

LA CONSTITUTION DIRIGEANTE ET LA CRISE DE LA THÉORIE DE LA CONSTITUTION

THE GUIDING CONSTITUTION AND THE CRISIS IN THE THEORY OF THE CONSTITUTION

Gilberto Bercovici*

Abstract

The article examines the complex and strained relations between politics, the State and the Constitution, both by means of the famous debate over democracy and constitutionalism, and by means of the paradoxes of the legal formalism associated with the constitutional law, the political law par excellence. It describes the occurrence of a cycle of master-ideas, developed throughout the history of Public Law. The Constitution was the master-idea during the era of revolutions, in the 18th and 19th centuries. The State became the master-idea only in the 19th century, with the “General Theory of the State” as the most important discipline within Public Law. However, as a result of the challenges to the purely juridical method during the Weimar era, the Constitution becomes the master-idea of the new “Theory of the Constitution”, which replaces the old General Theory of the State. This new discipline aimed at inserting politics in the constitutional analysis, especially in the Post-War period. The fundamental debate within the Theory of the Constitution fluctuated between the substantive and the procedural theories of the Constitution, both seeking to direct politics and the State or to eliminate both of them from the constitutional analysis. This master-idea culminates with the “Guiding Constitution” – which aims at establishing itself as a plan for the future of the entire society – and with the Constitutional Courts and the exhaustion of the debates over politics and legitimacy in contemporary Constitutional Theory. In order to overcome this deadlock, a “return to politics” and also a “return to the State” are required, alongside a new and wholly revised Theory of the State.

Keywords: constitution, politics, state, public law, constitutional law

* Dr. Gilberto Bercovici is a professor at the Faculty of Law, São Paulo University, Brasil
Contact : E-mail : gbercovici@usp.br

La Constitution est en crise. En ce qui concerne le Brésil, la crise de la Constitution de 1988 est évidente*, même s'il y a des auteurs qui affirment que la Constitution de 1988 est «notre première Constitution vraiment normative»†. La perplexité de la doctrine brésilienne s'est accentuée avec la divulgation de nouvelles positions théoriques de José Joaquim Gomes Canotilho, constitutionnaliste Portugais, où il révisait son oeuvre "*Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*" de 1982 qui avait fortement influencé les concepts de grande partie des publicistes Brésiliens.‡

* Voir, par exemple, Fábio Konder Comparato, «Réquiem para uma Constituição», *Revista Trimestral de Direito Público* numéro 20, São Paulo, Malheiros, 1997, pages 5-11 et Paulo Bonavides, *Do País Constitucional ao País Neocolonial: A Derrubada da Constituição e a Recolonização pelo Golpe de Estado Institucional*, São Paulo, Malheiros, 1999. José Joaquim Gomes Canotilho, à son tour, nomme l'une des sections de sa préface à la deuxième édition du livre *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador* de «Mal-Estar da Constituição e Pessimismo Pós-Moderno». Voir José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, 2^e. édition, Coimbra, Coimbra Édit., 2001, pages V-VIII.

† Luís Roberto Barroso, "Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)", *Revista Trimestral de Direito Público* n° 29, São Paulo, Malheiros, 2000, page 56. Au contraire de ce qui affirme Barroso, on ne peut pas considérer qu'une Constitution qui a souffert en moins de vingt ans plus de 60 amendements (beaucoup d'eux contraires à sa conception idéologique) soit notre Constitution la plus normative. Pour le classement "ontologique" des Constitutions en normatives, nominales et sémantiques, voir Karl Loewenstein, "Reflections on the Value of Constitutions in Our Revolutionary Age" in Arnold J. Zurcher (org.), *Constitutions and Constitutional Trends since World War II*, 2e. éd, New York, New York University Press, 1955, pages 203-206 et Karl Loewenstein, *Verfassungslehre*, 4e. éd, Tübingen, J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), 2000, pages 151-157. Pour la critique de classement de Loewenstein, voir Marcelo Neves, *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien*, Berlin, Duncker & Humblot, 1992, pages 65-71 et Marcelo Neves, *A Constitucionalização Simbólica*, São Paulo, Édit. Acadêmica, 1994, pages 95-99 et 151-153.

‡ Ces changements sont mis en relief dans les articles "Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo", *Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* n° 15, São Paulo, RT, avril/juin 1996, pages 7-17; "A Teoria da Constituição e as Insinuações do Hegelianismo Democrático" in J. A. Pinto Ribeiro (coord.), *O Homem e o Tempo - Liber Amicorum para Miguel Baptista Pereira*, Porto, Fundação Engenheiro António de Almeida, 1999, pages 413-422; "Da Constituição Dirigente ao Direito Comunitário Dirigente" in Paulo Borba Casella (coord.), *Mercosul: Integração Regional e Globalização*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, pages 205-217 et "O Direito Constitucional na Encruzilhada do Milênio: De uma Disciplina Dirigente a uma Disciplina Dirigida" in VVAA, *Constitución y*

De même, la théorie constitutionnelle brésilienne n'a pas modifié ses présupposés d'analyse et de compréhension de la Constitution. On a vu, en fait, ou l'incorporation de la révision de Canotilho par les critiques libéraux (ou néolibéraux) de la Constitution de 1988[§], ou une tentative de critique de ce changement de l'auteur Portugais, proposant le maintien de sa Théorie de la Constitution Dirigeante comme moyen d'analyse de la Constitution de 1988^{**}. Le reste de la doctrine, en sa grande majorité, a continué à comprendre le dilemme constitutionnel brésilien dans les paramètres traditionnels de la dichotomie *Constitution versus réalité* gardant une vision extrêmement optimiste, pour ne pas dire naïve, du Pouvoir Judiciaire comme le grand espoir dans la concrétisation de la Constitution de 1988.

Ceux qui mettent en évidence le «moment vertueux^{††}» vécu par le droit constitutionnel brésilien ont raison de le faire. Jamais le Brésil n'a produit aussi d'études sur la Constitution. Aujourd'hui, nous possédons une Théorie de la Constitution de haut niveau, actualisée et comparable aux meilleures du milieu européen. Cependant, cette Théorie de la Constitution peut-être excessivement centrée sur les questions d'interprétation constitutionnelle et du contrôle de la constitutionnalité, n'arrive pas à maîtriser d'une manière satisfaisante les problèmes politiques, sociaux et économiques inhérents au nouvel ordre social dans un pays périphérique comme le Brésil^{‡‡}. La «globalisation» et le néolibéralisme ne font qu'accentuer cette inadéquation de notre théorie constitutionnelle. Les solutions présentées se placent toujours entre l'instrumentalisme constitutionnel (il suffit que la solution soit prévue dans la

Constitucionalismo Hoy: Cincuentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García-Pelayo, Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 2000, pages 215-225, une grande partie recondensée dans la Préface à la deuxième édition du livre José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador cit.*, pages V-XXX.

[§] Par exemple, voir Diogo de Figueiredo Moreira Neto, "Desafios Institucionais Brasileiros" in Ives Gandra Martins (coord.), *Desafios do Século XXI*, São Paulo, Pioneira, 1997, page 195.

^{**} C'est le cas de notre article: Gilberto Bercovici, "A Problemática da Constituição Dirigente: Algumas Considerações sobre o Caso Brasileiro", *Revista de Informação Legislativa* n° 142, Brasília, Senado Federal, avril/juin 1999, pages 35-51.

^{††} Luís Roberto Barroso, "Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)" *cit.*, pages 54-57.

^{‡‡} On peut souligner comme exception la réflexion théorique de Marcelo Neves et sa préoccupation pour comprendre le dilemme constitutionnel des pays périphériques surtout dans l'oeuvre Marcelo Neves, *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne cit.*, pp. 89-94, entre autres, et les récents abordages de Lenio Streck où cet auteur défend l'élaboration d'une Théorie de Constitution Dirigeante convenable aux Pays de la Modernité Retardée. Cf. Lenio Luiz Streck, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, pages 112-116.

Constitution) et la croyance au Pouvoir judiciaire comme «sauveur de la République», ou l'adoption de conceptions procédurales de la Constitution, limitée à un «instrument du gouvernement» ou, encore, à une «charte symbole de l'identité nationale»^{§§}.

Cependant, si l'on analyse les auteurs étrangers, surtout les Européens, on voit une série de questions et d'insuffisances à leurs théories constitutionnelles ressemblantes aux nôtres: la formalisation excessive (ou normativisation) du droit constitutionnel, les dilemmes du contrôle judiciaire de la constitutionnalité en une démocratie, en somme, la «dépolitisation» de la Constitution. Ce qui nous mène à conclure que la crise est surtout de la Théorie de la Constitution.

Voilà le but de cette étude: essayer de présenter historiquement, la façon par laquelle la crise de la Théorie constitutionnelle aurait surgi et présenter une alternative pour la surmonter. Vu les limitations et les omissions d'un travail portant sur une matière si vaste, on n'a pas la prétention d'avoir le monopole de bonnes ou vraies solutions. C'est la recherche de l'ouverture de dialogue que l'on veut, y compris le dialogue avec les autres sciences sociales, pour que l'on puisse sortir de l'impasse théorique où l'on y est.

Pour cela, on propose de suivre l'itinéraire tracé par Pedro de Vega Garcia^{***} et aussi la thèse suscitée par Maurizio Fioravanti sur le double mouvement historique du Droit Public: “*doppio movimento storico del diritto pubblico moderno, dalla ‘Costituzione’ allo ‘Stato’, e dallo ‘Stato’ alla ‘Costituzione’*”^{†††}. Selon Fioravanti, État et Constitution s'alternent historiquement comme des concepts-clés du Droit Public. A la primauté de la Constitution et du «constitutionnalisme» venus avec les révolutions libérales du XVIIIe siècle, s'est suivi celle de l'État et de la Théorie Générale de l'État à partir de la moitié du XIXe siècle^{‡‡‡}. La crise de la Théorie Générale de l'État au début du XXe siècle a provoqué le déplacement du centre de l'étude du Droit Public à la Constitution et à

§§ Voir, pour ces deux sens, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Constituição e Governabilidade: Ensaio sobre a (In)governabilidade Brasileira*, São Paulo, Saraiva, 1995, pages 22-23 et José Eduardo Faria, *O Direito na Economia Globalizada*, São Paulo, Malheiros, 1999, pages 32-35.

*** Voir l'excellent article Pedro de Vega Garcia, “El Tránsito del Positivismo Jurídico al Positivismo Jurisprudencial en la Doctrina Constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional* n° 1, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia/Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, janvier/juin de 1998, pages 65-87.

††† Maurizio Fioravanti, *Stato e Costituzione: Materiali per una Storia delle Dottrine Costituzionali*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1993, page 4.

‡‡‡ Sur l'apogée de l'idée de la Constitution entre la moitié du XVIIIe. siècle et la moitié du XIXe. siècle et également sur l'assomption d'un rôle central par l'État à partir de 1850 dans la réflexion sur le Droit Public voir Michael Stolleis, “Verfassungsideale der Bürgerlichen Revolution” in *Konstitution und Intervention: Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2001, pages 17-18 et 32.

la Théorie de la Constitution, surtout après le second après-guerre. Pourtant, dans cette étude-ci, on va au-delà des considérations de Fioravanti parce que l'on comprend que la crise de la Théorie de la Constitution sera surmontée par une Théorie de l'État renouvelée.

La Théorie de la Constitution va se firmer dans le XXe siècle^{§§§} comme résultat des discussions développées dans le célèbre «Débat de Weimar» où l'on s'est opposé au positivisme juridique, ayant comme lideur Hans Kelsen, les plus diverses propositions méthodologiques pour la compréhension de l'État et de la Constitution^{****}. L'origine de ces discussions c'est la crise, patente à ce moment-là, sur les présupposés, la méthode et le sens des sciences humaines en général et du droit en particulier. Cette crise, selon Hermann Heller, a fait que l'on se rendait compte «de l'inadéquation théorique et de la stérilité pratique» (“*die theoretische Unzulänglichkeit und praktische Unfruchtbarkeit*”) de la Théorie Générale de l'État^{††††}. La crise était plus spécifiquement de la Théorie Générale de l'État.

Le positivisme juridique de Gerber et Laband a oublié le substrat social de l'État et a imposé la méthode juridique comme le seul possible. Même s'il a privilégié la rigueur scientifique, tous les problèmes concrets de la Théorie de l'État ont été bannis comme métajuridiques. L'impossibilité de l'application de la méthode juridique, selon Heller, était évidente: si la méthode positiviste était prise vraiment au sérieux, elle ferait impossible une discipline comme la Théorie

^{§§§} Maurizio Fioravanti, *Stato e Costituzione cit.*, page 45. Voir également Manuel Garcia-Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, 8^e. ed, Madrid, Alianza Editorial, 1993, pages 79-81.

^{****} La bibliographie sur le débat méthodologique pendant la République de Weimar est énorme. Voir, pour tous, l'excellent article de Manfred Friedrich, "Der Methoden- und Richtungsstreit: Zur Grundlagendiskussion der Weimarer Staatsrechtslehre", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 102, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1977, pages 161-209 et Peter C. Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism*, Durham/London, Duke University Press, 1997, pages 78-144. Sur la crise du positivisme juridique et la critique au positivisme développé pendant le "Débat de Weimar" voir Walter Pauly, *Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus: Ein Beitrag zu Entwicklung und Gestalt der Wissenschaft vom öffentlichen Recht im 19. Jahrhundert*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1993, pages 29-36 et 240-245. Voir également Manuel Garcia-Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado cit.*, pages 67-78.

^{††††} Hermann Heller, "Die Krisis der Staatslehre" in *Gesammelte Schriften*, 2^e. éd, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1992, vol. 2, page 5. Voir également pages 14-15. Sur la conception de la «crise de la Théorie de l'État» de Heller et sa position dans le débat méthodologique de Weimar, voir David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford/New York, Oxford University Press, 1999, pages 167-176.

Générale de l'État.^{††††}. Et comme l'on verra, c'est exactement cela que Hans Kelsen a proposé.

Selon Heller, le mérite de Jellinek est de s'être rendu compte de qu'il serait impossible d'élaborer une Théorie Générale de l'État sans la sociologie. Cependant, il n'a pas suivi sa méthode comme il le fallait, en se limitant à rajouter une théorie sociale de l'État à la théorie juridique de l'État. Son oeuvre s'est divisée, alors, en deux parties déconnectées^{§§§§}. Une autre critique à la Théorie Générale de l'État dans les modèles proposés par Jellinek, c'est sa quête d'une connaissance totale de l'État, puisque son objet est l'État en général, «l'essence» de l'État. Selon Sebastião Botto de Barros Tojal, cette «compréhension encyclopédique», avec la surmontée de la méthode juridique positiviste, devient un tout qui a de l'unité. Quand on atteint n'importe quelle unité du savoir scientifique systématisé, cette unité n'est fondamentale que dans les valeurs a priori, en outre, c'est surtout une unité idéaliste de concepts abstraits et artificiellement universels. Par conséquent, la Théorie Générale de l'État s'est révélée comme une science de l'esprit et pas de la réalité^{*****}.

Au moment où Hans Kelsen propose l'application de la méthode juridique positiviste jusqu'aux dernières conséquences, provoquant, dans les mots de Heller, une «Théorie de l'État sans État» (*“Staatslehre ohne Staat”*)^{†††††}, la crise de la Théorie Générale de l'État devient évidente. Selon Olivier Beaud, le débat se donne, donc, autour des concepts néohegeliennes et néokantiennes de l'État et de la Constitution: entre l'idée que la Constitution est la loi de la vie politique globale d'un État, *c.-à-d.*, qu'elle est liée à «l'être» politique de l'État, et la conception que la Constitution est une règle de droit qui ne règle que le comportement étatique, étant liée au «devoir être» de l'État. En somme, on voit la Constitution comme un régime politique-social du pays (idée proposé par des auteurs des plus diverses tendances idéologiques dont les origines sont en Hegel y compris Ferdinand Lassalle et Lorenz von Stein) ou l'on voit la Constitution limitée au texte constitutionnel réglant les comportements des agents étatiques (idée défendue par le néokantisme et le normativisme positiviste)^{*****}.

On pense que la crise de la Théorie Générale de l'État mène à la discussion de trois grandes propositions pour qu'elle puisse être surmontée. Dans

^{††††} Hermann Heller, “Die Krisis der Staatslehre” *cit.*, pages 8-10 et 12-13.

^{§§§§} Hermann Heller, “Die Krisis der Staatslehre” *cit.*, page 12.

^{*****} Hermann Heller, “Die Krisis der Staatslehre” *cit.*, pages 25-26; Hermann Heller, *Staatslehre*, 6^e. éd, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1983, pages 12-14 et 75-81 et Sebastião Botto de Barros Tojal, *Teoria Geral do Estado: Elementos de uma Nova Ciência Social*, Rio de Janeiro, Forense, 1997, pages 9-10, 14-16 et 136-140.

^{†††††} Hermann Heller, “Die Krisis der Staatslehre” *cit.*, pages 15-24.

^{*****} Olivier Beaud, “Carl Schmitt ou le Juriste Engagé” in Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, Paris Puf, 1993, pages 75-85. Voir également Olivier Beaud, *La Puissance de l'État*, Paris, Puf, 1994, pages 359-368.

les trois, la continuité de la Théorie Générale de l'État «encyclopédique» dans les modèles consacrés par Georg Jellinek est écartée. Deux propositions vont remplacer l'ancienne Théorie Générale de l'État par la nouvelle Théorie de la Constitution. D'un côté, la Constitution est vue exclusivement comme norme juridique (Kelsen). De l'autre côté, les Théories Matérielles de la Constitution vue maintenant comme plus qu'une norme juridique ordinaire mais, en fait, comme loi globale de la vie politique de l'État et de la société (Schmitt et Smend). Finalement, la troisième proposition cherche le renouvellement méthodologique complet de la Théorie Générale de l'État qui devrait être remplacée par la Théorie de l'État comme science de réalité (Heller).

Dans l'étude du «Débat de Weimar», centré sur la question du combat au positivisme juridique et sur les rapports entre l'État, la Constitution, la politique et la réalité, on ne s'aperçoit pas plusieurs fois, peut-être, de la grande innovation de Hans Kelsen: le remplacement de la Théorie Générale de l'État par la Théorie de la Constitution^{§§§§§}. Kelsen souligne l'importance de la «juridicité» de la Constitution et il surpasse l'idée de la Constitution étatique: la base de la Constitution n'est ni l'État, ni la «force normative des faits», mais la norme fondamentale qui n'est pas posée mais présupposée^{*****}.

Selon Kelsen, la structure hiérarchique de la procédure de création du droit aboutit sur une norme fondamentale qui fonde l'unité de l'ordre juridique. La norme fondamentale est hypothétique, non positivé, donc, elle n'est pas déterminée par aucune norme de droit positif. Cette norme fondamentale est la «Constitution dans le sens logique juridique» (*Verfassung im rechtslogischen Sinne*) qui établit un organisme créateur du droit, un degré inférieur qui établit les normes qui règlent l'élaboration de la législation. Cet organisme est la Constitution proprement dite ou la «Constitution dans le sens juridique positif» (*Verfassung im positivrechtlichen Sinne*)^{†††††}.

Le contenu de la Théorie Générale de l'État selon Kelsen, c'est l'étude des problèmes concernant la validité et la production de l'ordre étatique, *c.-à-d.*, de l'ordre juridique. Ces problèmes de création de l'ordre juridique (création du droit et fondation de l'unité de l'ordre juridique), comme l'on en a déjà parlé, sont compris sous le concept de Constitution. Ainsi, selon Hans Kelsen, la Théorie Générale de l'État coïncide avec la Théorie Générale de la Constitution (“*so bedeutet Allgemeine Staatslehre auch eine allgemeine Verfassungslehre*”)^{†††††}.

Malgré les considérations de Kelsen qui démontre le passage de la Théorie Générale de l'État à la Théorie de la Constitution, la première oeuvre

^{§§§§§} Dans le même sens voir Pedro de Vega Garcia, “El Tránsito del Positivismo Jurídico al Positivismo Jurisprudencial en la Doctrina Constitucional” *cit.*, pages 74-75.

^{*****} Olivier Beaud, “Carl Schmitt ou le Juriste Engagé” *cit.*, pages 80-81.

^{†††††} Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, reimpr., Wien, Verlag des Österreichischen Staatsdruckerei, 1993, pages 248-250.

^{†††††} Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre cit.*, pages 45-46.

systematique qui présente la Théorie de la Constitution comme une branche propre de la Théorie Générale du Droit Public est la *Verfassungslehre* (*Théorie de la Constitution*), de Carl Schmitt publiée en 1928. L'objectif déclaré de Schmitt est d'offrir une oeuvre systematique des questions de Théorie Constitutionnelle qui ne sont traitées qu'incidemment par le Droit constitutionnel (*Staatsrecht*) et par la Théorie Générale de l'État. Le besoin d'un traitement propre de ces questions est souligné par Carl Schmitt quand il critique le positivisme juridique qui aurait placé les questions fondamentales du Droit Politique dans la Théorie Générale de l'État. Dans cette discipline les questions de la théorie constitutionnelle n'auraient pas été traitées d'une façon adéquate, situées entre les théories politiques en général et les thèmes philosophiques, historiques et sociologiques étudiés par les théoriciens de l'État. Avec la Théorie de la Constitution, Schmitt cherche surmonter la division, gérée par le positivisme «normativiste», entre la Théorie Générale de l'État, le Droit constitutionnel et la Politique, faisant retourner le politique à l'analyse des thèmes de la théorie constitutionnelle^{§§§§§§}.

Dans l'année même de la publication de la Théorie de la Constitution de Carl Schmitt, 1928, Rudolf Smend a publié son livre *Constitution et Droit Constitutionnel* (*Verfassung und Verfassungsrecht*) où la «Théorie de l'Intégration» était présentée comme une alternative au positivisme juridique^{*****}. Selon Smend, la crise de la Théorie Générale de l'État^{†††††††}, provoquée par la pensée formaliste de Jellinek et Kelsen, ne serait surmontée que par la méthodologie des sciences de l'esprit à partir de l'oeuvre de Theodor Litt. Pour cela, la perspective centrale ne serait plus donnée à partir de l'individu ou de l'État isolement, mais, dans un système d'influences mutuelles, le modèle interprétatif devrait être une sorte de flux circulaire et continu dont ses membres (l'État, l'individu, etc) seraient en constant interrelation entre eux et avec l'ensemble

§§§§§§ Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 8e. éd, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, pages XI-XIV (préface). Voir également Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts" in *Recht, Staat, Freiheit - Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, pages 348-349, 351-355 et 365-366 et Olivier Beaud, "Carl Schmitt ou le Juriste Engagé" *cit.*, pages 58-61 et 74-75.

***** Smend avait déjà commencé le développement de la «Théorie de l'Intégration» dans un texte de 1923 où il critique les théories formalistes de l'État, parce qu'elles ignorent la dimension politique, et il défend les formes de gouvernement comme facteur d'intégration politique. Cf. Rudolf Smend, "Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform" in *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 3e. éd, Berlin, Duncker & Humblot, 1994, pages 84-88.

††††††† A propos de la position de Smend face à la crise de la Théorie Générale de l'État voir Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht in Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze cit.*, pages 121-123.

social⁺⁺⁺⁺⁺. Selon Svend, l'objet de la Théorie de l'État est l'État tant que partie de la réalité spirituelle qui est caractérisée par un processus d'actualisation fonctionnelle, par un continu processus de configuration sociale^{§§§§§§}. Ce processus de renouvellement constant, qui est le noyau substantiel de la dynamique de l'État, c'est l'intégration. L'État n'existe qu'à cause et dans la mesure où il se fait immergé dans ce processus d'autointégration^{*****}.

Dans sa Théorie de l'Intégration, Smend développe une Théorie de la Constitution qui prend la Constitution comme point de repère à la place de la traditionnelle Théorie Générale de l'État⁺⁺⁺⁺⁺. Du concept de la Constitution élaboré par Smend⁺⁺⁺⁺⁺ on peut s'apercevoir que l'aspect important, selon lui, n'est pas celui de la «normativité» de la Constitution mais sa réalité d'élément intégration permanente et continue. La Constitution est un ordre qui intègre grâce à ses propres valeurs matérielles. En plus, une fois qu'elle constitue un stimulus, ou limitation, de la dynamique constitutionnelle, elle structure l'État comme pouvoir de domination formelle^{§§§§§§}.

Différemment de Schmitt et Smend, la proposition de Heller pour surmonter la crise de la Théorie Générale de l'État est celle de la Théorie de l'État comme science de la réalité^{*****}. L'objet de recherche devient fonction de l'État dans la réalité sociale concrète et l'idée de que l'État est invariable, constant au long du temps, est rejetée. Heller part du présupposé que l'on ne peut pas construire une Théorie Générale de l'État avec un critère d'universalité pour tous les temps et situations. L'État doit être compris historiquement, attaché aux

⁺⁺⁺⁺⁺ Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht cit.*, pages 123-135.

^{§§§§§§} "L'État existe et se développe exclusivement dans ce procès de constant renouvellement et permanent reviviscence; il vit, pour y utiliser la célèbre caractérisation de Nation de Renan, d'un plébiscite qui se rénove chaque jour". Voir Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht cit.*, page 136.

^{*****} Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht cit.*, pages 136-139.

⁺⁺⁺⁺⁺ Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht cit.*, page 274. L'objet de la "Théorie de l'Intégration" n'est pas l'État proprement dit mais l'État sous le point de vue normatif sous la Constitution. La «Théorie de l'Intégration» est une Théorie de la Constitution mais avec des éléments de la Théorie de l'État comme prémisses. Cf. Peter Badura, "Staat, Recht und Verfassung in der Integrationslehre. Zum Tode von Rudolf Smend (15. Januar 1882 - 5. Juli 1975)", *Der Staat*, vol. 16, Berlin, Duncker & Humblot, 1977, pages 311-312 et Manfred Friedrich, "Rudolf Smend, 1882-1975", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 112, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1987, pages 12-13.

⁺⁺⁺⁺⁺ "La Constitution est l'ordonnancement juridique de l'État, mieux encore, de la dynamique vitale dans laquelle se développe la vie de l'État, c'-à-d., de son procès d'intégration. Le but de ce procès est la permanente restructuration de la réalité totale de l'État: et la Constitution est le modèle légal ou normatif des certains aspects de ce procès". Voir Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht cit.*, page 189.

^{§§§§§§} Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht cit.*, pages 190-193 et 195-196.

^{*****} Hermann Heller, *Staatslehre cit.*, pages 56-62 et 75-81.

rapports politiques idéologiques et de pouvoir qui le conforment^{†††††††††}. En même temps, l'État doit être compris comme un objet d'étude dynamique, et pas statique, parce qu'il n'existe que quand il se renouvelle constamment par l'action humaine^{*****}. Bref, la connaissance de l'État est intrinsèquement liée à la politique^{§§§§§§§§§}.

La Théorie de l'État doit donner la due importance au droit, mais elle transcende la méthode juridique du positivisme parce qu'elle a besoin des autres sciences sociales (politique, sociologie, philosophie, économie, histoire). Selon Heller, la Théorie de l'État est donc impossible comme dogmatique juridique^{*****}. Néanmoins cela, Hermann Heller ne dévalorise pas l'importance de la Constitution pour la Théorie de l'État^{†††††††††}, mais il ne propose pas son remplacement par la Théorie de la Constitution comme l'ont fait Carl Schmitt, Rudolf Smend et, d'une certaine manière, Hans Kelsen.

L'ascension du nazisme en 1933 a fini le «Débat de Weimar» et les discussions sur la crise de la Théorie Générale de l'État^{†††††††††}. Des trois grandes courantes présentées, il n'aurait qu'une qui deviendrait prépondérante, mais seulement après la fin de la seconde Guerre. La Théorie de la Constitution deviendrait en fait la remplaçante de la Théorie Générale de l'État.

Les Constitutions du XXe siècle, surtout celles suivant la Seconde Guerre Mondiale^{§§§§§§§§§}, sont politiques et pas seulement étatiques dans l'expression de

^{†††††††††} Hermann Heller, *Staatslehre cit.*, pages 12-14 et 124.

^{*****} Hermann Heller, *Staatslehre cit.*, page 69. Voir également *idem*, pages 225-230 et 282.

^{§§§§§§§§§} Hermann Heller, *Staatslehre cit.*, pages 66-75 et 282.

^{*****} Hermann Heller, "Die Krisis der Staatslehre" *cit.*, pages 24-30. Sur l'importance du droit pour la Théorie de l'État voir Hermann Heller, *Staatslehre cit.*, pages 207-225, surtout pages 220-225.

^{†††††††††} Comme l'on peut constater par la constante défense de la Constitution de Weimar faite par Heller dans presque la totalité de ses travaux. Comme exemple voir Hermann Heller, "Freiheit und Form in der Reichsverfassung" in *Gesammelte Schriften cit.*, vol. 2, pages 371-377.

^{*****} Il faut quand même souligner que le débat sur la crise de la Théorie Générale de l'État ne s'est pas borné en Allemagne. En Italie, par exemple, seulement à partir de l'oeuvre de Costantino Mortati, *La Costituzione in Senso Materiale*, de 1940, la Constitution devient la catégorie centrale du droit public et a le rôle de composer l'unité entre les pôles État et société. Cf. Pietro Costa, *Lo Stato Immaginario: Metafore e Paradigmi nella Cultura Giuridica Italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986, pages 305-315.

^{§§§§§§§§§} Sur les Constitutions apparues immédiatement après la fin de la Seconde Guerre Mondiale, voir Carl J. Friedrich, "The Political Theory of the New Democratic Constitutions" in Arnold J. Zurcher (org.), *Constitutions and Constitutional Trends since World War II cit.*, pages 13-35 et Karl Loewenstein, "Reflections on the Value of Constitutions in Our Revolutionary Age" *cit.*, pages 191-193 et 199-201.

Maurizio Fioravanti. Elles prennent un contenu politique donc elles embrassent les principes de légitimation du pouvoir est pas seulement de son organisation. Le champ constitutionnel vient élargi pour embrasser toute la société et pas seulement l'État. La Constitution, selon Konrad Hesse, est également «l'ordre juridique fondamental de la communauté» ("*die rechtliche Grundordnung des Gemeinwesens*") donc, elle est la Constitution de l'État et de la société. La politique se manifeste non seulement dans l'instauration de la Constitution (le pouvoir constituant originaire) mais également dans les moments suivants d'effectuation de l'ordre constitutionnel par une politique constitutionnelle^{*****}. Le grand protagoniste des conceptions matérialisées dans la Théorie de la Constitution, selon Fioravanti, était le parti politique, intermédiaire entre l'État et la société embrassés maintenant par la Constitution⁺⁺⁺⁺⁺.

L'idée de la Constitution comme totalité soulignant son caractère dynamique (cela n'assure pas seulement un ordre statique) «politise» le concept de Constitution qui ne se borne plus à sa normativité⁺⁺⁺⁺⁺. Cette conception élaborée, comme l'on en a déjà parlé par des auteurs comme Schmitt, Smend et Mortati donne l'origine à la Théorie Matérielle de la Constitution attachée à la prédominance des Constitution sociales (ou programmatiques) de l'après-guerre. La Théorie Matérielle de la Constitution permet de comprendre, à partir de l'ensemble total de ses conditions juridiques, politiques et sociales (*c.-à-d.* la Constitution dans sa connexion avec la réalité sociale), l'État Constitutionnel Démocratique. Elle se propose, donc, à considérer le sens, les fins, les principes politiques et l'idéologie qui conforment la Constitution, la réalité sociale à laquelle elle appartient, sa dimension historique et sa prétention de transformation^{§§§§§§§§§§}.

***** Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20e. éd, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 1999, pages 10-11; Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung" in *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, 2e ed., Frankfurt-am-Main, Suhrkamp, 1991, pages 47-52; Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik" in *Staat, Verfassung, Demokratie cit.*, page 189; Maurizio Fioravanti, "Costituzione e Politica: Bilancio di Fine Secolo" *cit.*, pages 875-884 et Norbert Wimmer, *Materiales Verfassungsverständnis: Ein Beitrag zur Theorie der Verfassungsinterpretation*, Wien/New York, Springer-Verlag, 1971, pages 14-18.

+++++ Maurizio Fioravanti, *Stato e Costituzione cit.*, page 144. Sur la conception d'"État de Partis" ("*Parteienstaat*"), voir l'exposition de Gerhard Leibholz, "Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit" in *Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert*, 3e. éd, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1966, pages 249-271.

+++++ Manuel Garcia-Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado cit.*, pages 80-81.

§§§§§§§§§§ Hans Peter Schneider, "La Constitución – Función y Estructura" in *Democracia y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pages 35-37, 39 et 43;

La question de la normativité de la Constitution est devenue cruciale pour la Théorie de la Constitution, et pas comme la réaction aux critiques conservatrices mais face au rôle de plus en plus souligné de nouveaux tribunaux constitutionnels (surtout en Italie et en Allemagne). Le résultat a été la revalorisation de la normativité constitutionnelle par les théories matérielles de la Constitution^{*****}. Peut-être le texte-symbole de ce (re)«normativisation» de la Théorie Constitutionnelle soit la classe inaugurale de Konrad Hesse à l'Université de Freiburg, intitulée “*La Force Normative de la Constitution*” (*Die normative Kraft der Verfassung*), de 1959.

Selon Konrad Hesse, la juridicité de la Constitution est essentielle pour la Théorie Matérielle de la Constitution. La Constitution réelle et la Constitution normative sont en permanent contact, par rapport de coordination. Elles se conditionnent mais elles ne dépendent pas, pure et simplement, l'une de l'autre. La Constitution juridique, même que ce ne soit pas d'une façon absolue, a une signification propre. Dans une polémique avec Ferdinand Lassalle, Hesse affirme que la Constitution n'est pas seulement une «feuille de papier»: elle n'est pas détachée de la réalité concrète, mais également n'est pas simplement conditionnée par elle. Face à la Constitution réelle, la Constitution juridique possède signification propre^{††††††††††}. La pensée constitutionnelle traditionnelle, selon Hesse, est marquée par l'isolément entre norme et réalité, entre «être» et «devoir être», en donnant relief dans l'une ou l'autre direction. Ainsi, on arrive à une norme dépourvue d'éléments de réalité ou à une réalité sans des éléments normatifs. Dans sa conception, la norme constitutionnelle n'a pas d'existence autonome face à la réalité. Son essence réside dans la validité et dans la prétention d'efficacité – la situation réglée prétend être concrétisée dans la réalité – ce qui ne peut pas être séparé des conditions historiques. C'est grâce à cette prétention d'efficacité que la Constitution va chercher ordonner et conformer la réalité. La constitution prend force normative au fur et à mesure qu'elle arrive à réaliser cette prétention d'efficacité^{*****}.

Avec la tendance, de plus en plus grande, à la «normativisation» de la Constitution, le rôle prépondérant qui était à la politique (et aux partis politiques) dans la Théorie de la Constitution a été pris, petit à petit, par les tribunaux

Norbert Wimmer, *Materiales Verfassungsverständnis cit.*, pages 73-75 et Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 7e. éd, São Paulo, Malheiros, 1998, pages 77-83 et 115-119.

***** Voir Pedro de Vega Garcia, “El Tránsito del Positivismo Jurídico al Positivismo Jurisprudencial en la Doctrina Constitucional” *cit.*, page 85 et Lenio Luiz Streck, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica cit.*, pages 31-35, 99-106, 127-128 et 156-162.

†††††††††† Konrad Hesse, *Die normative Kraft der Verfassung*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1959, pages 8-12 et 17-20. Voir également Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional cit.*, pages 160-162.

†††††††††† Konrad Hesse, *Die normative Kraft der Verfassung cit.*, pages 6-9.

constitutionnels et par la discussion sur le contrôle de constitutionnalité. L'incorporation, par la doctrine, de catégories comme «normes constitutionnelles programmatiques» et la valorisation des questions herméneutiques dans le champ constitutionnel ont fortifiés, encore plus, la «normativisation» de la Théorie de la Constitution.

La consolidation des tribunaux constitutionnels en Europe et la tendance croissante à la «normativisation» de la Constitution ont aussi facilité un «changement de paradigmes» dans la Théorie de la Constitution qui a commencé à mettre en relief beaucoup plus l'herméneutique constitutionnelle et le rôle des principes constitutionnels^{§§§§§§§§§§}. Toutes discussions sur l'interprétation et la concrétisation de la Constitution ont commencé à être, au même temps, des discussions sur le concept et la Théorie de la Constitution^{*****}.

En dénonçant l'insuffisance des méthodes herméneutiques classiques systématisées par Savigny pour l'interprétation constitutionnelle^{††††††††††}, la Théorie de la Constitution a commencé à proposer une méthode propre d'interprétation du texte constitutionnel, en soulignant largement les principes constitutionnels. Les grands débats se sont centrés dans la différenciation entre les principes et les règles dans la doctrine constitutionnelle contemporaine^{††††††††††}.

^{§§§§§§§§§§} Voir Eros Roberto Grau, *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, São Paulo, Malheiros, 2002, pages 120-121.

^{*****} Cf. Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Die Methoden der Verfassungsinterpretation - Bestandsaufnahme und Kritik" *cit.*, page 82. Voir également Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik" *cit.*, pages 195-197 et Norbert Wimmer, *Materiales Verfassungsverständnis* *cit.*, pages 2-6.

^{††††††††††} Voir Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* *cit.*, pages 21-24; Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Die Methoden der Verfassungsinterpretation - Bestandsaufnahme und Kritik" *cit.*, pages 56-61 et Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional* *cit.*, pages 398-426. Dans le sens contraire pour une critique de la nouvelle herméneutique constitutionnelle et de la insécurité gérée par la «renonce à la méthode juridique» ("Abdankung der juristischen Methode"), voir Ernst Forsthoff, "Die Umbildung des Verfassungsgesetzes" in Manfred Friedrich (org.), *Verfassung: Beiträge zur Verfassungstheorie*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1978, pages 118-126 et 138-150 et Ernst Forsthoff, "Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre" in Manfred Friedrich (org.), *Verfassung* *cit.*, pages 275-280 et 298-304. Pour la critique de visionnements de Forsthoff, voir Friedrich Müller, *Juristische Methodik*, 7e. éd, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, pages 81-85.

^{††††††††††} Voir Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, reimpression, Cambridge (Ms.)/London, Harvard University Press, 1999, pages 22-28 et 71-80; Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 2^e. éd, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994 pages 72 et 75-92; Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional* *cit.*, pages 243-254; Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, 4^e. éd, São Paulo,

de Constitution Dirigeante est la proposition de légitimation matérielle de la Constitution par les buts et tâches prévus dans le texte constitutionnel. En somme, selon Canotilho, le problème de la Constitution Dirigeante est un problème de légitimation^{§§§§§§§§§§§§§§§§}.

Muni de cette conception de Constitution, Canotilho va avoir comme soucis centraux de son travail la défense de la disponibilité de la Constitution par le législateur^{*****} et la question de la discrétionnairété législative^{††††††††††††††††}. En bref, il propose le débat sur l'éventuel «excès du pouvoir législatif» en vertu de la possibilité des buts constitutionnels être méprisés ou même remplacés^{††††††††††††††††}. Selon sa proposition, la concrétisation des «impositions constitutionnelles» (des normes constitutionnelles qui déterminent la réalisation de tâches et la persécution de buts) c'est fonction aussi de la législation que la direction politique. En outre, Canotilho cherchait établir un lien juridique pour les actes politiques dans la Constitution. La question des «impositions constitutionnelles» n'est pas une simple discussion sur l'opportunité de l'exécution des dispositifs constitutionnels, mais c'est un problème d'accomplissement de la Constitution^{§§§§§§§§§§§§§§§§}.

Par rapport à l'accomplissement du texte constitutionnel, l'un des problèmes de cette conception de Constitution est le fait que, craignant laisser la Constitution dans les mains du législateur, la Théorie de la Constitution Dirigeante finit par rendre la décision sur les questions constitutionnelles au Judiciaire. Comme les problèmes de la Constitution Dirigeante sont, en grande mesure, des

Direito: O Problema do Controle Jurídico do Poder, Coimbra, Livraria Almedina, 1990, pages 111-113, 138-140, 146-150 et 216-218 et Gilberto Bercovici, "A Problemática da Constituição Dirigente: Algumas Considerações sobre o Caso Brasileiro" *cit.*, pages 39-40.
^{§§§§§§§§§§§§§§§§} José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador cit.*, pages 19-24, 157-158 et 380.
^{*****} José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador cit.*, pages 62-64, 329-331 et 401-403.
^{††††††††††††††††} José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador cit.*, surtout les pages 216-241.
^{††††††††††††††††} Cf. José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador cit.*, pages 263-266.
^{§§§§§§§§§§§§§§§§} José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador cit.*, pages 177-182, 254-256, 293-297, 305-308 et 316-321. Dans le sens contraire, Gustavo Zagrebelsky affirme que la Constitution n'a plus de centralité, elle est ductile au moment où elle n'établit pas directement un projet déterminé mais des possibilités de concrétisation. À partir de la Constitution, les forces politiques rivalisent pour imprimer à l'État les diverses possibilités offertes par le texte constitutionnel, c'est-à-dire, le pluralisme constitutionnel gère un «compromis de possibilités». Voir Gustavo, Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil: Ley, Derechos, Justicia*, 3e. éd, Madrid, Trotta, 1999, pages 12-17.

de démocratiser l'Union Européenne dont la légitimité vient des États européens. L'Union ne devrait pas copier la structure des États, mais configurer une organisation propre. Les défenseurs d'une Constitution Européenne ne peuvent pas ignorer que le fondement et le contrôle du droit communautaire viennent des États

Tous ces dilemmes gèrent la perte de la signification de la Constitution pour le peuple et la Constitution n'est réelle que si elle a une signification pour les citoyens. Ainsi, il devient évidente la croissante inadéquation de la Théorie de la Constitution, qui a besoin d'ouvrir le dialogue avec les autres sciences sociales et politiques.

La pensée constitutionnelle doit être réorientée pour la réflexion sur des contenus politiques. Peut-être on devait reprendre la proposition de Loewenstein qui comprenait la Théorie de la Constitution comme une explication réaliste du rôle que la Constitution joue dans la dynamique politique. Enfin, le Droit Constitutionnel est droit politique. L'activité juridique est, selon Friedrich Müller, une activité politique guidée par des normes juridiques ("*Rechtshandeln ist rechtsnormorientiertes politisches Handeln*") : le droit est une

Voir, parmi d'autres, Maurizio Fioravanti, "Costituzione e Politica: Bilancio di Fine Secolo" *cit.*, pages 884-888 et Dieter Grimm, "Braucht Europa eine Verfassung?" in *Die Verfassung und die Politik: Einsprüche in Störfällen*, München, C.H.Beck, 2001, pages 229-232 et 250-254. Dans un sens contraire, au-delà de proposer la «européennesation» ("*Europäisierung*") des théories constitutionnelles, avec la réduction des Constitutions nationales à de simples «Constitutions partielles» ("*Teilverfassungen*"), des défenseurs de la Constitution Européenne, comme Häberle, proposent la révision des concepts de la Théorie de l'État, sans importance centrale dans l'analyse de la Constitution Européenne par le fait de l'Union Européenne, selon lui, ne pas avoir son origine dans les États nationaux européens. Cf. Peter Häberle, *Europäische Verfassungslehre*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2001/2002, pages 30-38 et 220-231.

Voir Karl Loewenstein, "Reflections on the Value of Constitutions in Our Revolutionary Age" *cit.*, pages 220-224 et Karl Loewenstein, *Verfassungslehre cit.*, pages 162-166. C'est ce que Konrad Hesse appelle "volonté de la Constitution" ("*Wille zur Verfassung*"). Voir Konrad Hesse, *Die normative Kraft der Verfassung cit.*, pages 11-16. Mark Tushnet par exemple propose l'existence de la contraposition entre un "*populist constitutional law*" du peuple et un "*elitist constitutional law*", des juges et avocats. Cette dichotomie est présente dans toute l'oeuvre de Mark Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999.

Konrad Hesse, *Die normative Kraft der Verfassung cit.*, pages 17-20; Rogério Guilherme Ehrhardt Soares, *Direito Público e Sociedade Técnica cit.*, pages 9-13, 17, 30-34 et 184-187 et Maurizio Fioravanti, *Stato e Costituzione cit.*, pages 145-146.

Karl Loewenstein, *Verfassungslehre cit.*, pages 417-418.

Friedrich Müller, *Juristische Methodik cit.*, page 35.

constitutionnaliste portugais. On diverge, cependant, de la vision de Canotilho quand il dit que la crise de la Théorie de la Constitution est le fruit de la crise de l'État souverain^{*****}. Au contraire, on pense que la crise de la Théorie de la Constitution ne sera surmontée qu'avec son effective «politisation» et le retour à la Théorie de l'État.

On comprend que, pour surmonter la crise de la Théorie de la Constitution, il faut une Théorie de l'État renouvelé, capable de comprendre les rapports entre la politique, la démocratie, la souveraineté, la Constitution et l'État. Ce renouvellement de la Théorie de l'État peut être comparé au retour de l'intérêt sur l'État dans les sciences sociales, dont la réorientation théorique est encore en train de se développer^{*****}.

En reprenant l'État comme sujet, les nouvelles études des sciences sociales cherchent comprendre le rôle central de l'État dans leurs explications sur politique et les changements sociaux, en respectant l'historicité inhérente aux structures socio-politiques et en cherchant comprendre les implications du niveau national de développement dans un contexte mondial en changement. On ne cherche pas une «Grande Théorie», une Théorie Générale de l'État, mais si de comprendre l'histoire, les régularités et (de)continuités structurales des États modernes^{*****}. C'est-à-dire, la Théorie Générale de l'État classique, «encyclopédique» est complètement surmontée. Ce que l'on propose est la Théorie de l'État comme science de la réalité préoccupée avec l'État concret et

***** José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição cit.*, pages 1200-1203. Même si l'on considère la «globalisation», le rôle de l'État continue fondamental. Le discours contre l'État, fruit de ce que l'on appelle «Consensus de Washington» est purement idéologique et il rend plus obscure que claire la réflexion. La survivance de l'État dépend, comme l'a bien affirmée Peter Evans, non seulement de la logique économique néolibérale de la «globalisation» mais également de ce que le peuple pense sur l'État. Voir Peter Evans, «The Eclipse of the State? Reflections on Stateness in an Era of Globalization», *World Politics*, vol. 50, n° 1, Octobre 1997, pages 65-78 et 87.

***** Theda Skocpol, «Bringing the State Back In: Strategies of Analysis in Current Research» in Peter B. Evans; Dietrich Rueschemeyer & Theda Skocpol (orgs.), *Bringing the State Back In*, réimpression, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pages 3-8. Les études actuelles s'adressent surtout à la question de l'autonomie de l'État, en outre, au fait de son action ne pas refléter purement les demandes et intérêts de groupes, classes ou de la société et à la capacité de l'État implanter ses politiques. Cf. *op. cit.*, pages 9-20. Dans le sens contraire, Marramao comprend être nécessaire que la politique se débarrasse des «contraintes» et «amarres» de la forme étatique une fois qu'il considère «*dottrina dello Stato come <<triste scienza>>*». Cf. Giacomo Marramao, *Dopo il Leviatano: Individuo e Comunità*, Torino, Bollati Boringhieri, 2000, pages 23-36.

***** Theda Skocpol, «Bringing the State Back In: Strategies of Analysis in Current Research» *cit.*, page 28.

Comprendre la Constitution comme non seulement normative mais également politique. Comprendre les rapports politiques et sociaux présents dans les structures constitutionnelles. Percevoir que la Constitution appartient, aussi, à la réalité historique-sociale. Rendre clairs les noyaux qui existent entre État, Constitution et politique, en comprenant le Droit Constitutionnel comme Droit Politique. Tout cela est tâche de la Théorie de l'État ici proposée. À partir de la superposition de la Théorie de la Constitution que l'on a aujourd'hui, par une Théorie de l'État renouvelée, selon l'expression de Hermann Heller, on pourra comprendre avec justesse la Constitution comme «une forme ouverte par laquelle passe la vie»^{*}.

REFERENCES

- "A Teoria da Constituição e as Insinuações do Hegelianismo Democrático" in J. A. Pinto Ribeiro (coord.), *O Homem e o Tempo - Liber Amicorum para Miguel Baptista Pereira*, Porto, Fundação Engenheiro António de Almeida, 1999
- "Da Constituição Dirigente ao Direito Comunitário Dirigente" in Paulo Borba Casella (coord.), *Mercosul: Integração Regional e Globalização*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000
- "O Direito Constitucional na Encruzilhada do Milénio: De uma Disciplina Dirigente a uma Disciplina Dirigida" in VVAA, *Constitución y Constitucionalismo Hoy: Cincuentenario del Derecho Constitucional Comparado de Manuel García-Pelayo*, Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 2000
- "Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo", *Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* n° 15, São Paulo, RT, avril/juin 1996
- Boaventura de Sousa Santos, "O Estado e a Sociedade na Semiperiferia do Sistema Mundial: O Caso Português" in *O Estado e a Sociedade em Portugal (1974-1988)*, Porto, Edições Afrontamento, 1992

réduite à une forme transitoire de l'État, celui-ci pérenne. Voir Peter Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2^e ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1998, page 620-621 et José Joaquim Gomes Canotilho, "A Teoria da Constituição e as Insinuações do Hegelianismo Democrático" *cit.*, pages 415-418. Voir dans le même sens José Joaquim Gomes Canotilho, "O Estado Adjetivado e a Teoria da Constituição" *cit.*.

^{*} Hermann Heller, *Staatslehre cit.*, page 282. Dans l'original: "Die Staatsverfassung ist (...) eine offene Gestalt, durch die das Leben hindurch geht".

Carl J. Friedrich, "The Political Theory of the New Democratic Constitutions" in Arnold J. Zurcher (org.), *Constitutions and Constitutional Trends since World War II* cit.

Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 8e. éd, Berlin, Duncker & Humblot, 1993

Cristina Queiroz, *Os Actos Políticos no Estado de Direito: O Problema do Controle Jurídico do Poder*, Coimbra, Livraria Almedina, 1990

David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford/New York, Oxford University Press, 1999

Dieter Grimm, "Braucht Europa eine Verfassung?" in *Die Verfassung und die Politik: Einsprüche in Störfällen*, München, C.H.Beck, 2001

Dieter Grimm, "Die Gegenwartsprobleme der Verfassungspolitik und der Beitrag der Politikwissenschaft" in *Die Zukunft der Verfassung*, 2^e ed., Frankfurt-am-Main, Suhrkamp, 1994

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, "Desafios Institucionais Brasileiros" in Ives Gandra Martins (coord.), *Desafios do Século XXI*, São Paulo, Pioneira, 1997

Dominique Rousseau, "Une Réssurrection: La Notion de Constitution", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Étranger*, 1990 - n° 1, Paris, LGDJ, janvier/février 1990

Eduardo García de Enterría, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, 3e. éd, Madrid, Civitas, 1994

Eloy Garcia, *El Estado Constitucional ante su "Momento Maquiavélico"*, Madrid, Civitas, 2000

Ernst Forsthoff, "Die Umbildung des Verfassungsgesetzes" in Manfred Friedrich (org.), *Verfassung: Beiträge zur Verfassungstheorie*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1978

Ernst Forsthoff, "Zur heutigen Situation einer Verfassungslehre" in Manfred Friedrich (org.), *Verfassung* cit.

Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Die Methoden der Verfassungsinterpretation - Bestandsaufnahme und Kritik" cit.,

Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung" in *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, 2e ed., Frankfurt-am-Main, Suhrkamp, 1991

Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik" in *Staat, Verfassung, Demokratie* cit.

Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik" cit

Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Der Begriff des Politischen als Schlüssel zum staatsrechtlichen Werk Carl Schmitts" in *Recht, Staat, Freiheit - Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991

- Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, 4.ª éd, São Paulo, Malheiros, 1998
- Eros Roberto Grau, *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, São Paulo, Malheiros, 2002
- Fábio Konder Comparato, «Réquiem para uma Constituição», *Revista Trimestral de Direito Público* número 20, São Paulo, Malheiros, 1997
- Ferdinand Lasalle, "Über Verfassungswesen" in *Gesamtwerte: Politische Reden und Schriften*, Leipzig, Verlag von Karl Fr. Pfau., 1907, vol. 1
- Friedrich Müller, *Juristische Methodik*, 7e. éd, Berlin, Duncker & Humblot, 1997
- Friedrich Müller, *Wer ist das Volk? Die Grundfrage der Demokratie: Elemente einer Verfassungstheorie VI*, Berlin, Duncker & Humblot, 1997
- Gerhard Leibholz, "Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit" in *Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert*, 3e. éd, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1966
- Giacomo Marramao, *Dopo il Leviatano: Individuo e Comunità*, Torino, Bollati Boringhieri, 2000
- Gilberto Bercovici, "A Problemática da Constituição Dirigente: Algumas Considerações sobre o Caso Brasileiro", *Revista de Informação Legislativa* nº 142, Brasília, Senado Federal, abril/juin 1999
- Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil: Ley, Derechos, Justicia*, 3e. éd, Madrid, Trotta, 1999
- Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, reimpr., Wien, Verlag des Österreichischen Staatsdruckerei, 1993
- Hans Kelsen, *Sozialismus und Staat: Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus*, 3e. éd, Wien, Verlag von Wiener Volksbuchhandlung, 1965
- Hans Peter Schneider, "La Constitución – Función y Estructura" in *Democracia y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991
- Hermann Heller, "Die Krisis der Staatslehre" in *Gesammelte Schriften*, 2.ª éd, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1992, vol. 2
- Humberto Bergmann Ávila, "A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade", *Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* nº 1, Porto Alegre, Síntese, 1999
- in Manfred Friedrich (org.), *Verfassung: Beiträge zur Verfassungstheorie*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1978
- Ingeborg Maus, "Judiciário como Superego da Sociedade: O Papel da Atividade Jurisprudencial na 'Sociedade Órfã'", *Novos Estudos* nº 58, São Paulo, CEBRAP, novembre 2000
- José Eduardo Faria, *O Direito na Economia Globalizada*, São Paulo, Malheiros, 1999
- José Joaquim Gomes Canotilho, "A Teoria da Constituição e as Insinuações do Hegelianismo Democrático" *cit.*

José Joaquim Gomes Canotilho, “O Direito Constitucional na Encruzilhada do Milénio: De uma Disciplina Dirigente a uma Disciplina Dirigida” *cit.*

José Joaquim Gomes Canotilho, “O Estado Adjetivado e a Teoria da Constituição”, *Interesse Público* n° 17, Porto Alegre, Notadez, janvier/février 2003

José Joaquim Gomes Canotilho, “Prefácio” *cit.*

José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, 2^o. édition, Coimbra, Coimbra Édit., 2001

José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Livraria Almedina, 1998

Karl Leowenstein, “Reflections on the Value of Constitutions in Our Revolutionary Age” in Arnold J. Zurcher (org.), *Constitutions and Constitutional Trends since World War II*, 2e. éd, New York, New York University Press, 1955

Karl Leowenstein, *Verfassungslehre*, 4e. éd, Tübingen, J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), 2000

Konrad Hesse, *Die normative Kraft der Verfassung*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1959

Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20e. éd, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 1999

Lenio Luiz Streck, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002

Louis Fisher, *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process*, Princeton, Princeton University Press, 1988

Luís Roberto Barroso, “Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)”, *Revista Trimestral de Direito Público* n° 29, São Paulo, Malheiros, 2000

Manfred Friedrich, "Der Methoden- und Richtungsstreit: Zur Grundlegendiskussion der Weimarer Staatsrechtslehre", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 102, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1977

Manfred Friedrich, "Rudolf Smend, 1882-1975", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 112, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1987

Manfred Friedrich, "Rudolf Smend, 1882-1975", *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 112, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1987

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Constituição e Governabilidade: Ensaio sobre a (In)governabilidade Brasileira*, São Paulo, Saraiva, 1995

Manuel Garcia-Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, 8^o. ed, Madrid, Alianza Editorial, 1993

Marcelo Neves, *A Constitucionalização Simbólica*, São Paulo, Édit. Acadêmica, 1994

Marcelo Neves, *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien*, Berlin, Duncker & Humblot, 1992

- Mark Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999
- Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, "Justiça Constitucional e Democracia: Perspectivas para o Papel do Poder Judiciário", *Revista da Procuradoria-Geral da República* n° 8, São Paulo, RT, janvier/juin 1996
- Maurizio Fioravanti, "Costituzione e Politica: Bilancio di Fine Secolo" *cit.*, Maurizio Fioravanti, *Stato e Costituzione: Materiali per una Storia delle Dottrine Costituzionali*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1993
- Michael Stolleis, "Verfassungsideale der Bürgerlichen Revolution" in *Konstitution und Intervention: Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2001
- Norbert Wimmer, *Materialien Verfassungsverständnis: Ein Beitrag zur Theorie der Verfassungsinterpretation*, Wien/New York, Springer-Verlag, 1971
- Olivier Beaud, "Carl Schmitt ou le Juriste Engagé" in Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, Paris Puf, 1993,
- Olivier Beaud, *La Puissance de l'État*, Paris, Puf, 1994
- Pablo Lucas Verdú, "El Derecho Constitucional como Derecho Administrativo (La "Ideología Constitucional" del Professor García de Enterría)", *Revista de Derecho Político* n° 13, Madrid, UNED, mars 1982
- Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 7e. éd, São Paulo, Malheiros, 1998
- Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 7e. éd, São Paulo, Malheiros, 1998
- Paulo Bonavides, *Do País Constitucional ao País Neocolonial: A Derrubada da Constituição e a Recolonização pelo Golpe de Estado Institucional*, São Paulo, Malheiros, 1999
- Pedro de Vega Garcia, "El Tránsito del Positivismo Jurídico al Positivismo Jurisprudencial en la Doctrina Constitucional", *Teoría y Realidad Constitucional* n° 1, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia/Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, janvier/juin de 1998
- Pedro de Vega Garcia, "Mondializzazione e Diritto Costituzionale: La Crisi del Principio Democratico nel Costituzionalismo Attuale", *Diritto Pubblico*, 2001 – n° 3, Padova, CEDAM, 2001
- Peter Badura, "Staat, Recht und Verfassung in der Integrationslehre. Zum Tode von Rudolf Smend (15. Januar 1882 - 5. Juli 1975)", *Der Staat*, vol. 16, Berlin, Duncker & Humblot, 1977
- Peter C. Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism*, Durham/London, Duke University Press, 1997
- Peter Evans, "The Eclipse of the State? Reflections on Stateness in an Era of Globalization", *World Politics*, vol. 50, n° 1, Octobre 1997

Peter Häberle, *Europäische Verfassungslehre*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2001/2002

Peter Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2^e ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1998

Peter Lerche, *Übermass und Verfassungsrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Erforderlichkeit*, 2^e éd, Goldbach, Keip Verlag, 1999

Pietro Costa, *Lo Stato Immaginario: Metafore e Paradigmi nella Cultura Giuridica Italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986

Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 2^e éd, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1994

Rogério Guilherme Ehrhardt Soares, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra, Atlântida Editorial, 1969

Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, reimpression, Cambridge (Ms.)/London, Harvard University Press, 1999

Rudolf Smend, "Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsform" in *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 3e. éd, Berlin, Duncker & Humblot, 1994

Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht in Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze cit.*,

Sebastião Botto de Barros Tojal, *Teoria Geral do Estado: Elementos de uma Nova Ciência Social*, Rio de Janeiro, Forense, 1997

Theda Skocpol, "Bringing the State Back In: Strategies of Analysis in Current Research" in Peter B. Evans; Dietrich Rueschemeyer & Theda Skocpol (orgs.), *Bringing the State Back In*, reimpression, Cambridge, Cambridge University Press, 1999

Ulrich Scheuner, "Staatszielbestimmungen" in *Staatstheorie und Staatsrecht : Gesammelte Schriften*, Berlin, Duncker & Humblot, 1978

Walter Pauly, *Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus : Ein Beitrag zu Entwicklung und Gestalt der Wissenschaft vom öffentlichen Recht im 19. Jahrhundert*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1993