

La Constitution de 1848 n'existe pas... mais elle est sacrée

Alain Papaux

Dans le monde du droit courent d'étranges doctrines juridiques, les plus exotiques n'étant point les moins prisées. Le positivisme dominant, d'obédience légaliste, estime par exemple que le respect des procédures préétablies suffit à conférer à la loi adoptée sa validité formelle, laquelle semble absorber sa validité substantielle. L'art. 190 Cst (1999) le corrobore, mauvais esprit peut-être – une loi fédérale injuste doit être appliquée –, mais bonne conformité. De cet amour des formes pures, à l'abri de tout jugement de valeur, il faut conclure que la Constitution de 1848 n'existe pas, *juridiquement* parlant. Mais elle n'en est pas moins sacrée pour autant.

La Diète fédérale de 1848 ne pouvait constater l'adoption du projet de constitution élaboré par sa majorité radicale, puisque l'unanimité des cantons requise par le Pacte fédéral de 1815 pour une modification du régime juridique de l'alliance confédérale n'était pas atteinte. Violant les procédures, la chose ne saurait exister, *juridiquement*, quels que soient les arguments de fond avancés. On ne peut respecter « plus ou moins » les procédures.

La délicieuse absurdité de cette situation – qui frappe d'inexistence juridique les deux autres constitutions dépendantes de la première pour leurs *procédures* de révision – ouvre à l'alternative suivante. Ou le positivisme juridique est une doctrine conséquente, quasi-scientifique, et la Constitution de 1848 n'existe pas. Ou elle existe, valable, et même légitime, et le positivisme juridique ne constitue donc pas une doctrine permettant de comprendre le droit existant, le « droit positif » pourtant, du rang le plus élevé de surcroît, la Constitution. L'histoire, y compris constitutionnelle, a tranché depuis 175 ans. Le droit, heureusement, existe « aussi » en dehors des procédures légales : « tout n'est pas dit quand un code a parlé », nous rappelle Victor Hugo dans *Les Misérables*.

Cette adoption conduit alors à une *révélation*, épistémologique, à savoir que le *law in books* ne se confond pas avec le *law in action* ; autrement dit, en termes philosophiques, que, saisissant la *morphê* – la forme-apparence, la procédure –, on ne dispose pas encore de l'*eidôs* – l'idée, la forme-essence, la substance. Arrêter les procédures n'est pas maîtriser le monde. Pour s'affranchir de cet idéalisme inexpugnable du positivisme prenant la *morphê* pour l'*eidôs*, il ne fallait pas moins qu'un acte « révolutionnaire ».

La Constitution de 1848 comme « sacré »

Une adoption qui « a fait figure d'acte révolutionnaire », déclarent en effet les auteurs du document de l'Administration fédérale *Auf dem Weg zum Bundestaat (1815-1848)*. Coup d'État ? Ruse de l'Histoire ? Mais tout acte de *constitution* au sens fort d'*institution* n'est-il pas révolutionnaire, violent même ?

Violence des commencements : du sacré de l'institution

Banales et trop humaines en vérité que ces fondations par le sang ou les cendres... ou le sperme. Que l'on se rappelle Héphaïstos poursuivant de ses ardeurs Athéna, éjaculant en exorbitance, et dont les gouttes de semence donneront vie aux Athéniens. Violence encore entre Rémus et Romulus, frères, celui-ci sacrifiant celui-là, en conséquence de la « pollution » que commit Rémus, au sens gène de polluer : le profane fut introduit dans le sacré, l'*humain* Rémus traversant une frontière posée par le *divin*. Par le propre sang versé, Rome fut *consacrée*, fondation ainsi rendue *sacrée*, par-là indisponible, sur le principe, aux velléités humaines : marquée par ce geste sacré de délimitation (*jus*), Rome, sous les auspices des dieux, *existait*, éternelle, instituée.

On retrouve une constante anthropologique des fondations, à suivre la théorie mimétique de René Girard. À force d'être singé et répété – on désire le désir de l'autre –, le désir mimétique qui est inscrit au cœur de l'homme, envie adamique et jalousie endémique, induit une violence généralisée, condamnant à la désignation d'un bouc-émissaire dont le sacrifice apaisera, pour un temps, la communauté. Toute la violence du groupe se reportera sur cette victime expiatoire dont le sacrifice « ré-unit » la communauté par la grâce de l'élimination de cet *autre*, ce « particulier », perturbateur parce que hors la règle. Le « Sonder-bund » portait fort justement son nom.

Cette guerre *civile*, de tous contre tous, suivant notre nature de prédateur, *homo homini lupus*, conduit au « sacrifice » de la Confédération : la Diète condamnait la structure confédérale – et les quelques réfractaires, ligueurs d'ailleurs – pour l'érection d'un État fédéral, État *central* inchoatif. Geste sacré de délimitation et de distribution nouvelles, typique de l'instauration des institutions.

Abandonnait-on les délices exigeantes de la grappe pour l'acidité facile de l'orange ? Dans la didactique politique, la *grappe* illustre la Confédération : raisins premiers, branches ou liens « seconds » ; l'*orange* représente l'État fédéral, le tout, d'abord *une* orange, dont on discrimine ensuite des quartiers, les États fédérés.

Avant d'en goûter l'amertume, remarquons que ce geste est à la fois une marque du *sacré anthropologique* et du *sacré épistémologique*, affirme Jean-Pierre Dupuy, lecteur de R. Girard, sous les espèces de l'auto-fondation, auto-transcendance, auto-référence, ou encore « *bootstrapping* », à l'instar du Baron de Münchhausen tirant sur les lacets de ses bottes ou sur ses propres cheveux pour se sortir de l'embourbement.

Zusammenfassung

Die Bundesverfassung von 1848 hätte gar nicht rechtskräftig werden dürfen: Der Bundesvertrag von 1815 hielt fest, dass es für eine Änderung der eidgenössischen Rechtsordnung einer Einstimmigkeit unter den Kantonen bedürfe. Da diese Einstimmigkeit nicht gegeben war, hatte die Tagsatzung nicht die rechtliche Grundlage, den von der radikal gesinnten Mehrheit ausgearbeiteten Verfassungsentwurf anzunehmen. Die Annahme der Verfassung kam daher einem revolutionären Akt gleich.

Die Radikalen – beziehungsweise die Tagsatzung oder beide – haben sich durch eine «gewaltsame» Geste selbst zu «Verfassungsgebern» erhoben; es ist die Gewalt des Heiligen, die sich selbst transzendiert und deshalb zwangsläufig legitim ist. Die Volksmehrheit brachte das böse Spiel schliesslich zu einem guten Ende und verankerte den Verfassungsbastard. Der Verweis auf Gott den Allmächtigen zu Beginn der Präambel ist so gesehen weit mehr als ein Relikt: Er erinnert vielmehr an die Heiligkeit einer jeden Gründung, einschliesslich jener des Bundesstaates im Jahr 1848.

Seitdem bewegt sich das Rechtsgebilde Schweiz auf einem schmalen Grat zwischen zwei gefährlichen Abgründen: dem strikten Nebeneinander der föderierten Kleinstaaten (das passende Bild dazu ist die Traube in ihrer Vielfalt) und ihrem Aufgehen im Zentralstaat (symbolisch die Orange in ihrer Einheit). Bund und Bundesstaat in einer dynamischen Suche nach Gleichgewicht in steter Spannung zueinander zu halten, das ist das Geniale an der helvetischen Verfassung; sie zeugt von einer Vorliebe für eine kühne Mischung zwischen diesen beiden, um im Bild zu bleiben, Früchten der Geschichte.

L'image prête à sourire, la figure prête à l'emploi, fréquent, mais discret, par le droit : qui ou quoi a institué, *juridiquement*, le constituant de la toute première constitution *en tant que constituant*, lequel ne peut l'avoir été par elle puisqu'elle *résulte* de sa volonté à lui, cette dernière forcément la précédant. Révolutionnaires, les radicaux – ou plutôt la Diète, ou tous deux – se sont auto-fondés « constituants », par un geste « violent », la violence du sacré, un « coup de force », *forcément* légitime puisqu'auto-transcendant. Pour faire contre mauvaise procédure bonne mesure, une majorité populaire consacra le bâtard constitutionnel.

Auto-transcendance encore, *pacta sunt servanda* : les engagements doivent être respectés parce qu'ils sont... obligatoires. Une tautologie valant pour tout contrat social : *libre* d'y entrer, et donc d'en sortir ? De même, toute cour suprême s'*auto-juge* compétente pour se prononcer sur sa propre compétence en cas de litige portant sur sa saisine. Ou la *Grundnorm* de Hans Kelsen, pourvoyant la Constitution en juridicité, et, par ruissellement, les lois inférieures : elle est à elle-même son propre fondement. Même Dieu point n'échappe à l'auto-fondation, mais c'est là sa définition ultime : il est à lui-même sa propre cause, *causa sui*.

Avec ces figures de l'auto-transcendance, nous sommes bien entrés en *sacré*, c'est-à-dire en un espace et un temps rendus indisponibles aux volontés humaines, dussent-elles être la source authentique de la règle posée, mais la transcendant ensuite du fait même d'être déclarée transcendante, sacrée. La loi était telle pour Jean-Jacques Rousseau, la propriété privée le devint pour les Révolutionnaires français. La Constitution l'est *via eminentia*, pour des raisons d'anthropologie philosophique en premier lieu, finement traduites par l'*ars juris* (la technique juridique) dans la forme du serment, si souvent inaperçue.

« Eid-genossenschaft », serment et sacré

Le maintien de la référence au Tout-Puissant en ouverture du Préambule de nos trois constitutions n'a donc rien d'une relique : il rappelle le sacré de toute fondation, celle originale de l'État fédéral en 1848 en l'occurrence.

Cette référence n'a rien non plus d'une profession de foi, comme maints juristes positivistes l'affirment parfois, s'empressant de s'en excuser en appelant sur le champ à la liberté de religion, laquelle n'est aucunement en jeu. Il s'agit en effet de *technique* juridique, de *procédure*.

Un engagement adopté selon la forme du serment, le « Eid- » de *Eidgenossenschaft*, dénomination officielle de notre État, signifiant précisément une technique « sacrée » requérant la *présence* de la divinité comme témoin, non son « inter-vention » comme acteur (actant) : les « con-fédérés »,



Caricature conservatrice sur les travaux de révision du Pacte fédéral de 1815. Lithographie sur papier, probablement de Ludwig Adam Kelterborn (1811-1878), 1833.

« con-jurent », jurent ensemble, chacun sous le regard de son Dieu, de son Être Suprême, de quelle Transcendance, peu chaut. Non « par » le nom de Dieu mais « au nom » du Tout-Puissant.

Les Préambules de 1848, 1874 et 1999 expriment tous l'horizontalité substantielle de la Confédération avec ses États fédérés qui se donnent (dans la formule allemande récente, plus suggestive), de manière inchoative et performative (encore une expression du sacré), une verticalité « centralisatrice » : l'État fédéral. *L'unité* dans *la diversité*, l'esprit débutant à la diversité, *au sein* de laquelle il *cherche* l'unité, esprit des Confédérations de 1848 et 1874.

L'aurions-nous dépassé, pis dévoyé, par *la diversité dans l'unité*, où l'unité est première constatée, acquise désormais (l'État fédéral), *à partir* de laquelle on regarde la diversité, tôt déclarée « exotique » : des différences de régimes scolaires ou de taxations fiscales aux disparités des mesures sanitaires, anti-covid récemment, combien nombreux sont les « penseurs » à fustiger l'incohérence du système helvétique, celui-là même qui nous assure « honneur et force » selon les anciens Préambules, depuis près de deux cents ans.

Esprit de la Constitution, es-tu encore là ? De la grappe à l'orange

Entrés en sacré, certes, mais pas en sacrifice, espérons-le. Tout dépendra de l'esprit dans lequel nous interpréterons ce qui constitue le principe cardinal et l'équilibre vital de la Suisse comme entité juridique évoluant sur une ligne de crête entre deux pentes funestes : la stricte juxtaposition des États fédérés et leur absorption dans un État central. Confédération et État fédéral en tension, voilà le génie constitutionnel helvétique.

L'inversion de l'esprit constitutionnel entre 1848 et 1999 est à ce titre radicale, menaçante même pour l'État suisse : des États fédérés, premiers – « la Confédération suisse » adopte –, induisant primauté de la diversité sur l'unité, vers *le* (toujours plus) « centralisé » État fédéral, l'unité avançant *sur* la diversité, s'imposant à elle plus qu'elle n'en émerge. Le « peuple *suisse* et les cantons », selon la formule allemande (1999) dit l'unité première, la diversité seconde.

État fédéral projeté, à venir en 1848, désiré même par le peuple, pour sublimer le *particulier* négateur du *collectif* que fut le « Sonder-*bund* », vers un État fédéral installé en 1999 face à des conjurés menacés par son inclination à la prédation. Menace peut-être plus fantasmée que réalisée mais bel et bien intériorisée : le Préambule de 1999 est éminemment confédéral. Les cantons y sont suisses dans la version française, le pluriel domine (« conscients », « résolus », etc.) ; ils s'affirment « Déterminés à vivre ensemble (la chose projetée) leurs diversités (la chose constatée, existante, au pluriel d'ailleurs) », jusqu'à parler de *membre*, non d'*élément*, ce qui dit non seulement la primauté de la « con-fédération », mais aussi l'inanité de l'*individu*, non pertinent à ce degré d'enjeu institutionnel.

Pourquoi rappeler avec autant d'insistance cette primauté de la diversité si ce n'est parce qu'on la voit s'essouffler, s'évider, peut-être trépasser ? Le membre cède toujours plus souvent à l'individu, lequel, de nulle part parce que de partout, préfère à l'indigénat local ou cantonal l'anonymat fédéral... et la dilution mondiale.

Tension positive en 1848, par projection vers l'État fédéral ; tension inquiète en 1999, par trop d'État fédéral, pas tant en acte – la recherche de l'équilibre prédomine encore – qu'en esprit, parce que la subtilité serait trop lourde à porter. L'uniformisation serait-elle la passion triste de ceux qui manquent d'imagination ?

Le génie constitutionnel helvétique est aucunement en creux, tel un esprit statique incapable de choisir entre la grappe et l'orange. Au contraire, il témoigne d'une tension dynamique, d'un goût raffiné des mélanges audacieux entre ces deux fruits de l'Histoire.

DOI

<https://doi.org/10.5281/zenodo.8413766>

L'auteur

Alain Papaux a un doctorat en droit de l'Université de Lausanne, une maîtrise en philosophie de l'Université de Genève et un diplôme LL.M. en philosophie du droit de l'Université Saint-Louis de Bruxelles. Il est professeur ordinaire à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne. Il y enseigne la méthodologie juridique, la philosophie du droit et la philosophie du droit de l'environnement.

