

Maurizio Fioravanti

Les doctrines de la constitution au sens matériel

Souvent, l'idée même de constitution au sens matériel est associée à la tentative de trouver une dimension de normativité profonde, qui précède celle offerte par les normes étatiques formellement en vigueur. Pour cette raison, les doctrines de la constitution au sens matériel sont normalement conçues comme l'antithèse des conceptions positivistes du droit et, en général, de toutes ces doctrines qui tendent à réduire le droit, avec sa force coercitive, aux lois de l'État. En réalité, les choses sont un peu plus complexes. Essayons de les examiner plus en détail.

Partons d'une définition bien connue d'une constitution, formulée à la fin de l'époque dominée par le positivisme juridique. C'est celle que propose Georg Jellinek dans son ouvrage principal, *Allgemeine Staatslehre*, publié précisément au début du XXe siècle, en 1900 :

La constitution de l'État comprend les principes juridiques qui désignent les organes suprêmes de l'État et établissent les lignes directrices de sa propre création, de ses relations réciproques, de son domaine d'action et, également, de la position fondamentale de l'individu vis-à-vis du pouvoir de l'État.

Ici, le positivisme dominant semble avoir atteint un point ultime, absolument central, au point d'exclure l'idée même de constitution au sens matériel : la constitution existe simplement parce qu'il existe un État dont elle régule les organes, les relations réciproques et, par conséquent, la forme de gouvernement, la manière dont ils exercent leurs activités et, enfin, les limites imposées à ces activités, à partir desquelles s'obtient l'espace de liberté dans lequel s'affirment les droits des individus. C'est donc la constitution qui doit présupposer l'État, et non l'inverse. En face de l'État, il ne peut y avoir de constitution, ni formelle ni matérielle.

Tout semble clair, mais ce n'est pas le cas. Dans la mesure même où l'État est le *prius*, il devient décisif d'affronter d'une manière déterminée le problème de ses origines. Si à l'origine de l'État on trouvait la simple volonté politique, un pouvoir constituant, un contrat entre individus qui pourrait être plus ou moins facilement résilié, c'est tout le système du *Rechtsstaat* qui serait compromis, car cela dévoilerait qu'il a été construit sur des bases fragiles, totalement instables. Plus précisément, les droits des individus seraient sérieusement compromis. Si le fondement de ces derniers se trouve dans l'auto-limitation de l'État souverain, selon le schéma bien connu du *Selbstverpflichtung* de Jellinek, et si un tel acte est une pure expression de la volonté, comment ne pas penser que, par la suite, ladite volonté puisse également être librement révoqué ? Mais dans ce cas, sur quoi reposent finalement les droits des individus ? Peut-on vraiment conclure, à l'ère libérale, que les droits ne sont rien d'autre que *Reflexrechte*, c'est-à-dire le simple résultat d'un acte expressif de la volonté et de la souveraineté de l'État ?

La réponse à cette question ne peut être que négative. Afin que le positivisme juridique appliqué aux sciences de l'État puisse se montrer à la hauteur des circonstances, pour répondre aux questions d'autorité et de stabilité mais aussi, parallèlement, à l'exigence de reconnaissance des droits des individus - toutes des questions typiques de l'ère libérale -, il a dû construire une image de la souveraineté de l'État à caractère non volontariste, capable de jouer une fonction substantiellement rassurante. Il fallait donc penser à une souveraineté historiquement déterminée, expression d'un *ordre juridique* objectif, sur lequel reposaient, avec cette souveraineté, les droits de l'individu. C'est donc le même positivisme juridique de nature étatiste, précisément au point culminant de sa parabole, qui a eu besoin d'un fondement historiciste et, de même, de la présomption d'un ordre juridique dans une certaine mesure plus large et, même, supérieur à l'ordre déterminé par les lois de l'État. En d'autres termes, le second, c'est-à-dire l'ordre donné par les lois formellement en vigueur, était valable et était une expression de la souveraineté dans la mesure où il reflétait le premier, c'est-à-dire l'ordre donné par le droit positif historiquement fondé.

Il est d'ailleurs significatif que Jellinek lui-même, précisément dans les années où il rédigeait son *Allgemeine Staatslehre*, ait accordé une grande attention à l'histoire et en particulier aux événements concernant l'État moderne. À ce stade, Jellinek opte de manière décisive pour les versions de l'État moderne qui mettent en valeur sa structure dualiste permanente et, par conséquent, la présence d'un aspect, à côté de celui de la souveraineté, qui contient une tradition de pouvoir limité, avec une racine concrète dans le monde de libertés et de privilèges médiévaux. Il y a une composante spécifiquement germanique, liée au modèle historique allemand des relations entre princes et domaines et, donc, à une vision bipolaire de l'État moderne. Mais il y a plus. Il y a aussi la conviction que les droits individuels modernes ont été proclamés de manière étonnante par la Révolution française en 1789, mais qu'en réalité ils ont leur fondement le plus solide et le plus véritable dans les *Bill of Rights* anglais et américain, et, plus en arrière, dans les pactes médiévaux et la *Magna Charta* elle-même. En ce sens, le modèle choisi par Jellinek n'est certes plus exclusivement « germanique », car il est lié au moins aux expériences de la *common law* anglo-américaines. Tel est le modèle du *Rechtsstaat*, ou de la *Rule of law*, qui se présente comme un modèle « juridique », dans lequel les libertés sont solidement ancrées dans l'histoire, et sont garanties avec la même fermeté par l'État, par rapport au modèle inverse du droit naturel révolutionnaire, qui est au contraire intégralement « politique », puisqu'il proclame solennellement les droits des individus, mais finit par les laisser, in fine, à la discrétion du législateur et des majorités politiques.

Il n'est donc pas étonnant que Vittorio Emanuele Orlando, en présentant justement l'œuvre de Jellinek au lecteur italien, ne manque pas de faire allusion à son adhésion juvénile à l'École historique de Savigny. Orlando ne pense pas de manière générique au poids de l'histoire, ni au rôle de la science juridique, qui est de toute façon un aspect essentiel du retour à Savigny, mais à la perspective - évidemment encore ouverte en 1949, année où écrit Orlando - d'une véritable doctrine de l'État et de la constitution, celle qu'on avait tenté d'édifier, et qui peut encore être remaniée et perfectionnée, à partir des bases qu'avait posées

Savigny lui-même. Certes, Orlando pensait aux fameux premiers paragraphes du premier volume du *System des heutigen römischen Rechts* de Savigny, que les juristes italiens avaient connu en partie grâce à la traduction faite par Vittorio Scialoja en 1886. Il faut revenir sur ces paragraphes pour comprendre à quel point le positivisme juridique a eu besoin de concevoir l'existence nécessaire d'un ordre juridique dans un sens objectif. Comme nous le verrons bientôt, c'est précisément dans ces pages que se trouve la racine originelle de la doctrine de la constitution au sens matériel.

En ce sens, il y a un passage d'une extraordinaire pertinence qui mérite d'être transcrit littéralement : « *Vor allem die Einzelnen nicht als solche, und nach ihrer Kopfzahl, sondern nur in ihrer verfassungsmässigen Gliederung den Staat ausmachen.* » Ainsi, s'il existe un État et une autorité capables d'émaner un droit positif contraignant, c'est parce qu'il s'est produit dans l'histoire quelque chose de plus qu'un simple agrégat d'individus unis par des liens contractuels plus ou moins contraignants. Ce *quid pluris* a une consistance matérielle. Selon les mots de Savigny, il est donné par « l'articulation conforme à la constitution » qui unit et lie les individus bien plus que n'importe quel contrat. En d'autres termes, un groupe d'individus ne peut se donner un État que s'il est déjà un *peuple*, c'est-à-dire s'il est déjà, en lui-même, ordonné. Et la mesure de l'ordre est la *constitution au sens matériel*. Cette dernière n'a donc aucune fonction polémique. Au contraire, elle sert à fonder l'autorité de l'État et de son droit, et en même temps à fixer une limite. C'est pourquoi, pour Savigny, le droit positif peut même trouver son expression maximale dans la loi de l'État, mais seulement si elle se fonde sur la conscience du fait qu'elle doit refléter cet ordre objectif donné dans l'expérience, et qui est déjà présent dans la constitution comprise dans un sens matériel. Et d'autre part, c'est précisément cet ordre qui donne à la loi en tant qu'expression de cet ordre sa force souveraine. Une loi de l'État solidement fondée sur les principes de cette constitution est forte et a de l'autorité. Au contraire, une loi différente de ces principes est née déjà morte et elle est de toute façon vouée à être inefficace.

Aussi, aux origines du positivisme juridique, des réactions contre les philosophies individualistes et contractuelles, et à la base du droit étatique positif lui-même, on trouve un ordre juridique objectif, historiquement fondé, qui se présente comme une "constitution". Cet ordre présente les caractéristiques d'organicité et de stabilité. Il est « juridique » en ce sens, et s'oppose au « politique » de la Révolution, en lui-même inorganique et variable. Nul doute que cette conception de Savigny deviendra, à l'ère de l'État de droit libéral, l'horizon de la science juridique européenne jusqu'aux grandes transformations du XXe siècle. En fait, le positivisme juridique appliqué aux sciences de l'État ne sortira de cet horizon que dans des cas extrêmes, pour devenir une simple exaltation de la force du droit de l'État. Le plus souvent - et ce fut aussi le cas de Jellinek et d'Orlando à la fin du XIXe siècle, comme nous l'avons vu précédemment - le positivisme perdurera dans le sillage de Savigny, préservant l'idée d'un ordre objectif, dont les juristes eux-mêmes étaient tuteurs et interprètes. On peut même affirmer que l'État de droit libéral ne sera fort qu'aussi longtemps que son fondement sera conçu en termes d'une réalité ordonnée en soi, d'une constitution au sens matériel,

capable d'exprimer le principe de souveraineté et, en même temps, d'en déterminer les limites et, par conséquent, l'espace de liberté pour l'exercice des droits.

Cette construction, dominante dans la science juridique du XIXe siècle, a commencé à montrer des signes d'effondrement dès les premières décennies du XXe siècle. La "constitution" de Savigny, entendue comme le droit positif d'une communauté historiquement fondée, deviendra de plus en plus improbable face aux changements imposants qui s'opéreront en Europe entre le XIXe et le XXe siècle. Les témoignages de cette transformation constitutionnelle sont multiples. L'un des plus lucides, l'un des mieux armés pour la scruter en profondeur, est sans doute celui de Hans Kelsen, notamment avec sa plus grande œuvre de sa jeunesse, le *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, de 1911. Dans cet ouvrage, la critique de la doctrine juridique traditionnelle est même impitoyable. On lui reproche surtout d'avoir voulu voir à la base de l'État, toujours et nécessairement, un ordre objectif substantiel, un "peuple" avec sa "constitution". De cette manière, nous avons fini par cacher ce qui, en revanche, était déjà tout à fait évident au début du XXe siècle : que cet ordre ne préexiste pas, que dans ce même espace nous trouvons plutôt la *société*, avec ses conflits et ses contradictions. Dans ce même espace, des individus, des partis, des associations, des groupes ayant des intérêts spécifiques agissent, poursuivant leurs propres objectifs mais recherchant aussi un compromis, un point d'équilibre. Pour Kelsen, l'État n'est rien d'autre que l'expression de cet état d'équilibre, par ailleurs en mouvement continu. Il ne s'agit plus d'une "personne", ni d'un *prius*, comme c'était le cas pour Jellinek et pour la doctrine traditionnelle, mais du résultat d'un processus constitutif d'un ordre par la logique du compromis.

D'où la nécessité d'une forte centralité du Parlement, car seule une représentation politique structurée sur des bases rigoureusement proportionnelles et fortement légitimée et reconnue par les acteurs sociaux et politiques permet de construire un édifice politique cohérent. Kelsen ne croit plus que cet édifice puisse simplement se soutenir en étant une personnification du "peuple" ou de la "nation". Sa solidité ne dépend plus d'aucune "constitution" au sens substantiel ou matériel. Au contraire, il faut une constitution au sens formel et explicite, à laquelle confier le délicat travail de détermination des règles fondamentales, qui sont en outre celles considérées comme nécessaires à l'exécution du compromis. Dans une constitution de ce type est placé l'espoir de reconstruire un ordre que l'on ne peut plus continuer à tenir pour acquis à travers l'image traditionnelle de l'État comme "personne" qui, désormais, n'est qu'un objectif à atteindre.

Malgré cela, l'idée dont nous sommes partis, un ordre de droit substantiel et objectif – le droit positif de Savigny en somme – ne disparaîtra pas d'un coup. Sa signification va cependant changer tout au long du XXème siècle. Partant d'un sens de signe constructif, tendant à reconnaître un fondement profond et rassurant du droit de l'Etat, nous passerons à un sens polémique. Le droit au sens objectif sera le point de départ pour s'opposer à la loi de l'État, et notamment à sa manifestation parlementaire. Ainsi, il ne s'agira plus de loi fondée sur le droit, comme c'était le cas pour Savigny et pour la majeure partie du positivisme du

XIXe siècle, mais bien de *droit contre la loi*: dans une certaine mesure, le droit dans ce qu'il a de plus profond et enraciné - qu'il soit protégé de manière classique par la science juridique, ou exprimé par la jurisprudence, ou de toute autre manière - contre une loi de l'État que de ce point de vue certains ont commencé à considérer comme un reflet faible et fragmenté du droit lui-même, souvent justement à cause de l'intervention du Parlement, excessivement accablé par le poids dominant des intérêts des factions.

En ce sens, le parcours de Carl Schmitt est exemplaire, à partir de son œuvre de jeunesse de 1912, dédiée à *Gesetz und Urteil*. Schmitt y pose un problème capital. Dans le nouveau contexte social et politique qui se forme au début du XXe siècle, la conformité à la loi n'épuise plus le problème de la justice de la décision que le juge doit assumer avec sa sentence. Schmitt ne pense pas au "droit libre", à la *Freirechtsbewegung*, dans la perspective d'une plus grande pesée des intérêts effectifs en jeu par le juge lui-même, comme s'il s'agissait d'opposer une sorte d'efficacité sociologiquement prédominante au formalisme du droit. Le problème est un autre : celui de la capacité de la loi, de plus en plus tirillée à l'intérieur par le conflit entre intérêts partisans, à produire des décisions précises, calculables et fiables. La valeur à préserver est donc celle du *Rechtsbestimmtheit*, la détermination juridique. Selon Schmitt, pour protéger et appliquer cette valeur, le juge peut même se prononcer *contra legem*, c'est-à-dire contre la loi qui est manifestement déraisonnable, qui menace les intérêts d'un ordre juridique protégé par la praxis, par la jurisprudence elle-même et même par la science juridique. En fait, selon Schmitt, dans ce cas, le juge ne décide pas selon son interprétation "libre", mais en pensant à la manière dont un autre juge aurait décidé, et "un autre juge désigne le type empirique du juriste moderne et instruit". Ainsi, face aux contradictions et aux incohérences de la loi, le juge n'est pas seul. Le juge peut et doit adhérer à la tradition intellectuelle des juristes, dont la jurisprudence elle-même fait partie. Le juge ne se proclame ainsi plus "libre", mais réaffirme, au contraire, son rôle d'instrument strict d'application du droit, qu'il doit lui-même préserver, à terme, même face à la loi dans son sens formel.

Comme on peut le constater, les thèmes qui traversent ces pages sont encore, au sens large, ceux traités par Savigny : la primauté du droit positif au sens objectif sur le droit simplement établi par le législateur, la grande valeur attribuée à la praxis scientifiquement ordonnée et déterminé. Mais il y a une nouveauté incontestable. La primauté du droit positif sur la loi décidée par le législateur peut prendre un sens résolument polémique, qui se traduit pour l'instant par une simple décision *contra legem* du juge, mais qui n'exclut pas des développements ultérieurs sur cette base dans une direction encore plus radicalement anti-législative. Ainsi, une dizaine d'années après les écrits de 1912, Schmitt parvient à une conclusion plus complexe, sur le plan proprement constitutionnel. En effet, dans ses travaux sur la dictature, à partir de 1921, il s'attache résolument à situer le problème de la "réalisation du droit" dans une situation où la loi ne garantit plus la stabilité, la certitude ou la détermination. Ce qui était auparavant un problème de rapport entre les sources, entre le droit du législateur et le droit de la jurisprudence, prend désormais un sens beaucoup plus large,

d'ordre constitutionnel. Il y a maintenant un "droit" qui contient un certain ordre au sens objectif, il y a donc une "constitution" au sens matériel, mais il y a aussi une constitution en vigueur au sens formel, qui permet au législateur d'approuver des normes qui ne garantissent plus aucun ordre ni certitude. Dans cette situation, la nécessité d'une dictature de commission s'impose, dans le but d'exécuter le "droit", même à travers la suspension de la constitution formellement en vigueur. La dictature peut s'achever avec le rétablissement de la constitution en vigueur - précisément comme une dictature de commission - mais rien ne peut l'empêcher d'évoluer dans un sens souverain, en créant une nouvelle constitution, étant donné le manque manifeste de capacité de la constitution existante pour contenir et exprimer ce "droit" dont la réalisation reste l'exigence première.

Il n'est pas important à ce stade de mesurer les conséquences opérationnelles d'une telle doctrine. Par ailleurs, il est de notoriété publique combien cette approche a contribué à délégitimer la Constitution de Weimar, présentée dans cette perspective comme une constitution "faible", incapable de garantir la stabilité, d'exprimer un principe ferme d'unité politique. Ce qu'il faut souligner, c'est l'émergence, au XXe siècle, d'un sens de la constitution au sens matériel comme "vraie" constitution, capable de garantir le "droit", par opposition à la constitution au sens formel, souvent en proie - comme dans le cas de Weimar - de la prédominance destructrice des partis et des intérêts de factions, qui a donc à juste titre cessé d'être une "constitution", une norme fondamentale partagée.

Il semble ainsi que le XXe siècle ait dispersé, et presque déchiré, l'héritage de la constitution au sens matériel du XIXe siècle. Ce qui, dans le modèle précédent, inauguré par Savigny, était le lieu où vivait concrètement le droit positif de la communauté, prédisposé, par le travail fondamental de médiation de la science juridique, à devenir la partie la plus solide de la législation étatique, était soit nié, comme dans le cas de Kelsen, ou réutilisé dans un sens polémique, comme dans le cas de Schmitt. Pour le premier, en effet, il n'y avait pas de "communauté", pas de "peuple", doté au sens matériel de sa "constitution", et la seule constitution possible était donc celle que les acteurs sociaux et politiques étaient capables de créer par le biais du compromis et de la médiation parlementaire. Pour le second, au contraire, non seulement la constitution au sens matériel existait, mais elle pouvait aussi être considérée - au moins dans certaines circonstances historiques, comme celle de l'Allemagne au début du XXe siècle - comme la "véritable" constitution, qu'il fallait imposer même par l'instrument de la dictature, suite à la dégénération de la constitution formelle à cause de la domination de la dynamique destructrice des intérêts partisans. La doctrine constitutionnelle était ainsi enfermée dans un domaine très limité. Soit on optait pour la constitution parlementaire de Kelsen, renonçant ainsi à la dimension même du "fondement", sauf au sens des règles de procédure établies pour déterminer une composition pacifique des intérêts en jeu ; ou bien on optait pour la "constitution" au sens substantiel de Schmitt, mais de cette manière la recherche même du "fondement" risquait à tout moment d'être utilisée contre la démocratie parlementaire et représentative.

Comment sortir de ce dilemme ? Bien évidemment, un travail de médiation était nécessaire. Autrement dit, il fallait revenir à l'idée même de "fondement" mais d'une manière compatible avec la configuration complexe des démocraties du XXe siècle, dans la forme qu'elles ont prise à travers les grandes tribulations de la première moitié du siècle, une fois les régimes totalitaires épuisés. En fait, ces démocraties ne pouvaient se contenter de la conception kelsenienne, se limitant à l'aspect procédural, puisqu'elles aspiraient à reconnaître dans leurs constitutions respectives certains principes et valeurs sur lesquels fonder leur identité historique, ainsi qu'à indiquer des orientations fondamentales pour le futur, mais en même temps elles étaient fondées sur des sociétés dont la structure et la vocation étaient explicitement pluralistes, c'est-à-dire des sociétés qui ne pouvaient s'empêcher de craindre, lorsqu'elles cherchaient un "fondement" au sens substantiel, la possible résurgence de logiques de type moniste.

À notre avis, la tentative de médiation et de synthèse la plus efficace a été celle de Constantino Mortati, avec son célèbre écrit de 1940 consacré à *La costituzione in senso materiale*. Dans cet ouvrage, Mortati part de la conviction que des transformations se sont produites telles qu'il est impossible de proposer à nouveau les doctrines traditionnelles, fondées sur la souveraineté de l'État en tant que personne, fondées sur la nation ou, en tout cas, sur une communauté historiquement donnée. Si nous devons continuer à parler de souveraineté de l'État, cela ne doit se faire qu'en référence à une phase nouvelle et diversifiée de l'évolution de l'État moderne, dans laquelle le principe de l'unité politique, même sous forme étatique, ne peut se produire que de manière dynamique, au niveau téléologique, à travers l'instrument de la *Regierung*, du gouvernement. En d'autres termes, l'État ne peut continuer à exprimer le principe d'unité politique que s'il est doté d'une direction consciemment choisie et individualisée. L'État n'est plus le sujet hégélien ou la personne qui sait ce qu'il veut, car il est doté d'une rationalité intrinsèque, dérivée à son tour du fait d'être une expression organique, naturelle et nécessaire de la nation, d'une communauté historiquement donnée. L'État ne restera souverain que s'il se révèle capable de constituer l'expression cohérente d'une *direction (indirizzo)* fondamentale, née de la communauté elle-même, et qui se traduit en principes et normes constitutionnels. C'est pourquoi Mortati place le point de départ de sa construction théorique dans le processus de "différenciation et spécification au sein de la communauté", qui se développe grâce à une force politique capable d'imprimer une orientation ultérieure sur le choix d'un certain système de principes fondamentaux transcrits dans la constitution.

De cette manière, la constitution a une origine politique déclarée, dans le sens où elle est le résultat de volontés et de choix concrets, mais ceux-ci ne peuvent, à leur tour, être représentés comme la "décision" d'un "peuple" ou d'une "nation". Ce qui est extrait de cette origine n'est donc pas une sorte de "vraie" constitution, qui, en tant que telle, pourrait mettre en discussion la constitution formellement en vigueur, comme cela se produit dans la perspective inaugurée par Schmitt. Dans la construction de Mortati, le moment constituant doit plutôt être compris comme le fondement le plus authentique de la constitution à émaner,

dans lequel ses caractères primordiaux sont déterminés, à travers la proposition d'une série de normes de principe fondamentales. Ce sont ces normes, dans leur ensemble et avec leurs équilibres internes, qui déterminent les contours de la constitution au sens matériel, ce qui, de ce point de vue, coïncide donc avec le noyau fondamental de la constitution écrite elle-même. Ce n'est pas un hasard si les écrits de Mortati se terminent par la question de la limite matérielle de la procédure de révision constitutionnelle, qui se situe précisément dans ce noyau fondamental et qui ne peut être modifiée si la constitution elle-même n'est pas modifiée. De cette manière, on affirme le caractère pleinement juridique de la constitution au sens matériel, qui ne peut plus être représentée comme une réalité factuelle simple et générique, car elle est cette réalité factuelle spécifique, et seulement celle, qui contient de manière structurée, bien que de manière embryonnaire, les lignes fondamentales de l'ordonnement juridique sur le point d'être affirmé à travers la constitution qui est dictée.

Dans la théorie de Mortati, la constitution au sens matériel perd donc le caractère polémique qu'elle avait acquis à l'époque de Weimar, précisément face à la constitution démocratique de Weimar. Au contraire, au milieu du XXe siècle, elle est présentée comme le fondement de la constitution démocratique, entendue comme une démocratie qui ne repose pas seulement sur des procédures, mais aussi sur des principes inaliénables qui en représentent le noyau essentiel. De cette manière, Mortati – écrivant en 1940 – anticipe les problèmes inhérents aux constitutions démocratiques d'après-guerre, parmi lesquelles figure évidemment celle italienne de 1948.

Quelques mots de conclusion. Comme nous l'avons vu, il ya plusieurs doctrines de la constitution au sens matériel. Une seule d'entre elles – celles qui remonte à Carl Schmitt – peut être utilisée contre la constitution en vigueur. En effet, la recherche d'une dimension profonde de normativité, antérieure à celle offerte par la loi formellement en vigueur, est bien plus vaste et plus riche de sens. C'est une recherche qui accompagne la réflexion des juristes depuis le début, même à l'ère du positivisme triomphant, où tout droit semblait se réduire – mais seulement en apparence – à la loi de l'État. En partie parce que la seule façon d'établir la souveraineté de la loi, et en même temps sa limite, était précisément de la ramener à l'expression d'un ordre juridique objectif, établi par l'histoire d'une nation spécifique. En fin de compte, le seul véritable opposant à toute conception "matérielle" de la constitution est Hans Kelsen, mais sa voix restera isolée sur ce point. En effet, les juristes ne renonceront jamais à la recherche du "fondement", et ils ne se résoudreont pas facilement à placer dans la position d'une entité organisée en elle-même, et pour cette raison, juridique en soi, comme le "peuple" ou la "nation", une simple "société", avec ses conflits et ses contradictions, comme le proposait Kelsen.

De même, les constitutions démocratiques du XXe siècle, à partir et à la suite de Weimar, ont leur propre besoin d'un "fondement" qui ne se réduise pas à une dimension procédurale, et soit donc l'expression de principes fondamentaux que les constitutions elles-mêmes traduisaient en un *indirizzo*, tout aussi fondamental, pour le futur. Dans la recherche de ces principes et de la source de cet *indirizzo*, on redécouvrira la constitution au sens

matériel, comme dans le cas de Mortati. Et ce sera une constitution qui, cette fois, agira de manière fondamentale, protégeant l'intégrité et affirmant la primauté de la constitution démocratique. Elle n'échappe donc pas à la règle selon laquelle, pour exister, toute suprématie a besoin de son fondement. Cela a été le cas de la souveraineté de la loi de l'Etat à l'âge d'or du positivisme juridique, entre le XIXe et le XXe siècle, et il en est ainsi aujourd'hui à l'ère de la suprématie de la constitution démocratique.