est inévitable, les conceptions normative et politique de la constitution ne sont pas nécessairement à opposer. Dès lors qu'il s'agit désormais de penser la constitution dans un environnement politique et social fragmenté (3), les deux acceptions peuvent au contraire utilement se compléter.

1. Mise en perspective historique, théorique et comparée

- 5 Il est souvent observé à quel point « le regard vers le passé, avec l'histoire du droit, ou celui vers le côté, avec le droit comparé, sont prédestinés à mettre en lumière de façon critique ce qui est autrement occulté¹⁷ ». S'agissant de la constitution, une mise en perspective historique et comparée, mais aussi théorique et philosophique, offre en effet un éclairage nécessaire.
- 6 a) D'un point de vue historique le concept de constitution connaît une profonde mutation à la fin du XVIII^e siècle, dépassant l'ancienne acception, *descriptive*, des modes de gouvernement des communautés politiques. Le changement de paradigme constitutionnel, traduisant la rencontre entre l'affirmation étatique et la souveraineté démocratique, est décrit avec finesse par Olivier Beaud et Dieter Grimm¹⁸. Avec son dessein d'instituer une domination légitime et limitée par le droit, la constitution moderne – dans une conception désormais également *normative* – naît des révolutions américaine et française. Les cinq caractères identifiés par Dieter Grimm pour définir la constitution libérale et démocratique qui est issue de ce processus de « normativisation du concept de constitution¹⁹ » associent des dimensions politiques et juridiques, toutes visant à dépasser l'idée d'un ordre préétabli, externe ou supérieur : (1) les constitutions sont des normes juridiques émanant d'une décision politique ; (2) elles visent à réguler l'établissement et l'exercice du pouvoir public ; (3) nulle autre limite au pouvoir public, pré- ou extra constitutionnelle, n'est reconnue ; (4) la constitution est la norme suprême, hiérarchiquement supérieure à tout autre droit ou instrument légal ; (5) la constitution tient sa seule source de légitimation de la décision du peuple²⁰.

- 7 b) D'un point de vue théorique ces évolutions historiques spécifiques ne se comprennent qu'à l'aune de l'évolution des idées, notamment de la philosophie politique libérale issue des Lumières. Dans ce sens, il y existe un lien étroit entre la *constitution* et le *constitutionnalisme*²¹ : la constitution « moderne » est conçue comme la loi écrite suprême, issue d'un « pouvoir constituant » légitime. La distinction entre le *pouvoir constituant*²² et les *pouvoirs constitués*²³ qui en procèdent est ici déterminante – le pouvoir constituant s'entendant du pouvoir du peuple, notamment par opposition aux anciennes constitutions octroyées par les monarques (« souveraineté » ou légitimité monarchique).
- 8 Conformément au double programme de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, la constitution libérale et démocratique consacre la garantie des « droits » individuels et détermine la « séparation des pouvoirs²⁴ ». Elle accompagne en outre le processus de distinction des sphères publique et privée²⁵.
- 9 c) Le recours au droit comparé permet enfin d'affiner l'analyse. Tous les articles ici présentés soulignent l'importance des différentes traditions juridiques, du terreau social et des habitudes de pensée. C'est ainsi qu'en Allemagne, l'évolution du XIX^e siècle s'est d'abord démarquée du constitutionnalisme libéral classique²⁶. Après l'effondrement du III^e Reich, une nouvelle culture de la constitution, voire un « patriotisme constitutionnel²⁷ », ont ensuite accompagné la reconstruction de l'État de droit autour d'une attention toute spécifique accordée au juge et aux droits fondamentaux²⁸. En France, l'affirmation révolutionnaire des principes du constitutionnalisme en 1789 n'a nullement conjuré les « heurts et malheurs du constitutionnalisme français », la tradition légicentriste comme le terreau « républicain » de méfiance à l'égard des juges marquant la culture libérale d'une certaine « fragilité²⁹ ». Nonobstant l'identification d'éléments communs aux « droits constitutionnels européens³⁰ » comme la structuration progressive d'une communauté juridique « franco-allemande », voire européenne³¹, ces traditions imprègnent toujours les conceptions nationales, de part et d'autre du Rhin³².

2. La constitution et ses acteurs

a) Constitution normative, justice constitutionnelle et constitutionnalisation du droit

- 10 Dès lors que la constitution est envisagée comme une norme, elle suppose de s'interroger sur les procédures permettant d'en assurer l'effectivité. La *garantie de la constitution* n'appelle certes pas nécessairement l'intervention d'un *juge*. Mais l'essor du *constitutionnalisme* est progressivement associé à l'organisation de la *justice constitutionnelle*³³.
- 11 La lecture parallèle des articles de Louis Favoreu et de Helmuth Schulze-Fielitz permet à ce titre de relever la prévalence actuelle d'une dimension normative de la constitution, rapportée aux « droits et libertés » constitutionnels et appuyée par une « constitutionnalisation du droit », elle-même alimentée par les juges constitutionnels. En France, l'appel à la juridicisation du droit constitutionnel était revendiqué par une partie de la doctrine bien avant le « nouvel élan » suscité par l'introduction de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité (QPC) en 2010 (A. Viala).

L'éditorial du premier numéro de la *Revue Française de Droit constitutionnel*, revue créée en 1990 par Louis Favoreu, se présente comme une profession de foi en ce sens.

- 12 Les différences avec le modèle allemand n'en sont pas moins significatives, tant le Conseil constitutionnel n'avait pas été conçu comme une juridiction en charge de la garantie des droits et libertés. La distance entre les deux systèmes demeure manifeste, en termes de composition comme de compétences³⁴. L'atteste l'accent mis tour à tour sur les larges compétences de la Cour constitutionnelle fédérale – incluant notamment un recours constitutionnel contre les jugements (*Urteilsverfassungsbeschwerde*) (M. Jestaedt), inconnu du droit français –, sur sa jurisprudence particulièrement dynamique en matière de droits fondamentaux³⁵ – notamment à partir de la décision *Lüth* du 15 janvier 1958 (dont H. Schulze-Fielitz dresse un regard rétrospectif, cinquante ans plus tard) – ou encore sur ses impulsions déterminantes en faveur d'une « intégration [y compris européenne] par le droit » (et la perception qu'en donne A. Voßkuhle, Président de la Cour (2010-2020) est ici éclairante).

b) Quel rôle pour la doctrine de la constitution ?

- 13 Les textes de Matthias Jestaedt et d'Alexandre Viala invitent quant à eux à se pencher plus en avant sur le rôle revenant à la doctrine. La lecture du premier illustre à quel point la prégnance d'une « dogmatique » (*Dogmatik*) marque profondément la culture juridique allemande³⁶. Envisagée dans sa fonction d'accompagnement de l'application et de la systématisation du droit positif, cette dogmatique est du reste définie avec bien plus de précision en Allemagne qu'en France. Cela va de pair avec une synergie « presque fusionnelle » entre la science et la pratique du droit, particulièrement caractéristique en droit constitutionnel allemand en raison de l'emprise de la jurisprudence de la Cour de Karlsruhe (M. Jestaedt). Plongeant ses racines dans une tradition juridique ancienne et prestigieuse³⁷, la doctrine allemande demeure un « partenaire fort » de la jurisprudence. Loin d'une autosatisfaction à cet égard, les juristes allemands rappellent toutefois sans cesse qu'il leur revient de ne pas se limiter à ce rôle de « partenaire », sous peine de voir leur horizon discursif et leur tradition de systématisation doctrinale se resserrer, à la faveur d'un « positivisme de la Cour constitutionnelle fédérale³⁸ ».
- 14 Semblables mises en garde contre le « risque de subordination³⁹ » d'une doctrine paraphrasant trop facilement la jurisprudence constitutionnelle se retrouvent sans surprise en France. Comme le rappelle Alexandre Viala, une doctrine essentiellement arrêteste et glossatrice de la jurisprudence du Conseil constitutionnel court le risque de se limiter à suivre un modèle déjà éprouvé de longue date par la doctrine administrativiste, sans toutefois avoir pour moteur une institution aussi puissante que le Conseil d'État. Plus encore, la comparaison avec la Cour constitutionnelle fédérale allemande aiguise les critiques pointant les faiblesses du Conseil constitutionnel⁴⁰. S'agissant de la doctrine française, la critique de la « surestimation de la dimension contentieuse » (A. Viala) s'entend en outre dans une perspective quelque peu différente. L'accent n'est, en effet, pas tant mis sur la « dogmatique » – terme peu fréquent, voire « absent » en droit constitutionnel français⁴¹. On observe en revanche une quête épistémologique toujours renouvelée, visant l'affirmation d'une « véritable » science du droit constitutionnel. On note également l'importance, dans cette quête, de

l'identification des objets du droit constitutionnel : en articuler les dimensions contentieuse et politique demeure un beau défi pour la science juridique⁴².

c) Droit politique et vigilance démocratique

- 15 En France comme en Allemagne, certaines perspectives critiques de l'analyse de la constitution se rejoignent autour de la mise en évidence d'une lecture par trop « positiviste », alimentée par une « obsession des droits fondamentaux⁴³ », qui contribuerait à affaiblir le système démocratique. L'inviter à « découvrir la vérité du monde juridique derrière la silhouette des juges » (A. Viala) ou à saluer le rôle du droit dans l'accompagnement du processus d'intégration européenne (A. Voßkuhle) ne doit pas conduire à occulter la dimension politique de la constitution.
- 16 Cette dernière dimension peut s'avérer particulièrement nécessaire, précisément lorsque la fragmentation de l'État en particulier, du pouvoir politique en général, comme l'effritement du tissu social accentuent la difficulté à penser la constitution.

3. Penser la constitution dans un environnement fragmenté

- 17 Dès lors que la notion de constitution est liée à l'histoire de l'État, on ne peut faire l'économie d'une interrogation sur les transformations de l'État⁴⁴ lui-même et sur « ce que cela signifie pour la constitution⁴⁵ ».

a) La constitution et l'État pris dans les processus d'eupéanisation et d'internationalisation

- 18 Penser l'État et la constitution dans un environnement européen et international étroitement imbriqué pose un défi théorique relevé de longue date.
- 19 L'approfondissement de la construction européenne a notamment ravivé d'anciens débats⁴⁶ pointant les limites de l'approche stato-centrée des catégories du droit constitutionnel, y compris en Allemagne, pourtant familière des formes fédératives⁴⁷. Dans ce cadre, Constance Grewe et Hélène Ruiz-Fabri présentent dans quelle mesure le recours au registre constitutionnel, comme les « âpres » controverses l'accompagnant, illustrent la nature atypique de la construction européenne. Sans doute, ces questions ont-elles eu une résonance particulière dans le contexte de la rédaction d'un « *Traité* établissant une *Constitution* pour l'Europe » (2004). L'échec du processus de ratification (2005) et le retour à un *Traité* se voulant plus classique (*Traité de Lisbonne*, 2009) n'ont cependant nullement emporté une extinction des débats. L'« identité constitutionnelle⁴⁸ » des États n'est-elle pas, d'un côté, invoquée face à une intégration parfois jugée trop uniformisante ? L'Union européenne ne poursuit-elle pas elle-même, de l'autre côté, une quête d'« identité⁴⁹ », s'appuyant en partie sur une « communauté de valeurs » empruntées à un registre constitutionnel appuyé et partagé par les juges constitutionnels et européens (A. Voßkuhle)⁵⁰ ?
- 20 D'un point de vue comparé, on peut par ailleurs relever la vitalité des débats allemands, notamment ravivés depuis l'arrêt *Lisbonne* de la Cour de Karlsruhe⁵¹. Nonobstant l'« étaticité ouverte⁵² » et la distance avec la notion de « souveraineté » qui

caractérisent la Loi fondamentale depuis 1949, cette vitalité s'explique aussi par l'existence de dispositions constitutionnelles spécifiques (art. 79 al. 3 – « clause d'éternité » et art. 146 – durée de validité de la Loi fondamentale) comme par le dynamisme jurisprudentiel de la Cour constitutionnelle fédérale. La volonté de participer activement à l'évolution juridique européenne est clairement affichée par le Président A. Voßkuhle. Sans doute n'est-ce pas là une seule volonté allemande⁵³. Mais les domaines embrassés par les « impulsions » allemandes autour des mots clés « droits fondamentaux » (v. ici récemment la question du mandat d'arrêt européen⁵⁴), « identité constitutionnelle »⁵⁵ (v. ici la question du droit du travail dans les Églises⁵⁶), « ultra vires » (v. actuellement la question sensible de la politique de la Banque centrale européenne⁵⁷) sont particulièrement vastes.

- 21 Quant à la constitutionnalisation du droit international et aux discours relatifs au « constitutionnalisme global⁵⁸ », ils offrent également des perspectives pour approfondir l'étude de la constitution au-delà de l'État. Ils se heurtent toutefois à leur hétérogénéité et à des réalités non abouties. Partant, on peut douter que la « perte de signification dont souffre la constitution au niveau national [puisse] [véritablement] être compensée au niveau international » ou européen (D. Grimm). Pareils doutes expliquent en retour d'autres travaux manifestant un regain d'intérêt ou un intérêt maintenu pour l'État⁵⁹.

b) La constitution et la société face aux nouvelles attentes pesant sur l'État

- 22 En définitive, quelle que soit l'envergure des gageures auxquelles les ordres constitutionnels français et allemand font face, la permanence de ces derniers suppose à la fois souplesse et préservation de leur identité, mouvement et stabilité. Il s'agit à cet égard de s'interroger sur les conditions permettant aux démocraties de demeurer les cadres d'un lien social. Nul hasard dans la quête itérative de rendre le citoyen « plus présent », de lui conférer « de nouveaux droits », voire de le (re)placer « au cœur des institutions⁶⁰ ». Renforcer la démocratie *représentative*, médium nécessaire de l'identité entre gouvernants et gouvernés⁶¹ ; enrichir la démocratie *participative*, notamment en associant véritablement le Conseil économique, social et environnemental – ou sa reconfiguration en toute autre chambre « du long terme⁶² » ; affermir la place du citoyen à la base du contrat social : différentes voies cumulatives doivent être associées.
- 23 Les premiers philosophes politiques s'interrogeaient déjà sur les rapports entre la démocratie et le libéralisme, sur la menace de la tyrannie de la majorité⁶³ et sur la possibilité d'une souveraineté « effective » du peuple⁶⁴. De même, l'insuffisance des présupposés libéraux et de la distinction entre les sphères publique et privée, notamment pour rendre compte de l'élargissement des missions de l'État social (et du rôle croissant des forces économiques)⁶⁵, ont été pointées très tôt.
- 24 Poursuivre, au-delà des textes ici présentés, la réflexion sur la constitution au tournant des XX^e et XXI^e siècles supposera d'approfondir ces questionnements, tant l'évolution d'une société plurielle fait peser de nouvelles attentes sur le pouvoir politique, mais sur son assise constitutionnelle.

BIBLIOGRAPHIE

- Balladur, É. (éd.) (2007) : *Une V^e République plus démocratique : rapport du comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République*, Paris : La Documentation française.
- Baranger, D. (2003) : « Constitutionnalisme », in : Alland, D. / Rials, S. (éd.) : *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : PUF, p. 266-271.
- Baranger, D. / Beaud, O. (2008) : « Présentation de la revue », *Jus Politicum*, n° 1 [à consulter sur : <http://juspoliticum.com/article/Presentation-de-la-revue-24.html>].
- Bartolone, C. / Winock, M. (éd.) (2015) : *Refaire la démocratie. Dix-sept propositions*, Paris : éd. Thierry Marchaisse.
- Beaud, O. (1993) : « La souveraineté de l'État, le pouvoir constituant et le Traité de Maastricht », in : *RFDA*, p. 1045-1068.
- Beaud, O. (1994) : *La puissance de l'État*, Paris : PUF.
- Beaud, O. (1998) : « Fédéralisme et souveraineté. Notes pour une théorie de la Fédération », in : *RDP*, n° 1, p. 83-122.
- Beaud, O. (2003) : « Doctrine », in : Alland, D. / Rials, S. (éd.) : *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris : PUF, p. 384-388.
- Beaud, O. / Heyen, E. V. (1999) : *Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft? – Une science juridique franco-allemande? Kritische Bilanz und Perspektiven eines kulturellen Dialogs – Bilan critique et perspectives d'un dialogue culturel*, Baden-Baden : Nomos.
- Beaud, O. / Conte, P. / Wachsmann, P. (2018) : « Préface », in : *Jus Politicum*, n° 20-21 (« La jurisprudence du Conseil constitutionnel et les différentes branches du droit »), p. 5-6.
- Böckenförde, E.-W. (1961) : *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert*, Berlin : Duncker & Humblot.
- Böckenförde, E.-W. (1972) : « Der Verfassungstyp der deutschen konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert », in : Böckenförde, E.-W. / Wahl, R. : *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte (1815-1918)*, Köln : Kiepenheuer und Witsch, p. 146-170.
- Böckenförde, E.-W. (2000a) : « Démocratie et représentation. Pour une critique du débat contemporain », in : id. (éd.) : *Le droit, l'État et la constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, textes traduits et présentés par O. Jouanjan, avec la collaboration d'O. Beaud et de W. Zimmer, Bruxelles / Paris : Bruylant / LGDJ, p. 294-314 ; version légèrement modifiée également publiée dans *Trivium* 16|2014.
- Böckenförde, E.-W. (2000b) : « Naissance et développement de la notion d'État de droit », in : id. (éd.) : *Le droit, l'État et la constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, textes traduits et présentés par O. Jouanjan, avec la collaboration d'O. Beaud et de W. Zimmer, Bruxelles / Paris : Bruylant / LGDJ, p. 127-147.
- Böckenförde, E.-W. (2000c) : « La signification de la distinction entre État et société pour l'État social et démocratique contemporain », in : id. (éd.) : *Le droit, l'État et la constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, textes traduits et présentés par O. Jouanjan, avec la collaboration d'O. Beaud et de W. Zimmer, Bruxelles / Paris : Bruylant / LGDJ, p. 176-202.

- Bogdandy, A. v. (2011) : « La science juridique dans l'espace juridique européen, une réflexion à partir de l'exemple allemand », in : *Recueil Dalloz*, n° 41, p. 2816-2822.
- Bonin, P. / Brunet, P. / Kerneis, S. (éd.) (2018) : *Formes et doctrines de l'État*, Paris : Pédone.
- Bourg, D. (éd.) (2017) : *Inventer la démocratie du XXI^e siècle. L'Assemblée citoyenne du futur*, Paris : Éditions les liens qui libèrent.
- Bourg, D. / Whiteside, K. (2010) : *Vers une démocratie écologique. Le citoyen, le savant et le politique*, Paris : Seuil.
- Carré de Malberg, R. (2003 [1919/22]) : *Contribution à la théorie générale de l'État*, rééd., Paris : Dalloz.
- Chagnollaude, D. (éd.) (2008) : *Les 50 ans de la Constitution, 1958-2008*, Paris : Litec.
- Di Fabio, U. (2018) : *Die Weimarer Verfassung. Aufbruch und Scheitern*, Munich : Beck.
- Dreier, H. (2009) : *Gilt das Grundgesetz ewig? Fünf Kapitel zum modernen Verfassungsstaat*, Munich : Carl-Friedrich-von-Siemens-Stiftung.
- Dreier, H. / Waldhoff, C. (éd.) (2018) : *Das Wagnis der Demokratie. Eine Anatomie der Weimarer Reichsverfassung*, 2e éd., Munich : Beck.
- Evans, P. B. / Rueschemeyer, D. / Skocpol, T. (éd.) (2010 [1985]) : *Bringing the State Back in*, rééd., Cambridge : Cambridge University Press.
- Gaillet, A. (2012) : *L'individu contre l'État. Étude sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIX^e siècle*, Paris : Dalloz.
- Gaillet, A. / Perlo, N. / Schmitz, J. (2018) : *La confiance. Un dialogue interdisciplinaire*, Toulouse : Presse de l'Université Toulouse 1 Capitole.
- Gaillet, A. / Hochmann, T. / Marsch, N. / Vilain, Y. / Wendel, M. (2019) : *Droits constitutionnels français et allemand. Une perspective comparée*, Issy-les-Moulineaux : L.G.D.J.
- Gaillet, A. / Herrera, C. M. (éd.) (2020) : *Weimar. Réflexions autour d'une Constitution centenaire. Actes du colloque de Cergy-Pontoise*, Paris : PUF (Revue Française de Droit Constitutionnel), à paraître.
- Gauchet, M. (2017) : *L'avènement de la démocratie*, t. 4, *Le nouveau monde*, Paris : Gallimard.
- Gerkrath, J. (1998) : *L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe. Modes de formation et sources d'interprétation de la Constitution des Communautés et de l'Union européenne*, Bruxelles : Éditions de l'Université de Bruxelles.
- Gosewinkel, D. (2018) : « The Constitutional State », in : Pihlajamäki, H. / Dubber, M. D. / Godfrey, M. : *The Oxford Handbook of European Legal History*, Oxford : Oxford University Press, p. 945-973.
- Grewe, C. / Ruiz-Fabri, H. (1995) : *Droits constitutionnels européens*, Paris : PUF.
- Grimm, D. (1987) : *Die Zukunft der Verfassung*, Francfort-sur-le-Main : Suhrkamp.
- Grimm, D. (2012a) : « Die Errungenschaft des Konstitutionalismus und ihre Aussichten in einer veränderten Welt », in : id. : *Die Zukunft der Verfassung II*, Francfort-sur-le-Main : Suhrkamp, p. 315-344.
- Grimm, D. (1989) : « Verfassung II », in : Brunner, O. / Conze, W. / Koselleck, R. (éd.) : *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Stuttgart : Klett-Cotta, t. 6, p. 863 sqq.

- Grimm, D. (1999) : « Das Grundgesetz nach 50 Jahren – Versuch einer staatsrechtlichen Würdigung », in : Bundesministerium des Inneren (éd.) : *Bewährung und Herausforderung. Die Verfassung vor der Zukunft*, Wiesbaden : VS Verlag für Sozialwissenschaften, p. 39-59.
- Grimm, D. (2001) : « Verfassungspatriotismus nach der Wiedervereinigung », in : id. : *Die Verfassung und die Politik*, Munich : Beck, p. 107-117.
- Grimm, D. (2012b) : « Types of Constitutions », in : Rosenfeld, M. / Sajö, A. (éd.) : *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford : Oxford University Press, p. 98-132.
- Grimm, D. (2018) : « Nachdenken über Verfassung in den Bielefelder Jahren », in : Davy, U. / Lübke-Wolff, G. (éd.) : *Verfassung : Geschichte, Gegenwart, Zukunft. Autorenkolloquium mit Dieter Grimm*, Baden-Baden : Nomos, p. 13-33.
- Grimm, D. (2019a) : « Auf Bewährung », in : FAZ, 9 janvier 2019.
- Grimm, D. (2019b) : « Wie sähe heute ein neues Grundgesetz aus? », in : Heinig, H. M. / Schorkopf, F. (éd.) : *70 Jahre Grundgesetz. In welcher Verfassung ist die Bundesrepublik?*, Göttingen : Vandenhoeck & Ruprecht, p. 287-288.
- Gusy, C. (2018) : *100 Jahre Weimarer Verfassung. Eine gute Verfassung in schlechter Zeit*, Tübingen : Mohr Siebeck.
- Habermas, J. (1987) : « Über den doppelten Boden des demokratischen Rechtsstaates », in : id. : *Eine Art Schadensabwicklung*, Francfort-sur-le-Main : Suhrkamp, p. 18-23.
- Herrera, C. M. (2012) : « Variation, évolution, métamorphose : les significations du concept de constitutionnalisme », in : Pouderon, B. / Casas, J. (éd.) : *Variation, évolution, métamorphose*, Saint-Etienne : Presses Universitaires, p. 359-370.
- Herrera, C. M. (2015) : *Le Constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui : entre renouveau juridique et essor démocratique ?*, Paris : Kimé.
- Hochmann, T. (2019) : « Droits fondamentaux », in : Gaillet, A. / Hochmann, T. / Marsch, N. / Vilain, Y. / Wendel, M. (2019) : *Droits constitutionnels français et allemand. Une perspective comparée*, Issy-les-Moulineaux : L.G.D.J., p. 367-420.
- Huber, E. R. (1988) : *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, t. 2 : Der Kampf um Einheit und Freiheit, 1830 bis 1850*, 3e éd., Stuttgart : Kohlhammer.
- Huber, P. M. (1993) : *Maastricht – Ein Staatsstreich?*, Stuttgart : R. Boorberg.
- Hummel, J. / Heuschling, L. (2006) : « Le libéralisme du Vormärz, la figure du professeur politique », in : *Revue française d'Histoire des Idées Politiques*, n° 24, p. 227-231.
- Jestaedt, M. (2010) : « Verfassungstheorie als Disziplin », in : Depenheuer, O. / Grabenwarter, C. (éd.) : *Verfassungstheorie*, Tübingen, Mohr Siebeck, p. 3-56.
- Jouanjan, O. (1996) : « La forme républicaine du gouvernement, norme supraconstitutionnelle? », in : Mathieu, B. / Verpeaux, M. (éd.) : *La République en droit français*, Paris : Economica, p. 267-287.
- Jouanjan, O. (2000) : « Présentation », in : Böckenförde, E.-W. : *Le droit, l'État et la constitution démocratique. Essais de théorie juridique, politique et constitutionnelle*, textes traduits et présentés par O. Jouanjan, avec la collaboration d'O. Beaud et de W. Zimmer, Bruxelles / Paris : Bruylant / LGDJ, p. 5-47.
- Jouanjan, O. (éd.) (2001) : *Figures de l'État de droit. Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, Strasbourg : Presses Universitaires de Strasbourg.

- Jouanjan, O. (2003) : « Ce que donner une Constitution à l'Europe veut dire », in : *Cités*, n° 13, p. 21-35.
- Jouanjan, O. (2005) : *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne, 1800-1918*, Paris : PUF.
- Jouanjan, O. / Masing, J. (éd.) (2011) : *Verfassungsgerichtsbarkeit. Grundlagen, Innerstaatliche Stellung, Überstaatliche Einbindung*, Tübingen : Mohr Siebeck.
- Klein, C. (1996) : *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Paris : PUF.
- Kotzur, M. (2011) : « Deutschland und die internationalen Beziehungen – “offene Staatlichkeit” nach 60 Jahren Grundgesetz », in : *JöR*, n° 59, p. 389-409.
- Le Divellec, A. (2011) : « Jus Politicum. Le droit ressaisi par la politique », in : *nonfiction.fr* [à consulter sur : https://www.nonfiction.fr/articleprint-4108-jus-politicum__le_droit_ressaisi_par_la_politique_.htm].
- Le Pillouer, A. (2005-2006) : « Pouvoir constituant originaire et pouvoir constituant dérivé : à propos de l'émergence d'une distinction conceptuelle », in : *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 25-26, p. 123-141.
- Lepsius, O. (2008) : « Themen einer Rechtswissenschaftstheorie », in : Jestaedt, M. / Lepsius, O. (éd.) : *Rechtswissenschaftstheorie*, Tübingen : Mohr Siebeck, p. 1-50.
- Levitsky, S. / Ziblatt, D. (2017) : *How democracies Die : What history reveals about our future*, London / New York : Viking / Crown Publishing Group.
- Manent, P. (2012) : *Histoire intellectuelle du libéralisme*, Paris : Hachette.
- Marsch, (2019) : « Justice constitutionnelle », in : Gaillet, A. / Hochmann, T. / Marsch, N. / Vilain, Y. / Wendel, M. (2019) : *Droits constitutionnels français et allemand. Une perspective comparée*, Issy-les-Moulineaux : L.G.D.J., p. 315-366.
- Mathieu, B. (éd.) (2008) : *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris : Dalloz.
- Mathieu, B. (2017) : *Le droit contre la démocratie?*, Issy-les-Moulineaux : L.G.D.J.
- Mayer, F.C. (2003) : « La Charte européenne des droits fondamentaux et la Constitution européenne », in : *RTDE*, p. 175 sqq.
- Mehdi, R. (2015) : « L'identité de l'Union européenne », in : Levade, A. / Michel, V. / Stefanini, M. / Mehdi, R. : *L'identité à la croisée des États et de l'Europe : Quel sens? Quelles fonctions?*, Bruxelles : Bruylant, p. 143-161.
- Meinel, F. (2019) : *Vertrauensfrage. Zur Krise des heutigen Parlamentarismus*, Munich : Beck.
- Merten, D. (1992) : « Verfassungspatriotismus und Verfassungsschwärmerei », in : *Verwaltungsarchiv*, n° 83, p. 283-298.
- Millet, F.-X. (2013) : *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, Paris : L.C.D.G.
- Mohnhaupt, H. (1989) : « Verfassung I », in : Brunner, O. / Conze, W. / Koselleck, R. (éd.) : *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Stuttgart : Klett-Cotta, t. 6, p. 831 sqq.
- Mohnhaupt, H. / Grimm, D. (2002 [1995]) : *Verfassung. Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart*, Berlin : Duncker & Humblot.
- Möller, C. (2008) : *Der vermisste Leviathan. Juristische Staatstheorie in der Bundesrepublik*, Francfort-sur-le-Main : Suhrkamp.

- Möllers, C. (2009) : « Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung. Begriffe der Verfassung in Europa », in : Bogdandy, A. v. / Bast, J. (éd.) : *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, 2e éd., Berlin : Springer.
- Möllers, C. (2011) : *Staat als Argument*, 2e éd., Munich : Beck.
- Müller, J. W. (2010) : *Verfassungspatriotismus*, Berlin : Suhrkamp.
- Murswiek, D. (1993) : « Maastricht und der Pouvoir Constituant », in : *Der Staat*, 32 (2), p. 161-190.
- Oppermann, T. (2009) : « Deutschland in guter Verfassung? – 60 Jahre Grundgesetz », in : *JuristenZeitung*, n° 10, p. 481-491.
- Ost, F. (1995) : *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, Paris : La Découverte.
- Perlo, N. (2018) : « Du dualisme au pluralisme, la protection intégrée des droits fondamentaux en Italie », in : J. Andriantsimbazovina (éd.) : *Intégration et Droits de l'homme*, Paris : Mare & Martin, p. 179-196.
- Pernice, I. (2007) : « Theorie und Praxis des Europäischen Verfassungsverbundes », in : Calliess, C. (éd.) : *Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund. Göttinger Gespräche zum deutschen und europäischen Verfassungsrecht*, Tübingen : Mohr Siebeck, p. 61-92.
- Rivero, J. (1969) : « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées », in : Cassin, R. : *Amicorum Discipulorumque Liber*, Paris : Pédone, t. 3, p. 311-322.
- Romano, S. (2015) : « La crise de l'État moderne » (traduit en français par D. Soldini), in : *Jus Politicum*, n° 14 [à consulter sur : <http://juspoliticum.com/article/L-Etat-moderne-et-sa-crise-968.html>].
- Schlink, B. (1989) : « Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit », in : *Der Staat*, n° 28, p. 161-172.
- Schlink, B. (2007) : « Abschied von der Dogmatik. Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft im Wandel », in : *JuristenZeitung*, n° 62, p. 157-162.
- Schönberger, C. (2014) : « Bundesverfassungsgerichtspositivismus : Zu einer Erfolgsformel Bernhard Schlinks », in : Nolte, J. / Poscher, R. / Wolter, H. (éd.) : *Die Verfassung als Aufgabe von Wissenschaft, Praxis und Öffentlichkeit : Freundesgabe für Bernhard Schlink zum 70. Geburtstag*, Heidelberg et al. : Müller, p. 41-49.
- Sommermann, K.-P. (2008) : « Offene Staatlichkeit : Deutschland », in : Bogdandy, A. v. / Cruz Villalon, P. / Huber, P. M. : *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, t. 2, § 14, Heidelberg : Müller.
- Sternberger, D. (1979) : « Verfassungspatriotismus », in : *FAZ*, 23 mai.
- Sternberger, D. (1990 [1982]) : « Verfassungspatriotismus », in : *Schriften*, t. X, Francfort-sur-le-Main / Leipzig : Insel.
- Stolleis, M. (1990) : « Rechtsstaat », in : Erler, A. / Kaufmann, E. (éd.) : *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, 1971-1998, t. 4, Berlin : Erich Schmidt Verlag, p. 367-375.
- Stolleis, M. (1992) : *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, t. 2 : 1800-1914, Munich : Beck.
- Stolleis, M. (1996) : « Der geschichtsblinde Jurist ist gefährlich », in : *FAZ*, 23 janvier.
- Tourard, H. (2000) : *L'internationalisation des constitutions nationales*, Paris : L.G.D.J.
- Troper, M. (2001) : « Sur l'usage des concepts juridiques en histoire », in : id. : *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris : PUF.

Troper, M. (2008) : « Identité constitutionnelle », in : Mathieu, B. (éd.) : *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Paris : Dalloz, p. 123-131.

Vedel, G. (éd.) (1993) : *Propositions pour une révision de la Constitution : rapport au Président de la République*, Paris : La Documentation française.

Vogel, K. (1964) : *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit*, Tübingen : Mohr Siebeck.

Voßkuhle, A. (2016) : « “Integration durch Recht” – Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts », *JuristenZeitung*, n° 71 (4), p. 161-168.

NOTES

1. Stolleis (1992), p. 423.
2. Gaillet / Perlo / Schmitz (2018) ; Meinel (2019). V. aussi, pour dépasser nos frontières franco-allemandes : Levitsky / Ziblatt (2017).
3. Gusy (2018) ; Di Fabio (2018) ; Dreier / Waldhoff (2018). V. aussi Gaillet / Herrera (2020).
4. V. aussi le chapitre « Perspectives » (chap. 9 – A. Gaillet) de l'ouvrage commun Gaillet et al. (2019). La présente introduction en reprend certains passages.
5. Oppermann (2009), en part. p. 491. Les célébrations des décennies successives de la Loi fondamentale ont été autant d'occasions de poser de proches constats. Dans le même sens, une « fête de la Constitution » (*Verfassungsfest*) a été organisée à Karlsruhe le 23 mai 2019, accompagnée d'une discussion organisée autour de la thématique : « 70 ans de la Loi fondamentale – l'Allemagne dans une bonne constitution ? » (« 70 Jahre Grundgesetz – Deutschland in guter Verfassung ? »). Pour élargir la perspective générale, v. par ex. Herrera (2012) et Herrera (2015).
6. Les titres de nombreuses contributions parues à l'occasion des cinquante ans de la Constitution de 1958 sont significatifs à cet égard, pointant fréquemment les déséquilibres et les ambiguïtés des rapports entre les pouvoirs. V. notamment : Chagnollaud (2008) ; Mathieu (2008). Pour les soixante ans de la Constitution de 1958, celle-ci semble être observée avec un œil interrogatif : quel « sens » ? (*Titre VII, Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 1, 2018) ; quels « nouveaux regards » ? (*Pouvoirs*, n° 166, 2018) ; quel bilan dix ans après la révision de 2008 ? (« Les dix ans de la révision constitutionnelle de 2008 », *RFDC* 2018/4).
7. Exemple d'une définition classique : « ensemble des normes qui occupent le rang suprême de l'ordre juridique, ne peuvent être modifiées qu'au moyen d'une procédure de révision spéciale et dont la suprématie est effectivement assurée par un organe juridictionnel. Elles portent sur l'organisation, la forme et la structure d'un État de droit démocratique, établissent ses organes, leurs rapports mutuels ainsi que leurs compétences et fixent la situation des citoyens dans l'État y compris leurs droits imprescriptibles » (Gerkrath [1998], p. 51).
8. Böckenförde (2000b), p. 139 sq. ; Jouanjan (2001) ; M. Stolleis (1990).
9. V. déjà : Grimm (1999), p. 39 sqq. ; Dreier (2009), p. 102. V. désormais : Grimm (2019a) et (2019b), p. 287 sq.
10. Bourg / Whiteside (2010). V. aussi Ost (1995).
11. Beaud (1994).
12. Grimm (2012a), p. 330 ; v. version française dans ce numéro, § 35.
13. Voßkuhle (2016), p. 161 ; v. version française dans ce numéro, § 1.
14. Troper (2001).
15. Stolleis (1996).
16. Grimm (2018), p. 28.

17. Jestaedt (2010), § 1, p. 24-25.
18. V. aussi : Mohnhaupt (1989) ; Grimm (1989). Pour des versions étoffées : Mohnhaupt / Grimm (2002 [1995]) ; Grimm (1987), p. 221-240 ; Gosewinkel (2018).
19. Grimm (2012b).
20. Grimm (2012b), en part. p. 104.
21. Baranger (2003).
22. Carré de Malberg (2003 [1919/22]), t. II, chap. IV « Du pouvoir constituant » ; Klein (1996) ; Gosewinkel (2018) ; Möllers (2009).
23. Le Pillouer (2005-2006). Pour une perspective critique : Jouanjan (1996).
24. Article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». On notera que les Allemands préfèrent le terme de « division des pouvoirs » (*Teilung der Gewalten*). V. à cet égard, la décision de principe de la Cour constitutionnelle fédérale : décision *Zeugen Jehovas Bremen* du 30 juin 2015, (BVerfGE 139, 321 [361]).
25. Sur cette question fondamentale : Böckenförde (2000c).
26. Sur les grandes tendances du libéralisme allemand au XIX^e siècle : Huber (1988), p. 371 sq. ; Böckenförde (1961), p. 92 sq. ; puis (position précisée) : Böckenförde (1972).
Pour des perspectives en français : Hummel / Heuschling (2006) ; Gaillet (2012) .
27. Expression introduite dans le débat allemand à l'occasion de la célébration des trente ans de la Loi fondamentale : Sternberger (1979) und (1990 [1982]). La postérité de la formule doit beaucoup à l'utilisation qu'en a faite Jürgen Habermas (1987, p. 19). V. aussi : Grimm (2001) ; Müller (2010 ; en anglais : *Constitutional Patriotism*, 2007). Pour un point de vue critique : Merten (1992), p. 283 sq.
28. Mayer (2003), en part. p. 178 (cité ici par C. Grewe et H. Ruiz-Fabri), parle à cet égard d'« obsession » de la jurisprudence et de la doctrine allemande pour les droits fondamentaux.
29. Baranger (2003), p. 268.
30. Grewe / Ruiz Fabri (1995).
31. Beaud / Heyen (1999) ; Bogdandy (2011), p. 2818.
32. Il faudrait évidemment poursuivre cette observation par un approfondissement des particularités des pensées constitutionnalistes et des droits constitutionnels. Pour les droits constitutionnels, v. par ex. in Gaillet et al. (2019).
33. Jouanjan / Masing (2011).
34. Marsch (2019).
35. Hochmann (2019).
36. Lepsius (2008), p. 16.
37. Jouanjan (2005).
38. Schönberger (2014) ; Schlink (1989) und (2007).
39. Beaud (2003), en part. p. 388.
40. Beaud et al. (2018).
41. Hochmann (2019), « La dogmatique allemande des droits fondamentaux et son absence en France ».
42. V. dans ce sens : Baranger / Beaud (2008) ; Le Divellec (2011).
43. Mayer (2003), p. 178. En France, on soulignera le renouveau d'études critiques à cet égard : Gauchet (2017) ; Mathieu (2017).
44. Romano (2015).
45. Grimm (2018), p. 28.
46. V. déjà : Huber (1993) ; Beaud (1993) ; Murswiek (1993), p. 163.
47. Jouanjan (2003), p. 23 sq. ; Beaud (1998), p. 89.
48. Troper (2008) ; Millet (2013).

49. Mehdi (2015).
50. V. aussi Pernice (2007).
51. Arrêt du 30 juin 2009 (BVerfGE 123, 267 – *Lissabon*).
52. Vogel (1964) ; Sommermann (2008) ; Kotzur (2011).
53. V. not. Cour const. it., *ordinanza* n°24/2017 et arrêt n°115/2018 dans le cadre de l'affaire *Taricco* (CJCE, Gde Ch., 8 septembre 2015, *Taricco*, C-105/14 et CJUE, Gde Ch., 5 décembre 2017, *M.A.S et MB*, C-42/17) ; Perlo (2018).
54. BVerfGE 140, 317 et CJUE, aff. Jtes C-404/15 et C-659/15 PPU (Aranyosi e. a.), ECLI :EU :C :2016 : 198.
55. V. not. la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande à partir de : BVerfGE 73, 339 [375].
56. CJUE, aff. C-414/16 (Egenberger), ECLI :EU :C :2018 :257. V. ici la jurisprudence traditionnelle de la Cour allemande : BVerfGE 137, 273.
57. BVerfGE 142, 123, après CJUE, aff. C-62/14 (Gauweiler), ECLI :EU :C :2015 :400 ; BVerfGE 146, 216 et CJUE, aff. C-493/17 (Weiss u. a.), ECLI :EU :C :2018 :1000.
58. Tourard (2000) ; v. aussi le numéro de la revue *Jus Politicum* consacré à cette question (n° 19, janvier 2018 : <http://juspoliticum.com/numero/Constitutionnalisme-global-72.html>).
59. Evans et al. (2010 [1985]) ; Beaud (1994) ; Möllers (2011) et (2008) ; Bonin et al. (2018).
60. V. resp. Vedel (1993) ; Balladur (2007) ; Bartolone / Winock (2015).
61. Jouanjan (2000), p. 34. Sur la représentation : Böckenförde (2000a).
62. Bourg (2017).
63. B. Constant, *Principes de politique*, 1815 ; A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, t. 1, 1835. V., pour une perspective d'ensemble, Manent (2012).
64. J.J. Rousseau, *Du contrat social*, 1762. Pour une mise en perspective, v. par ex. les articles consacrés à la « volonté générale », in *Jus Politicum*, n° 10, mars 2014.
65. V. par ex. Rivero (1969).

INDEX

Mots-clés : introduction, constitution

Schlüsselwörter : Einleitung, Verfassung

AUTEUR

AURORE GAILLET

Aurore Gaillet est professeur de droit public à l'Université de Toulouse 1 Capitole. Pour plus d'informations, voir la notice suivante.