

DROIT CONSTITUTIONNEL GENERAL

Cours de Monsieur le professeur Denis Baranger

FICHE N°3 : LA QUESTION DES SOURCES EN DROIT PUBLIC

- **Bibliographie:** - R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat* (1920/1922), rééd. Paris, Dalloz, 2003 ; *La loi, expression de la volonté générale* (1931), rééd. Paris, Economica, 1984.
- M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., Paris, Sirey, 1929 ; *Précis de droit administratif et de droit public*, 12^{ème} éd. (1933), rééd. Paris, Dalloz, 2004.
- G. VEDEL, *Droit administratif*, 12^{ème} éd., Paris, PUF, 1992.
- B. STIRN, *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, 7^{ème} éd., Paris, LGDJ, 2011. - P. SERRAND, entrée « Loi » in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA *et alii* (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008.

I- Perspective historique

DOCUMENT 1 : J. Rivero, « Fin d'un absolutisme », *Pouvoirs*, n°13, 1980, p.5-15.

DOCUMENT 2 : R. Carré de Malberg, *La loi, expression de la volonté générale* (1931), rééd. Paris, Economica, 1984, p. 103-104 et p. 119-124.

DOCUMENT 3 : *Conclusions* du commissaire du gouvernement Latournerie sur l'arrêt du Conseil d'Etat, sect., 6 novembre 1936, *Arrighi*, Rec. Dalloz, 1938, p. 33-37.

DOCUMENT 4 : G. Burdeau, « Le déclin de la loi », *Archives de Philosophie du Droit*, n°8, 1963, p. 35-41.

II- Perspective comparatiste

DOCUMENT 5 : E. Boutmy, *Etudes de droit constitutionnel. France, Angleterre, Etats-Unis*, Paris, Plon, 1885, p. 217-233.

DOCUMENT 6 : E. Zoller, « La mutation des sources du droit constitutionnel » in *Revue de droit d'Assas*, n°6, octobre 2012, p. 33-39 (extrait).

JEAN RIVERO

*Fin d'un absolutisme**

Les institutions, à la différence des satellites, demeurent rarement sur l'orbite où leur créateur avait entendu les placer. Elles échappent à la volonté du Constituant ou du Législateur qui leur a donné vie. L'événement, le milieu, la personnalité des hommes qui les incarnent déterminent leur trajectoire. Ainsi du Conseil constitutionnel. Le père spirituel de la Constitution de 1958, qui n'avait pas, pour les juristes, un goût excessif, n'avait sans doute pas pressenti qu'en « plaçant certains des votes du Parlement sous le contrôle d'un Conseil constitutionnel tout justement appelé à la vie » (1), il allait parachèver la construction, en France, de l'Etat de droit, en rendant effective la soumission du Législateur souverain à la règle qui fonde son pouvoir et en le contraignant par là au respect des libertés publiques. Vingt années ont suffi à rendre caduque une tradition vieille d'un siècle et demi, et que quatre Républiques semblaient

* Cet article a été écrit durant l'été 1980. Si on n'a pas cru nécessaire, à l'occasion de la présente réédition, de le remanier pour l'actualiser, c'est que l'évolution n'a fait qu'en confirmer les conclusions. Le changement de majorité de 1981 aurait pu être fatal au Conseil constitutionnel. La gauche, dans l'opposition, ne lui avait pas épargné les critiques, et sa suppression avait été proposée, quitte à le remplacer par une « Cour constitutionnelle » dont le statut et le rôle n'avaient guère été précisés. Mais, parvenue au pouvoir, la gauche a respecté l'institution. Certes, la censure qui a frappé la loi de nationalisation a suscité, de la part de nombre d'élus de la nouvelle majorité, protestations et menaces. Mais le Gouvernement, fidèle à l'exemple de ses prédécesseurs, a eu la sagesse de se conformer à la décision, puis à toutes celles qui l'ont suivie. Bien plus : lorsqu'il s'est agi de donner à la Haute Autorité de la Communication audio-visuelle un statut propre à garantir son indépendance, on lui a transposé celui du Conseil constitutionnel. Enfin, en choisissant pour le présider l'homme qui incarne la fidélité d'une certaine gauche aux valeurs de la tradition libérale, le chef de l'Etat a implicitement souligné l'importance qu'il attache désormais à l'institution, et ratifié la mission de gardienne des libertés qu'elle s'est assigné (février 1986). Le recours au Conseil est devenu, pour les oppositions, l'ultime moyen de contester une loi qu'elles ont combattue en vain : comment les majorités du jour, qui savent qu'elles peuvent être les minorités du lendemain, porteraient-elles atteinte à un droit dont elles auront besoin si elles perdent le pouvoir ? Il pouvait paraître audacieux d'écrire en 1980 : « La Haute Instance a trouvé, dans l'ensemble institutionnel, une place qu'il semble désormais impossible de laisser vide »... Après l'épreuve de l'alternance, la même phrase n'est plus que le constat d'une évidence.

Les quelques notes de 1986 sont signalées par des astérisques (*).

(1) Charles de GAULLE, *Mémoires d'espoir*, t. I, p. 35.

avoir sacralisée. C'est cette étonnante aventure institutionnelle, et ses retombées au profit de la liberté des citoyens, qu'on voudrait évoquer.

I

Il faut, au risque de rappeler des évidences, revenir à 1789, à la Déclaration, et à travers elle, à Rousseau. La Loi est l'expression de la volonté générale. Comme tous les citoyens participent à son élaboration, et que nul ne peut vouloir s'opprimer lui-même, elle ne peut, par nature, être oppressive. A elle, dès lors, selon la Déclaration, de déterminer les cas et les formes de l'accusation, de l'arrestation, de la détention (2), à elle d'« établir l'ordre public » (3), de définir les abus qui restreignent le droit à la libre communication des pensées et des opinions (4) : elle ne le fera que dans les strictes limites du nécessaire.

Confiance absolue et inconditionnelle dans la vertu libérale de la Loi ? Pourtant, à travers la Déclaration elle-même, et la Constitution de 1791, une inquiétude se glisse. Affirmer que « la Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société » (5), n'est-ce pas sous-entendre qu'il ne serait pas impossible, après tout, qu'elle en défendît d'autres et qu'il y a, au-dessus d'elle, un Droit qui limite son pouvoir ? L'inquiétude est plus explicite encore dans la disposition du titre I^{er} de la Constitution de 1791, selon laquelle « le Pouvoir législatif ne pourra faire aucune loi qui porte atteinte et mette obstacle à l'exercice des Droits naturels et civils garantis par la Constitution ». L'interdiction ainsi formulée suppose l'éventualité d'une transgression.

Ainsi, l'impossibilité structurelle d'une oppression par la Loi s'estompe, et la pyramide des normes juridiques se dessine clairement : au sommet, les droits de l'homme, naturels, inaliénables et sacrés tels que la Déclaration les a définis ; au-dessous, la Constitution, qui, par la garantie qu'elle leur donne, transforme les droits « naturels, en droits civils » (6), enfin la Loi, qui trouve sa limite dans le respect des droits « garantis par la Constitution ».

Seulement — et là reparaissent l'héritage de Rousseau, et la confiance dans la Volonté générale —, aucun gardien n'est chargé de

(2) Déclaration des droits de l'homme, article 7.

(3) Déclaration, article 10.

(4) Déclaration, article 11.

(5) Déclaration, article 5.

(6) Constitution de 1791, titre I^{er}, Dispositions fondamentales.

II

Les auteurs de la Constitution de 1958, en créant le Conseil constitutionnel, ont-ils voulu donner, à la subordination théorique de la Loi à la Constitution, la sanction propre à la rendre effective qui lui avait toujours fait défaut ? Leur perspective initiale a été sans doute plus précise et plus limitée : le contrôle de constitutionnalité, dans leur esprit, semblait n'être qu'une des multiples techniques destinées à rétablir vis-à-vis du Parlement l'autorité du Gouvernement, une pièce étroitement dépendante de l'ensemble constitutionnel qu'ils mettaient en place.

Ainsi ne faut-il pas s'étonner du peu d'enthousiasme avec lequel fut accueillie la nouvelle institution. La critique des adversaires du régime allait de soi : leur hostilité à l'égard du Conseil constitutionnel se fondait dans l'hostilité globale que leur inspirait l'ensemble des dispositions qui tendaient à mettre fin à la souveraineté parlementaire. A l'inverse, les défenseurs du contrôle de constitutionnalité, et parmi eux la majorité des représentants de la Doctrine, avouaient leur déception. Déception quant à l'institution elle-même : la diversité de ses attributions, parmi lesquelles le contrôle de la Loi ne paraissait pas tenir la place essentielle, lui conférait un caractère hybride, le mode de désignation de ses membres ne garantissait *a priori* ni leur compétence juridique, ni leur indépendance vis-à-vis des assemblées ou du président. Déception quant à la saisine : comment espérer que les deux chefs de l'Exécutif, inspirateur, dans le nouveau régime, de la quasi-totalité des lois, et les présidents des assemblées dont la majorité aurait adopté le projet à elles soumis, seraient amenés à en contester, devant le Conseil, la constitutionnalité ? Déception, enfin, quant aux modalités mêmes du contrôle, limité à une prévention enfermée dans un délai trop bref, excluant toute possibilité de contestation une fois le texte promulgué. Faut-il ajouter que le Conseil, récusé dans son principe par les fidèles de la souveraineté parlementaire, critiqué par la majorité des juristes, ne fut pas accepté sans réticences par les grands corps de l'Etat, peu soucieux de devoir partager leur prestige et leur autorité avec un nouveau venu qui, de surcroît, prenait le pas sur eux dans l'ordre des préséances ?

En définitive, on a pu légitimement penser, à cette époque, que les vraies missions du Conseil se limitaient à éviter que les lois organiques et les règlements des assemblées, seuls textes soumis de plein droit à son examen, vissent restituer sournoisement au Parlement une part de l'autorité perdue, et à l'enfermer, par les procédures de l'article 37, al. 2 et de l'article 41, dans les strictes limites

imposées à la compétence du législateur. Quant à espérer que le contrôle pourrait servir la protection des libertés, qui s'y serait hasardé ? Il aurait fallu, pour autoriser cet espoir, que l'acte constitutionnel réaffirmât de façon certaine les droits et les libertés des citoyens. Or, comment voir, dans la brève et banale référence du Préambule à la Déclaration de 1789 et au préambule de 1946, non pas une formule rituelle, mais une intégration des libertés fondamentales à l'ordre constitutionnel ?

(...)

1. — Nous avons jusqu'à présent parlé du pouvoir législatif comme s'il n'en existait point d'autre au-dessus de lui, du Parlement comme s'il était l'organe suprême, de la loi comme si elle était le statut primordial de la communauté nationale. Nous avons même qualifié la loi d'inconditionnée et le pouvoir législatif de souverain (V. notamment p. 91). N'est-ce point méconnaître que le pouvoir législatif et la loi sont précédés, dominés, limités, et en un mot conditionnés, par la Constitution, de qui l'on a dit souvent qu'elle est la loi qui crée le pouvoir législatif lui-même, de qui les fondateurs de la *Stufentheorie*, à leur tour, disent actuellement qu'elle crée au degré supérieur un droit antérieur au droit créé par la législation, celle-ci étant à un degré subalterne l'application du droit constitutionnel qui a réglé la confection des lois? Si les normes du degré législatif procèdent ainsi de celles préalablement établies par la Constitution, comment pourrait-on maintenir à la loi la qualification de règle autonome et initiale?

A cette objection tirée de la supériorité du pouvoir constituant et de la distinction ou gradation qui en résulte entre lois constitutionnelles et lois ordinaires, il y a lieu de répondre que la séparation du pouvoir constituant et du pouvoir législatif ne peut guère s'épanouir, ni fonctionner d'une façon franche et régulière, dans les milieux étatiques où s'est implantée l'idée que la loi est l'expression de la volonté générale, celle-ci trouvant sa représentation dans le Parlement. A vrai dire, une distinction entre lois constitutionnelles et lois ordinaires ne se conçoit pas dans de

telles milieux. Car, la volonté générale est toujours égale à elle-même, c'est-à-dire toujours souveraine, quel que soit l'objet auquel elle s'applique. Le Parlement, par cela seul qu'il la représente, se trouve donc logiquement qualifié pour édicter, à tout moment, aussi bien les règles par lesquelles s'organise l'exercice de la puissance de la communauté, que celles se rapportant à d'autres objets. La loi, en tant qu'œuvre de volonté générale, devient elle-même un statut de la plus haute espèce, qui ne comporte point de statut d'une essence supérieure à la sienne. Bref, la base même de toute différenciation véritable entre lois constitutionnelles et lois ordinaires s'évanouit.

2. — Depuis la Révolution, l'affirmation de la séparation du pouvoir constituant et du pouvoir législatif n'a cessé, en France, de tenir une large place dans les propos des hommes politiques et dans la littérature juridique elle-même. Sur la foi des discours prononcés originairement à l'Assemblée nationale de 1789, l'on s'est habitué à présenter cette séparation comme l'une des pièces capitales de notre système d'organisation des pouvoirs. Peut-être s'est-on trop fié en cela à des apparences. Si l'on était descendu au fond des choses, force aurait été de reconnaître que la séparation en question a été, dès les débuts datant de l'époque révolutionnaire, et est, aujourd'hui encore, plus nominale que réelle. Dans la Constitution de 1875, elle se réduit à bien peu de chose, et ce n'est pas forcer la vérité que de dire que les Chambres sont maîtresses des lois constitutionnelles comme des lois ordinaires. Or, parmi toutes les constatations relatives à la puissance parlementaire actuelle, il n'en est pas de plus impressionnante que celle-là : c'est bien elle qui nous donne le plus fortement à penser que la Constitution de 1875 a traité le Parlement en représentant de la volonté générale.

(...)

14. — Ce silence des textes constitutionnels de 1875 est notamment à remarquer en ce qui concerne les droits individuels des particuliers dans leurs rapports avec les organes et autorités étatiques. Sans doute, il faut, à l'égard de ce que l'on appelle les libertés publiques, faire la part de la confiance qu'ont mise les auteurs de notre Constitution dans la force des idées et des mœurs politiques suscitées en France par les principes de 1789. Toutefois, il faut aussi convenir qu'en comptant ainsi sur les traditions et sur l'état d'esprit du peuple français et en s'abstenant de déterminer par des textes précis les droits réservés aux citoyens, ils ont continué, ici encore, à faire acte d'abandon plutôt que de pouvoir constituant. Nous avons déjà observé (p. 108) que la tradition, quelle que soit la force des obstacles qu'elle est capable d'opposer, en fait, aux Législatures, ne suffit point à lier juridiquement le législateur. Soutenir que les droits des Français puisent leur valeur présente dans les précédents coutumiers venus de la Déclaration originaire de 1789, c'est reconnaître que la Constitution de 1875 ne les a pas constitutionnellement garantis.

Mais ce n'est pas seulement sur la tradition que s'est reposée la Constitution de 1875 en cette matière. Son abstention a aussi pour cause le concept qui a été réintroduit par elle dans notre droit public touchant la qualité en laquelle le Parlement légifère : un concept d'où il résultait, en effet, que, dans la question des droits individuels, la Législature, parce qu'elle exprime la volonté générale, est aussi qualifiée qu'une Constituante pour poser des règles, qui, d'une façon comme de l'autre, sont envisagées comme des manifestations représentatives de cette volonté souveraine. En d'autres termes, la Constitution de 1875 s'en est remise au Parlement pour la réglementation des droits à réserver aux particuliers. En quoi elle n'a fait que suivre la méthode qui avait été employée, dès le début, par la Constitution de 1791.

Celle-ci, il est vrai, prescrivait, en son titre I^{er}, que « le pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte et méitent

obstacle à l'exercice des droits naturels consignés dans le présent titre et garantis par la Constitution ». Mais, d'une part, la Constitution de 1791 laissait sans sanction cette prohibition limitative imposée au Corps législatif; notamment, elle n'organisait aucun moyen juridique permettant aux intéressés de former un recours, pour cause d'inconstitutionnalité, contre les lois qui lésaient les droits qu'elle prétendait leur avoir « garantis ». Et, d'autre part, la suite de ce même titre I^{er} réservait au Corps législatif le pouvoir de déterminer par ses lois les restrictions que comportent, à l'encontre de l'exercice de la liberté individuelle, soit les exigences de « la sûreté publique », soit le respect dû aux « droits d'individu », soit enfin, et d'une façon générale, la nécessité de défendre l'ordre public « contre les actes qui seraient nuisibles à la société » : ce qui revenait à donner au législateur une faculté illimitée d'appréciation et de décision pour la réglementation des conditions d'exercice, de l'étendue et, finalement, de la consistance même des franchises reconnues aux citoyens.

Pas plus que la Constitution de 1791, nos Constitutions ultérieures n'ont précisé, d'une façon catégorique, à l'encontre du législateur, la portée effective des droits individuels des Français. Leurs dispositions à cet égard s'analysent, comme celles de la Déclaration de 1789, en des énonciations de principes plutôt qu'en des consécrationes expresses de droits, c'est-à-dire de pouvoirs juridiques individuels susceptibles d'être invoqués par les intéressés devant un juge et de faire l'objet d'une reconnaissance juridictionnelle qui en assure le respect. On a bien dit que les principes contenus implicitement dans les dispositions constitutionnelles qui dressaient la liste des droits des Français, ont eu pour le législateur la valeur de directives auxquelles il ne devait point contrevenir. Mais, faute d'avoir tracé nettement les contours des droits qu'elles se bornaient à énoncer, nos Constitutions ont, en réalité, laissé le législateur maître d'opérer, sous sa propre appréciation, la mise en œuvre de leurs principes relatifs aux libertés individuelles, de dégager par ses lois les conséquences qu'il convient d'en déduire, et, par suite, de régler de sa libre puissance les droits dont l'organe constituant n'avait fait qu'ébaucher la détermination. En sorte que juridiquement le rôle du juge, en ce qui concerne ces droits, a consisté à appliquer non plus les maximes principielles, abstraites et vagues, qu'avait énoncées la Constitution, mais seulement les textes législatifs qui sont venus donner à ces maximes une réalisation positive.

Tels étaient les précédents traditionnels, devant lesquels se sont trouvés placés les constituants de 1875. Or, du moment qu'il était devenu de tradition que le Corps législatif fixe par les lois le *quale* et le *quantum* des droits individuels à déduire des principes de 1789, on ne saurait s'étonner que les auteurs de la Constitution de 1875 se soient abstenus d'aborder à nouveau ce sujet. Les principes de 1789 étaient trop connus, trop incontestés, pour qu'il fût besoin de les rappeler; et quant à leur mise en œuvre, on était habitué à considérer que c'était là affaire de législation. Le rôle du Parlement en cette affaire ne pouvait s'amoindrir sous un régime où inévitablement la prépondérance parlementaire était appelée à grandir. Sur ce point, comme sur tant d'autres, la Constitution de 1875 s'en est remise, par son silence, à la puissance législative des Chambres.

15. — Depuis qu'une campagne, sourde ou avouée, s'est ouverte en France contre la toute puissance parlementaire, l'un des moyens employés pour restreindre cette haute puissance a consisté à revendiquer pour les particuliers le droit de se pourvoir, tout au moins par voie d'exception, contre les lois qui porteraient atteinte à l'un des droits individuels qui leur sont réservés par l'ordre constitutionnel en vigueur. La thèse qui a été soutenue en ce sens, se résume dans l'affirmation qu'il appartient à tout juge saisi d'un litige de s'assurer, avant d'appliquer le texte de loi qui solutionne l'espèce litigieuse, que la disposition contenue dans ce texte n'entre pas en contradiction avec une prescription constitutionnelle. Si le juge estime que le texte législatif applicable à l'espèce a violé la Constitution, il doit, a-t-on dit, refuser d'en faire application, attendu que, dans ce conflit entre deux lois douées de puissance inégale, il s'impose d'admettre que la loi du degré plus élevé, c'est-à-dire la loi constitutionnelle, doit prévaloir sur la loi ordinaire, qui est de qualité moindre. Cette doctrine implique que les tribunaux sont appelés par la nature même de leur fonction à appliquer aussi bien les lois constitutionnelles que la législation simple; elle implique même qu'il rentre dans leur office d'interpréter la Constitution, en vue de résoudre les difficultés qui peuvent s'élever sur la portée de ses dispositions, notamment en tant qu'il s'agit d'apprécier si telle de ses dispositions interdisait ou non au législateur d'édicter la prescription dont l'espèce litigieuse actuelle appellerait sans cela l'application immédiate. Ainsi se trouverait limitée

la puissance du législateur par la faculté qu'aurait le juge de mettre hors fonction les lois qui contreviennent à la Constitution, telle qu'elle est interprétée par l'autorité juridictionnelle elle-même.

On verra plus loin les objections capitales que suscitent les principes généraux du droit public français à l'encontre de la thèse qui prétend trouver dans la notion même de pouvoir juridictionnel la justification d'un droit et d'un devoir, pour le juge, de contrôler la constitutionnalité des prescriptions émises par les lois. Pour le moment, il suffit d'observer que, même si cette thèse était fondée en soi, elle demeurerait dénuée d'intérêt pratique, dans l'état actuel de la Constitution française, attendu que la Constitution de 1875, n'ayant pour contenu que des règles d'organisation des pouvoirs et étant totalement muette sur le statut juridique des particuliers, ne fournit pas à ceux-ci la matière de recours pour cause d'inconstitutionnalité contre les lois, ni davantage au juge l'occasion de relever des conflits entre les lois applicables à leurs différends d'ordre privé, ou à leurs litiges avec l'État, et les textes constitutionnels.

16. — Les auteurs qui s'efforcent d'introduire en France l'ins-titution du contrôle juridictionnel sur les lois, ont bien senti qu'en l'état de notre Constitution, leurs efforts étaient condamnés à demeurer dénués d'effet utile. Dans le but de remédier à l'indigence de la Constitution de 1875 en ce qui concerne le droit des particuliers et pour ouvrir à ceux-ci la possibilité, qui leur a totalement fait défaut jusqu'ici, de former contre les lois des recours fondés sur des griefs d'inconstitutionnalité, certains auteurs ont recouru à un moyen audacieux, qui consiste à soutenir que ce n'est pas seulement dans les textes constitutionnels que le juge doit puiser les éléments d'appréciation de la validité des lois. C'est ainsi que nous avons vu poindre récemment une doctrine suivant laquelle la puissance législative du Parlement serait juridiquement limitée, d'une part, par des principes qui, bien que non inscrits dans la Constitution, peuvent, a-t-on dit, et même doivent être regardés comme formant la base implicite de tout notre système de droit public et étatique, par exemple le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, celui de la hiérarchie des fonctionnaires, etc., et, d'autre part, par des principes d'un ordre plus élevé encore, qui sont ceux dont l'école des Doctrinaires disait, il y a un siècle, qu'ils

tirent leur supériorité transcendante de la plus haute de toutes les souverainetés, celle de la justice et de la raison, en sorte qu'ils dominent non seulement le législateur, mais la Constitution elle-même. Les défenseurs de ces idées ajoutent que c'est au juge qu'il appartient, à l'occasion et au cours des litiges dont il est saisi, de rechercher, de reconnaître et de formuler ces principes fondamentaux ou suprêmes, comme aussi de dénier la légitimité, et le droit à être appliquées, aux lois qui les auraient méconnus.

17. — En somme, cette thèse revient à dire que nos tribunaux sont appelés à faire par leurs jugements la Constitution qui nous manque présentement. Il suffit d'énoncer cette conclusion pour démontrer ce qu'ont d'inacceptable les idées d'où elle découle. Elle se heurte à la conception traditionnelle du pouvoir juridictionnel, telle qu'elle a été introduite par la Révolution et maintenue, depuis lors, dans notre droit public. De cette conception qui a engendré chez nous l'un de ces principes mêmes qui viennent d'être invoqués et caractérisés comme base du droit public français, il résulte que le juge, ayant pour premier et inéluctable devoir juridique d'appliquer les lois, ne saurait — comme le spécifie l'article 127 du Code pénal — pour des motifs pris en dehors de la législation elle-même, se refuser à tenir compte d'une loi qui a été régulièrement promulguée. Admettre que les tribunaux puissent mettre les lois hors d'application par cela seul qu'ils leur opposeraient des causes d'invalidation tirées de principes ou de préceptes dont ils seraient maîtres de dresser la liste et d'établir la supériorité en vertu de leur libre appréciation, ce serait, en réalité, leur conférer sur l'œuvre du législateur une faculté d'examen et de censure qui, finalement, ferait dépendre l'efficacité de toute cette œuvre de leur puissance discrétionnaire. Cette puissance deviendrait même illimitée : car il n'est guère de loi introduisant des innovations ou des réformes importantes qui, dans ces conditions, ne se prêterait à quelque contestation portant sur sa légitimité ; et le juge, pour peu qu'il soit hostile à une nouveauté législative, parviendrait trop souvent à faire valoir quelque raison d'ordre soi-disant supérieur qui lui fournirait le moyen de se soustraire à son application. Comment croire que l'autorité juridictionnelle possède, dans notre droit public, une telle puissance. la puissance de contrecarrer et de paralyser les décisions législatives des Chambres, alors que cette autorité n'est même pas nommée par les textes constitutionnels de 1875 ? Et, s'il ressort

ainsi manifestement de cette prétention du pouvoir judiciaire que la Constitution de 1875 a placé les juges dans la même position de subordination que les autorités administratives vis-à-vis du législateur, comment pourrait-on souscrire à la thèse des auteurs qui prétendent qu'il serait aujourd'hui au pouvoir de nos tribunaux de renverser tout notre ordre hiérarchique constitutionnel, remontant jusqu'aux origines révolutionnaires, par le seul moyen d'une évolution de jurisprudence, laquelle consisterait de leur part à affirmer leur droit de scruter la légitimité des lois en vue d'apprécier si, d'après leurs propres conceptions morales, sociales ou autres, elles méritent application, et qui leur permettrait ainsi de s'égaliser, de leur propre mouvement, au législateur?

DOCUMENT 3 : Conclusions du commissaire du gouvernement Latournerie dans l'arrêt du Conseil d'Etat, sect., 6 novembre 1936, Arrighi, Rec. Dalloz, 1938, p. 33-37.

des charges financières de l'Etat et d'aider au rétablissement de l'équilibre budgétaire par leurs répercussions sur les dépenses de l'exercice 1934 ou des exercices suivants (1) (L. 28 févr. 1934, art. 36). — 2^e espèce.

Ainsi le gouvernement n'a pas excédé les pouvoirs exceptionnels qu'il tenait de la disposition législative susrappelée en modifiant, dans un intérêt d'économie la législation relative à la mise à la retraite des fonctionnaires (2) (Id.). — Id.

3^o Peuvent être admis à la retraite d'office, par application de l'art. 2 du décret du 10 mai 1934, les fonctionnaires ayant accompli plus de trente ans de services civils et militaires : si, en effet, il est nécessaire que les intéressés justifient d'un nombre d'années de service au moins égal au minimum exigé pour l'ouverture du droit à pension d'ancienneté, les services militaires accomplis dans les armées de terre et de mer concourent avec les services civils pour la détermination du droit à pension, aux termes de l'art. 12 de la loi du 14 avril 1924 (3) (L. 14 avril 1924, art. 12; Décr., 10 mai 1924, art. 2). — 2^e espèce.

M. le commissaire du gouvernement Latournerie a présenté sur les deux affaires ci-après, les conclusions suivantes :

§ 1^{er}.

« Aux termes de l'art. 2, § 3, du décret-loi du 4 avril 1934, modifié par le décret du 10 mai 1934, « pourront... être mis à la retraite d'office, avec droit à pension d'ancienneté, les fonctionnaires justifiant d'un nombre d'années de services au moins égal au minimum exigé et qui seront, du fait de leur admission à la retraite d'office, dispensés de la condition d'âge ». C'est par application de ce texte que, par décision ministérielle du 26 juin 1934, contre laquelle a été formée la requête du sieur Arrighi, celui-ci, alors agent militaire, a été admis d'office à la retraite à partir du 30 juin 1934.

A

« I. — Il est constant que, si, dans le cas des militaires qui, après avoir obtenu une pension proportionnelle ont — comme c'est le cas du requérant — fini leur carrière dans un emploi civil, on tient compte, pour l'application du texte précité, des services militaires, non moins que des services civils, le sieur Arrighi était sujet à la mise à la retraite d'office. Car il comptait, au 30 juin 1934, plus de trente années de service, condition suffisante pour que le ministre pût le rayer des cadres de l'activité. Mais la thèse du requérant est précisément de soutenir que les services militaires rémunérés par la pension proportionnelle ne doivent pas, à cet égard, entrer en compte.

« II. — Ce moyen ne saurait être admis.

« Il résulte en effet, des prescriptions combinées des art. 12

et 13 de la loi du 14 avril 1924, vous l'avez jugé par l'arrêt Le Layec, du 9 févr. 1933 (Rec. des arrêts du Cons. d'Etat, p. 176) — que, si les services déjà rémunérés ne comptent pas pour la liquidation, il en va autrement pour la détermination du droit à pension.

B

« I. — Le sieur Arrighi ne se borne d'ailleurs pas à soutenir, à tort, que la décision contestée a fait une fausse application des prescriptions de l'art. 2 des décrets de 1934. Il prétend, en outre, que ces décrets eux-mêmes ont fait une fausse application des prescriptions de l'art. 36 de la loi du 28 févr. 1934, en exécution duquel ils ont été pris. Cet article n'autoriserait, en effet, que des réformes spéciales à l'exercice 1934 et non des réformes à effet durable, du type de celle qu'ont opérée les décrets en question.

« II. — Mais ce moyen n'a pas plus de fondement que le précédent. Cette interprétation de l'art. 36 de la loi de 1934 a été en effet condamnée par des arrêts récents.

C

« I. — Remontant d'un degré encore dans ses critiques de légalité — et c'est ici que la requête soulève une question dont l'importance n'est pas minime — le sieur Arrighi soutient en effet que ces prescriptions de l'art. 36 sont elles-mêmes entachées d'illégalité, qu'elles sont inconstitutionnelles. Investi par l'art. 1^{er} de la loi constitutionnelle du 23 févr. 1875, du pouvoir législatif, le Parlement ne pouvait, en effet, dit-il, s'en dessaisir valablement au profit de l'autorité exécutive.

« C'est la thèse même que, par la requête 46.603, soutient, de son côté, la dame Coudert, ancienne institutrice, admise elle aussi à la retraite d'office par application du décret-loi du 4 avril 1934 et des textes modificatifs.

« Le juge de l'excès de pouvoir a-t-il compétence pour vérifier si une loi est constitutionnelle et, dans le cas où cette question devrait se résoudre par l'affirmative, pour dénier toute force exécutoire aux lois qui se présentent ce caractère ?

§ 2.

« Il ne saurait être sérieusement soutenu en France, qu'à supposer qu'il existe un contentieux de la validité de la loi — il serait paradoxal de dire de l'illégalité de la loi — il puisse se présenter sous la forme d'un contentieux de l'annulation ou, même, d'un contentieux de l'indemnité.

« Mais il en est autrement en ce qui concerne le contentieux de l'exception de validité.

« Cette question est d'ailleurs, dans ces dernières années, sortie au domaine des questions d'école. Agitée déjà devant les tribu-

naux, au cours de l'année 1925, à propos de la loi du 28 mars 1914, relative aux pouvoirs des commissions parlementaires d'enquête, elle a été, tant devant le Parlement que dans la doctrine, abondamment controversée à l'occasion des lois qui, à plusieurs reprises, ont étendu extraordinairement, d'aucuns disaient : irrégulièrement — et les deux requêtes dont vous êtes saisis ne font que vous apporter un écho de cette opinion — les pouvoirs réglementaires de l'exécutif.

« Avez-vous, comme on vous y convie, le pouvoir d'exercer sur la loi — seulement d'ailleurs sur exception — un contrôle analogue à celui auquel vous soumettez, comme juges de l'exercice du pouvoir, les actes administratifs ?

A

« L'opinion qui, à cette question, répond par la négative, a coutume de présenter cette solution comme dérivant du principe de la séparation des pouvoirs.

« Mais, si l'on envisage ce principe abstraitement en quelque sorte, il s'en faut qu'il conduise nécessairement à cette solution.

« De ce principe, il existe, en effet, deux conceptions nettement distinctes.

« Dans la première, que présuppose l'opinion que nous envisageons, il se présente, à la vérité, comme un cloisonnement des divers pouvoirs, sans communication ni action réciproque entre eux.

« Mais la seconde conception, au contraire, admet une action réciproque, tendant à opérer la limitation de ces pouvoirs les uns par les autres. Bien loin d'être en contradiction avec le principe en question, cette action réciproque est, dans cette conception, le moyen même des fins de ce principe et, par suite, son affirmation même. Tout ce qu'exige alors le principe, c'est que l'action que chaque pouvoir a sur les autres ne s'opère, comme on l'a dit, que « par l'exercice de sa propre fonction ».

« Or, c'est une règle de droit bien établie que le juge de l'action est le juge de l'exception.

« Lorsqu'un régime juridique établit dès lors une hiérarchie entre les lois, c'est-à-dire lorsqu'il existe ce qu'on a appelé une « super-légalité » ou encore une « loi des lois », le juge, dans cette seconde conception, ne fait rien que de conforme à sa mission pourvu que sa décision n'ait d'effet que sur le procès auquel elle s'applique — en faisant céder, le cas échéant à la loi supérieure celle du degré inférieur. Il ne fait, en effet, en pareil cas, que statuer sur un conflit de lois qui ne diffère guère par nature d'autres conflits qui se présentent devant lui entre lois égales : conflits dans le temps (théorie de l'abrogation et de la rétroactivité); conflits dans l'espace (théorie de la personnalité ou de la territorialité des lois). Si le juge ne refusait pas, en pareil cas, à la loi inférieure la sanction de son autorité, ne renverserait-il d'ailleurs pas l'ordre de la hiérarchie légale en permettant à la loi inférieure d'offusquer la loi supérieure et en réglant la force exécutoire des lois, non d'après leur nature, mais seulement d'après leur date ?

« C'est par des raisonnements de ce genre, sans réplique en logique pure, que le contrôle de la constitutionnalité s'est établi en Amérique dès longtemps, par le célèbre arrêt *Marbury c. Madison* et plus récemment en Roumanie, ainsi que dans divers autres Etats.

B

« Mais ce n'est pas dans de telles considérations de logique pure qu'en France, tout au moins, la solution doit être cherchée. Le principe de la séparation des pouvoirs présente chez nous, en effet, un aspect très spécial que lui ont imprimé les circonstances historiques particulières. Nous devons les rappeler sommairement.

I

« Affirmé dans cet art. 16 — qu'invoque expressément le sieur Arrighi — de la déclaration des droits de 1789, quel sens attache-t-on alors à ce principe ?

« La conception en est entièrement dominée par la souveraineté de la loi.

« Nous n'avons pas à examiner ici en détail le rôle que jouèrent sur ce point la doctrine d'alors, et notamment les idées du philosophe de Genève.

« On sait à quel degré d'absolutisme il portait cette souveraineté, au nom de la volonté générale et par quelles formules catégoriques il a présenté, à ce propos, comme des axiomes certaines affirmations, dont la vérité a depuis paru un peu moins évidente.

« Nul n'est injuste envers lui-même », « La volonté générale ne peut errer », « Le souverain, par le seul fait qu'il est, est toujours ce qu'il doit être ». Comment la notion d'une loi infailible et conduite au juste, ainsi qu'on l'a dit, par un « vrai déterminisme du bien », s'accommoderait-elle d'un contrôle même de magistrats élus ? Un tel contrôle serait un « scandale ». Et telle est bien la réaction des assemblées révolutionnaires devant l'idée d'un tel contrôle.

« A cette considération de doctrine constitutionnelle s'ajoutaient, d'ailleurs, les préjugés qu'avaient inspirés, comme on l'a maintes fois rappelé, à des assemblées novatrices des parlements hostiles aux réformes.

« C'est par cette adjonction d'influences que s'expliquent tant les interdictions portées par les art. 10 et 11 de la loi du 16-24 août 1790 que le refus aux juges — par la procédure dite du référé législatif — même du pouvoir d'interpréter la loi.

« On ne saurait dès lors s'étonner que, par la décision du 11 fruct. an 5, la Cour de cassation ait interdit aux juges de faire « la critique de la loi » et qu'un autre arrêt du 18 fruct. an 5, ait formellement condamné tout contrôle. Le jugement censuré avait cru cependant pouvoir s'appuyer sur l'art. 377 de l'acte constitutionnel, « où le Peuple français (avait) remis la Constitution à la fidélité du corps législatif, du directoire exécutif, des administrateurs et des juges, à la vigilance des pères de famille, aux épouses et aux mères, à l'affection des jeunes citoyens et au courage de tous les Français ». Mais la Cour de cassation, implacablement, a vu là, « l'effet d'une erreur coupable ». « On ne peut voir, dit-elle, en effet, dans cette phrase touchante, qu'une invitation aux fonctionnaires publics de bien remplir leurs devoirs, aux parents de faire connaître la constitution à leurs enfants, à ceux-ci de l'aimer et à tous de la défendre ».

II

« 1. — On sait que sous les constitutions du Consulat et de l'Empire, si, sous l'inspiration de Siéyès, qui avait, dès l'époque du Directoire, fait de la conception absolue de la souveraineté de la loi une assez vive critique, un certain contrôle fut admis, ce fut uniquement — c'est bien en ce sens que l'art. 127, C. pén., paraît devoir l'interpréter — par l'organe du Sénat. La jurisprudence n'eut donc pas à se modifier. V. Cass. civ. 23 mai 1814 (S. chr.).

« 2. — Quoi qu'on en ait dit, d'autre part, l'arrêt de la chambre criminelle du 11 mai 1833 (S. 1833. 1. 337; P. chr.) et celui de la chambre des requêtes du 18 avril 1833 (S. 1833. 1. 371) ne paraissent pas avoir innové sur ce point (le premier admet toutefois le contrôle de l'existence de la loi).

« 3. — Le contrôle proprement dit, celui de la constitutionnalité, paraît, au contraire, avoir été nettement admis en 1831 par deux arrêts de la chambre criminelle du 15 mars 1831 (S. 1831. 1. 214; P. 1831. 1. 536) et du 17 nov. 1831 (S. 1831. 1. 707; P. 1832. 1. 176).

« 4. — Le second Empire revient à cet égard, à un état de droit semblable à celui du premier Empire.

« Car l'arrêt de la Cour de cassation du 13 avril 1863 (S. 1863. 1. 330; *Refonte Sirey*), qui d'après certains, serait favorable au contrôle, ne paraît pas avoir la portée qui lui est ainsi attribuée.

« 5. — Il en va de même pour l'arrêt *Pelletier*, rendu par le Tribunal des conflits le 30 juill. 1873 (S. 1874. 2. 28; *Refonte Sirey*; P. chr.). Et, le 23 mai 1901, par un arrêt très net, quoique des plus succincts, l'arrêt *Delarue* (S. 1901. 3. 37), vous avez exclu le contrôle.

« Mais, si les arrêts *Winkel* et *Tichit*, du 7 août 1909 (S. 1909. 3. 145, et la note de M. Hauriou), et du 1^{er} mars 1912 (S. 1913. 3. 137, et la note de M. Hauriou), ne reviennent nullement sur cette jurisprudence, quoique l'opinion contraire ait été soutenue, l'arrêt *Hayriès* du 20 juin 1918 (S. 1922. 3. 49, et la note de M. Hauriou), qui n'est pas un arrêt isolé, a statué sur l'interprétation de la loi constitutionnelle et déclaré valable un règlement qui, dans des circonstances exceptionnelles, avait suspendu l'application d'une loi.

« Quant à la juridiction civile, si, dans l'affaire de la commission d'enquête, le tribunal civil de la Seine a, le 23 oct. 1925, refusé de procéder au contrôle qui lui était demandé, la Cour de cassation ne s'est pas, par son arrêt du 11 juin 1926 (*Bull. crim.*, n° 138) nettement expliquée sur ce point.

« Mais, quoi qu'il en soit de l'interprétation que le principe de la séparation des pouvoirs a pu recevoir dans le passé, la solu-

tion qui écarte le contrôle est-elle aujourd'hui en accord avec l'ensemble de la situation juridique ?

§ 3.

« Pour soutenir la négative, de très curieux arguments peuvent être invoqués.

I

« On peut tout d'abord faire observer que, depuis l'époque lointaine où la Cour de cassation réprovait, comme la plus lourde des erreurs, cette tentative de contrôle qui s'était cependant placée sous le couvert de la Constitution, la conception que l'on se fait tant de la loi que des pouvoirs du juge, s'est considérablement modifiée.

« Non seulement, en effet, ce référé législatif qui consacrait à cet égard, la dépendance du juge, a cessé d'exister depuis près d'un siècle. Mais, depuis une époque plus récente, ont, quant à l'interprétation de la loi, prévalu des méthodes si larges que, sans que, même entendu de cette façon, le pouvoir du juge s'étende jusqu'à ce qu'en certains pays on appelle la « construction » de la loi, il constitue, jusqu'à un certain point, une collaboration, évidemment subordonnée, mais en partie cependant originale, à l'œuvre du législateur.

« La jurisprudence *Heyriès*, que nous avons citée, n'en est-elle pas un exemple ? S'il est certain que ce serait méconnaître la portée de cet arrêt que d'y voir l'application du contrôle, le Conseil d'Etat n'en a pas moins, en effet, par cette décision, confronté à l'autorité de la loi simple les pouvoirs que l'autorité exécutive tient de la loi constitutionnelle et fait prévaloir sur la loi ordinaire — dans un cas à la vérité très particulier — une décision prise par le gouvernement dans l'exercice de ses pouvoirs.

II.

« Si, d'autre part, il fut un temps où le pouvoir judiciaire fut suspect de vouloir entreprendre sur l'autorité du législateur, il ne paraît guère contestable que ces temps sont bien révolus. Il semble que certaines critiques lui reprocheraient plutôt aujourd'hui — et cependant votre jurisprudence n'a-t-elle pas étendu son contrôle sur des actes quasi-législatifs, tels que les décrets dits décrets-lois et les décrets coloniaux ? — un excès de réserve et de discrétion.

III.

« D'ailleurs, si la conception — fatale au contrôle — qui fait de l'Etat la source exclusive du droit n'a pas cessé — il s'en faut — d'avoir des partisans, parfois sous des formules nouvelles, de nouvelles théories se sont aussi fait jour qui, dans les rapports des Etats entre eux ou même à l'intérieur du pays, soumettent au droit l'Etat lui-même.

« Et si la loi continue à rester la règle juridique fondamentale, sinon, aux yeux de tous, suprême, le temps n'a pas laissé que d'atténuer sérieusement, depuis un siècle, la conception quasi-oraculaire qu'on s'en était faite un instant.

« Il a été d'ailleurs expressément soutenu (Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la constitution*, *Rev. de dr. publ.*, 1928, p. 252) que, les institutions de contrôle étant de l'essence de la démocratie, si le contrôle de la constitutionnalité des lois a sa place quelque part, c'est sous de tels régimes. Thèse à la lumière de laquelle s'éclaircit peut-être ces arrêts de 1831 qui ont admis le contrôle au moment même où, pour la première fois, l'assemblée représentative tenait son élection du suffrage universel et direct.

« Ce ne saurait être d'ailleurs par une simple coïncidence que la jurisprudence et les institutions juridiques de cette courte période de la deuxième République nous présentent, sur certains points, une si surprenante préfiguration de celles de notre régime actuel, notamment quant à la justice déléguée, quant au Tribunal des conflits et quant à la jurisprudence *Blanco* (8 févr. 1873; S. 1873. 2. 153; *Refonte Sirey*; P. chr.).

« Si, sur tous ces points la loi interne des institutions juridiques a amené de tels rapprochements, n'en doit-il pas aller de même sur le point que nous examinons ?

§ 4.

« Si persuasive, à certains égards, que puisse paraître cette thèse, elle ne nous paraît pas devoir être retenue.

I

« Si large qu'ait été, en effet, l'extension des pouvoirs du juge dans l'interprétation de la loi, elle ne saurait aller jamais jusqu'à priver de force un acte législatif, du moins émanant du Parlement.

« Comment pourrait-il en être ainsi, alors que la théorie dite des actes de gouvernement, met en dehors de votre contrôle jusqu'aux actes relatifs aux rapports de l'exécutif et du Parlement et que la jurisprudence *Septfonds*, si elle permet aux tribunaux judiciaires d'interpréter les règlements, leur interdit d'en apprécier la validité ?

« Sans doute, la loi constitutionnelle n'échappe-t-elle pas plus que la loi simple, quoi que certains auteurs en aient dit, au pouvoir d'interprétation du juge. Mais si votre jurisprudence *Heyriès* l'a fait prévaloir sur la loi simple, c'est sur l'appréciation de la légalité, non pas de cette dernière loi, mais de l'acte administratif qui, provisoirement, l'avait suspendue.

II

« Si, d'autre part, malgré les progrès qu'il a faits dans l'étendue de son contrôle, le juge et, en particulier, le juge de l'excès du pouvoir a désarmé les préjugés qui avaient fait tenir en suspicion la magistrature de l'époque intermédiaire, ce serait, semble-t-il, une entreprise non moins vaine que dangereuse que de l'engager à risquer, par de telles tentatives de contrôle, tout l'acquis de la jurisprudence. Quelque atteinte qu'aient pu recevoir certaines idées peut-être trop absolues sur la souveraineté de la loi, il n'en reste pas moins, en effet, que, dans la théorie et aussi dans la pratique de notre droit public, le Parlement reste l'expression de la volonté générale et ne relève à ce titre que de lui-même et de cette même volonté.

III

« Pratiquement d'ailleurs, quel serait l'avantage qu'on pourrait attendre d'un tel contrôle ?

« Il faudrait, pour qu'il y en eût un, que la loi supérieure eut un contenu substantiel à l'égard des droits individuels. Or, si l'on écarte les déclarations de droits — et c'est ce qui doit être fait, semble-t-il — il ne reste guère, dans nos textes constitutionnels, que des prescriptions de procédure, sans intérêt contentieux pour les particuliers. Ne fit-il tomber que des mesures telles que celles qui vous sont déférées, il faut reconnaître toutefois que le contrôle serait loin d'être sans intérêt.

IV

« Si sérieux que pût être cet avantage, il ne paraît pas être toutefois de ceux que votre jurisprudence, en l'état du droit, peut assurer aux justiciables.

« Il faut se résigner, en effet, tout au moins provisoirement, même aux dépens de l'harmonie des plus belles constructions juridiques, même aux dépens parfois de l'apparente équité, à ce que certaines parties du droit restent à l'état de droit imparfait, à l'état de droit sans sanction.

« Même cantonné dans un domaine moins large qu'il ne pourrait le paraître souhaitable, il s'en faut d'ailleurs que le rôle du juge soit condamné sur ces derniers points, à une entière inefficacité. Les règles de droit dégagées par une forte jurisprudence ont tôt ou tard, en effet, même en dehors de leur domaine, une influence salutaire et comme une sorte d'irradiation. C'est le seul rôle, selon nous, qu'en l'état du droit, puisse avoir votre jurisprudence, en dehors du domaine, qui vous est propre, des actes administratifs.

« Nous concluons au rejet des requêtes ».

1^{re} Espèce. — (Dame Coudert).

LE CONSEIL D'ETAT; — Vu la loi constitutionnelle du 25 févr. 1875; la loi du 14 avril 1924; la loi du 28 févr. 1934, art. 36; le décret du 4 avril 1934; le décret du 10 mai 1934; le décret du 30 juin 1934; le décret du 28 oct. 1934; la loi du 24 mai 1872, art. 9; — Considérant qu'une pension de retraite calculée conformément aux règles posées par le décret du 4 avril 1934, modifié par les décrets des 10 mai et 28 oct. 1934, a été concédée à la dame Coudert; que la requérante estime cette pension insuffisante; que, pour demander l'annulation du décret en date du 12 janv. 1935 lui accordant ladite pension, la dame Coudert se fonde exclusivement sur ce que l'art. 36

Le déclin de la loi

par G. BURDEAU

Professeur à la Faculté de droit de Paris.

Qu'il s'agisse de l'Opéra, du roman, de l'art de l'architecte ou du Tour de France, il faut se méfier des jugements péremptoires qui proclament le déclin d'une institution ou d'une entreprise humaine. Dans la plupart des cas, ce constat de déchéance ne fait que révéler l'inaptitude de celui qui le prononce à saisir la portée d'une évolution. Pour lui tout ce qui change décline parce qu'il évalue le changement par rapport à un schéma intellectuel subjectivement conçu pour exprimer l'idée d'une perfection.

Pourtant, si notre monde en mouvement est gonflé de ces pseudo-déclins qui n'ont de réalité que dans l'humeur morose de ceux qui les dénoncent, il faut bien convenir que sa marche en avant ne va pas sans l'abandon de valeurs, de croyances et d'institutions. Rebelles à tout avatar, elles n'ont plus de place dans le futur qui s'annonce. Toute caravane laisse ainsi derrière elle des cadavres qui jalonnent la piste qu'elle a suivie ; il en est d'insignifiants, d'autres sont augustes. Parmi ceux-ci, la loi mérite de retenir l'attention, non tant pour être prétexte à une oraison funèbre que pour une réflexion sur le sens de la désaffection dont elle est l'objet.

Juridiquement, son déclin se révèle en tant qu'elle est, à la fois, une technique de création du droit et un mode d'expression de l'autorité. Mais cette déchéance ne prend toute sa portée que si l'on prend garde qu'elle est la conséquence d'une transformation concernant les valeurs qui constituent le fondement des sociétés modernes. La désintégration du concept de loi n'est pas explicable par les seules données de l'univers juridique ; elle est le reflet d'un phénomène sociologique qui permet seul d'en mesurer l'importance. Sans prétendre développer cette proposition d'une manière exhaustive, nous voudrions seulement rassembler quelques observations qui la rendent vraisemblable.

1. Le fait le plus évident est sans doute l'effacement de la loi en tant qu'instrument de création du droit. Que le nombre des lois n'ait pas sensiblement diminué en valeur absolue ne prouve rien car, ce qu'il faut considérer, c'est leur proportion par rapport au volume total des règles étatiques. Or il est clair qu'à ce point de vue, la place des lois ne cesse de s'amoin-

et cela quel que soit le régime politique de l'Etat considéré — au profit de ce que l'on pourrait appeler la réglementation bureaucratique.

Sans doute pourrait-on contester la pertinence de cette observation en faisant valoir qu'elle n'est fondée que par référence à un critère formel de la loi. Qu'il y ait réduction de l'œuvre législative des Parlements ne signifierait pas que la loi elle-même soit atteinte ; il y aurait simplement substitution d'une procédure à une autre : la législation gouvernementale venant relayer la législation parlementaire. Dans cette interprétation, le renouvellement de la technique législative, bien loin de consacrer un déclin de la loi, prouverait, au contraire, son aptitude à s'adapter aux données nouvelles des problèmes auxquels elle doit apporter une solution.

Dans la mesure où elle met en cause la définition de la loi, la discussion de cette thèse nous entraînerait au-delà de notre modeste propos. Aussi, nous bornerons-nous à constater que, s'il en va autrement sur le plan de la théorie du droit, politiquement et sociologiquement la notion de loi est, aujourd'hui, inséparable d'un certain mode d'élaboration de la règle faisant intervenir la représentation nationale. La preuve en est que, nulle part, on n'a osé qualifier de loi des actes qui n'auraient pas été adoptés par un vote des assemblées. On parlera de *statutory orders*, d'arrêtés-royaux, de *Rechtsverordnungen*, de Proclamations, d'*Executive orders*, d'ordonnances ou de décrets, mais le titre de loi, de *statute* ou de *Gesetz* demeure réservé aux règles par où s'exprime la volonté politique du peuple souverain. Il ne s'agit pas d'une simple question de terminologie ou de procédure : ce qui a fait, pendant plus d'un siècle, à la fois l'autorité juridique et le prestige politique de la loi, c'est qu'à raison de son mode de formation, elle pouvait être tenue pour l'expression de la volonté générale. Les formes particulières requises pour son adoption consacraient le caractère initial et inconditionné de la règle législative ; elles en étaient donc moins un critère externe qu'un élément intrinsèque.

On ne peut donc pas dire que l'extension de la réglementation édictée par les autorités gouvernementales ou administratives ne s'analyse qu'en un changement de technique dans l'élaboration des normes légales. C'est bien d'un recul de la loi qu'il s'agit. Ce que confirme, d'ailleurs, l'effacement de la subordination hiérarchique de la réglementation gouvernementale à la loi. Naguère, les mesures générales prises par l'exécutif étaient valorisées par leur rattachement à une loi préexistante. On pouvait, en donnant au terme un sens très large, y voir des mesures d'exécution de la loi. Il n'en va plus de même aujourd'hui. Depuis quelques décennies et dans la plupart des Etats, la pratique des délégations de pouvoir quasiment permanentes et en fait, illimitées quant à leur objet, avait fini par vider de toute signification le principe de la subordination du règlement à la loi. L'établissement d'un pouvoir réglementaire autonome par l'article 37 de la Constitution française de 1958 sanctionne cette évolution. En tant qu'instrument de création du droit positif, non seulement la loi n'a plus le monopole des règles initiales, mais encore elle a perdu, en fait ou en droit, la possibilité d'intervenir en certaines matières. En fait la raison de leur technicité ou de

l'incapacité où se trouvent les assemblées de dégager une majorité à leur propos ; en droit lorsque, comme c'est le cas avec l'article 34 de la Constitution de 1958, le domaine du législateur parlementaire est restrictivement délimité.

2. Succédant à un règne si glorieux — que l'on songe à ce que fût la loi aussi bien pour le peuple que pour les théoriciens du droit public — une telle déchéance serait proprement stupéfiante si l'on n'y voyait que l'effet d'un accommodement des procédés de fixation du droit aux exigences des sociétés modernes. Le vrai, c'est que le déclin de la loi enregistre une transformation profonde dans la manière d'entendre l'autorité.

La grande époque de la loi correspond à la période durant laquelle, éméché par la découverte de sa propre puissance, l'esprit humain n'admit comme compatible avec sa dignité que la soumission aux impératifs de la raison. Tout l'effort de la pensée du XVIII^e siècle a débouché ainsi sur une conception de l'autorité dont le caractère fondamental était l'impersonnalité. Obéir à la loi, c'est cesser d'obéir à un homme ; ce n'est pas s'incliner, c'est au contraire s'élever jusqu'à la compréhension d'une norme supérieure intransgressible à raison de son contenu et non de la bouche qui l'énonce. Ce n'est pas par hasard, en effet, que le culte de la loi s'est affirmé parallèlement à la diffusion de l'idée démocratique. L'un et l'autre exprimaient le souci d'exclure, du rapport de commandement à obéissance, la subordination des sujets à la médiocrité d'une volonté humaine. Dans la conception classique de la démocratie, le pouvoir n'est tolérable que s'il est anonyme ; et c'est pour qu'il demeure tel qu'il est attribué à la nation. Quant à la loi, si elle est la règle suprême, c'est parce qu'en elle ne s'inscrit aucune exigence particulière, aucun ordre tributaire des contingences, mais exclusivement les impératifs permanents et rationnels qui président au destin d'une intemporelle cité. La synthèse de l'autorité et de la raison que réalise la démocratie, c'est par l'intermédiaire de la nation qu'elle s'accomplit : par la nation ensemble siège du Pouvoir et dépositaire de cette lumière qui la rend infaillible parce que sa volonté, formée par la communion des citoyens, et, par hypothèse, détachée de toutes les faiblesses, de tous les appétits, de toutes les erreurs de celui que Rousseau appelait « l'homme naturel ». Le pouvoir de la nation ne saurait donc être autre que la puissance collective mise au service de la raison.

Dans ce contexte, l'impersonnalité et la généralité ne caractérisent pas seulement la loi quant à son objet (sur quoi la doctrine a toujours insisté), mais aussi quant à son origine. La loi est, au plein sens du terme, la règle objective car elle est moins une création du législateur que l'enregistrement, par lui, d'un principe supérieur auquel, pour peu qu'il soit éclairé, tout esprit doit adhérer. D'où que la loi soit douée d'une autorité intransgressible ; d'où aussi que son objectivité lui interdit de s'occuper du détail, des situations liées à la contingence. Sous son empire les sociétés humaines suivront un cours aussi ordonné que celui des astres régis par la mécanique céleste. Le pouvoir des lois n'extériorise pas la puissance d'un homme ou d'un

parti : il traduit la nécessité telle que l'intelligence la dégage de la nature des choses.

Une première atteinte à cette croyance dans l'autorité transcendante de la loi lui fût apportée à partir du moment où, cessant de l'utiliser pour discipliner la cité existante, les gouvernants en usèrent comme d'un moyen pour créer une société nouvelle. Devenant un procédé de gouvernement, elle fut affectée de la relativité qui s'attache à la décision politique. Elément d'un programme dicté par un parti, elle n'est plus qu'une solution parmi d'autres. Une solution dont la valeur est faite, moins de son contenu intrinsèque, que de la puissance de la force politique qui l'impose. Et par là, elle s'offre à la contestation puisqu'elle énonce des volontés humaines. D'autre part, en même temps, qu'elle perd le bénéfice de l'anonymat dans son origine, elle se particularise dans son objet. Puisque le législateur vise à refaire la société, son œuvre doit en épouser toutes les inflexions ; il ne statue plus en imposant à tous les impératifs d'une même raison, mais en fonction de situations, de besoins, d'intérêts infiniment diversifiés. Or, pour ce faire, la loi ne peut plus prétendre être l'instrument le mieux qualifié. Le règlement, le décret, voire le simple arrêté sont plus aptes qu'elle à insérer la règle dans les rapports complexes où se trouvent engagées les différentes catégories sociales.

Dans cette évolution de son usage la loi a perdu son prestige. Partisane et tâtilonne, transitoire parce que liée aux contingences, condamnée souvent à rester lettre morte, elle n'apparaît plus digne du marbre où l'on songeait autrefois à la graver ni du respect qui faisait inscrire son nom au fronton des monuments publics. Pourtant, règle déçue, règle provisoire, elle demeure la règle, c'est-à-dire un principe d'ordre, imposé de l'extérieur au groupe, par une vue rationnelle de la discipline qui lui est nécessaire et où s'inscrivent les valeurs officiellement consacrées pour être les assises de la vie collective.

3. Il n'est pas sûr que la loi ainsi comprise rencontre encore un écho dans l'appareil mental et culturel des sociétés contemporaines. Ni la rationalité, ni la fixité, ni la normativité inhérentes au concept de loi ne rencontrent, dans l'univers socio-culturel de l'homme d'aujourd'hui, un terrain propice à les faire accepter comme des valeurs vécues. Bien au contraire, par un paradoxe dont l'analyse nous entraînerait trop loin, il semble que, dans le moment même où les hommes prennent conscience de l'urgence d'une structuration plus solide de l'être collectif, la loi cesse d'en être considérée comme un moyen adéquat. Pendant des siècles, elle fût le ciment des sociétés ; elle n'en est plus, aujourd'hui, qu'une image pâlie conservée dans des codes que personne ne songe à ouvrir lorsque se pose, pour le groupe, un problème vraiment vital.

a) Il est clair d'abord que la rationalité n'est pas, pour notre temps, un critère de valeur ni un motif d'attachement. Qu'il s'agisse du nouveau roman, du cinéma de la nouvelle vague, de la peinture non figurative, de la

musique concrète, du théâtre de Brecht ou de Ionesco, on chercherait en vain dans les œuvres, un souci d'expliquer des conduites ou des goûts. Rien n'est lié, déduit, nécessaire : tout est fortuit, intellectuellement invertébré et, pour tout dire, irrationnel. La philosophie de l'ambiguïté s'est substituée à celle de l'absurde mais sans faire davantage confiance à l'esprit pour comprendre et construire. L'existant se suffit ; son opacité est imperméable à la raison. Le seul enseignement qu'il puisse offrir à qui y cherche des repères pour orienter des comportements se ramène à une énigmatique réponse : « c'est selon ... ». Selon le moment, le lieu, l'environnement humain et, plus encore, selon la qualité de l'inquiétude qui te pousse, toi qui interroge, à poser la question. Le monde moderne est un miroir qui, partout, renvoie à l'homme l'image de son anxiété.

Dès lors qu'il est impénétrable à la raison, et que l'on est pas assuré qu'il lui obéit, où pourrait-on y insérer la règle que dicte la raison ? Et cette règle elle-même, quel contenu lui donner qui ne soit pas affirmation gratuite, hypothèse aléatoire que le réel ignore plus encore qu'il ne la dément explicitement ? Certes, les politiques plaquent encore sur lui leurs schémas législatifs, mais, d'une part, ces lois ne se hasardent plus à embrasser de larges secteurs de la vie collective, d'autre part, on ne peut pas dire qu'elles s'incorporent à la structure de la société ; elles demeurent artifices car ce n'est pas d'elles que vit le groupe. Son équilibre présent, son orientation lui viennent d'impulsions profondes qui précèdent de satisfactions ou d'inquiétudes matérielles. Ce n'est plus dans les codes que les hommes lisent leur avenir, mais dans le chiffre porté sur leur bulletin de paie.

b) Et cependant, jamais ils n'ont plus clairement perçu l'évidence que leur destin est lié à celui de la collectivité à laquelle ils appartiennent. Jamais ne s'est affirmée une volonté plus résolue à substituer au social spontané, un social voulu et construit ; intention d'où il ressort que la politique n'est que le social devenu conscient. On pourrait penser qu'une telle résolution offre à la loi l'occasion de reconquérir son ancienne maîtrise. Il n'en est rien : ce n'est pas par la loi que le groupe tend à assumer son destin ; c'est par le *Plan*.

La promotion du plan est la conséquence de facteurs économiques, politiques et sociaux bien connus. Ce qu'il convient de souligner ici c'est combien la planification — surtout avec la souplesse que lui conserve le monde occidental — s'accorde mieux que la technique législative aux données psychologiques des sociétés contemporaines. Sans doute le *Plan* comme la loi implique projection dans l'avenir de la volonté humaine ; l'un comme l'autre se recommandent du résultat escompté de leur observation. Mais il diffèrent quant à leur inspiration.

Dans la loi, il y a le reflet d'une société suffisamment sûre d'elle-même pour soumettre le futur aux valeurs que d'ores et déjà elle tient pour indiscutables. La fixité de la loi est le témoignage d'une bonne conscience sociale ; mais elle suppose une société stable, des croyances fermes, des représentations qu'aucun doute n'ébranle. Toute loi inclut en elle les préceptes d'une

morale sociale. Or, on chercherait en vain de telles certitudes dans nos sociétés qui se font un dogme du changement, qui croient à leur évolution plus encore qu'elles n'évoluent et, pour qui c'est péché que de ne pas vivre à l'heure de demain. Lourdes d'une histoire dont les enseignements leur importe moins que le mouvement qu'elle révèle elles ne sauraient admettre que le destin du futur soit déterminé par une réflexion nourrie du passé. Le Plan, au contraire, tire son autorité des faits qui se produiront dans l'avenir ; sa valeur repose, non sur une expérience, mais sur une anticipation. Il n'est pas fait pour moi, mais pour mes enfants qui ne me ressembleront pas. Et c'est bien par là qu'il est en harmonie avec le rythme de notre temps. Tandis que la loi reproduit — ne serait-ce qu'à raison des valeurs qu'elle consacre — le plan imagine. Produit de la prospection, il nous fait vivre à crédit, alors que la loi, fruit d'une introspection sociale satisfaite, nous oblige à vivre de nos réserves. Où pourrions-nous présentement en trouver d'utilisables dès lors qu'une conviction intime, suscitée par les slogans tant politiques que commerciaux, nous incite à tenir pour périmé tout l'acquit de notre capital intellectuel ? Si le plan s'intègre si naturellement à l'univers mental des hommes d'aujourd'hui, c'est parce qu'il est une traite fondée sur une hypothèse ; si la loi en est exclue c'est parce qu'elle est une assurance gagée sur une certitude.

c) A cette mystique du plan corrélative au déclin de la loi, il y a d'ailleurs une autre explication qui, elle aussi, déborde le cadre de l'analyse juridique. Cette explication, c'est le refus de subordonner au droit l'ordre et la progression du groupe ; c'est le rejet de la normativité essentielle à l'idée de règle juridique. Pour un grand nombre de nos contemporains et spécialement pour la classe dirigeante, le droit est objet de suspicion, voire de mépris, parce que les règles qu'il énonce passent pour marquées de je ne sais quel esprit de système étranger aux exigences de la vie. Le droit sent l'Ecole, et les grands espaces ouverts à notre monde en expansion n'acceptent comme mesure qu'une pensée qui se cherche hors de tout dogmatisme. Le droit impose la règle qui vient de l'esprit, et nos sociétés, à peine de se fossiliser, ne tolèrent qu'une discipline qui émane spontanément des choses. Les sociologues et les psychologues nous diront peut-être pourquoi notre époque qu'illustrent dans le domaine des sciences pures, les spéculations intellectuelles les plus vertigineuses, témoigne quant aux relations de la vie sociale, d'un attachement quasi superstitieux au « concret ». Mais quoi qu'il en soit des motifs de ce décalage, il reste que nous sommes prêts à accorder aux faits l'obéissance que nous refusons à la raison.

Il suit de là qu'il n'est plus guère possible de soumettre les hommes à une contrainte qui ne leur paraîtrait pas procéder des choses. Le commandement s'enrobe dans sa statistique pour lui emprunter sa force persuasive. Alors que la loi fut valable aussi longtemps qu'il s'agissait de gouverner les hommes, sa puissance s'émousse lorsqu'il s'agit d'aménager les choses de telle sorte que ce soient elles qui dictent aux hommes les comportements souhaitables. Le plan, au contraire est l'instrument parfait de cette nouvelle et subtile

technique du commandement. Que ses prévisions concernent les barrages, les routes, la production chimique, le volume des investissements agricoles ou le taux de croissance des industries énergétiques, nulle part n'y apparaît une obligation pesant sur l'homme. Nulle part la norme n'y figure sous la forme brutale du « il est interdit... », « il est obligatoire... ». Bien mieux les termes dans lesquels on vulgarise le Plan sont rédigés au présent (v. la brochure de propagande relative au IV^e Plan et éditée sous la direction du Commissariat général du Plan d'équipement et de la productivité, p. 143 et s.). L'emploi du futur pourrait en effet évoquer un finalisme générateur d'obligations. Au présent, c'est la collectivité elle-même qui se dépeint, telle que la fait son développement organique. Plus rien ne semble agir de l'extérieur sur elle : plus de sujétions, plus de commandement : elle obéit à son dynamisme interne.

Il y aurait certes beaucoup à dire sur cette mutation de l'autorité qui fait d'elle un phénomène de biologie sociale. Il n'est pas exclu que, loin d'être un accident, elle soit durable dès lors que nos sociétés s'installeront définitivement dans l'abondance. Alors la loi ne sera qu'un sujet d'étude pour les ethnologues. Ils y verront le vestige des temps où, pour conserver leur cohésion, les sociétés ne pouvaient compter que sur les vertus d'un civisme astreignant. Pourtant, si quelque philosophe survit à l'hébètement des digestions télévisonnaires, il trouvera sans doute plaisant qu'après avoir cherché la liberté dans les lois, les hommes ont cru la trouver dans leur disparition. Il n'en sera cependant pas surpris. L'homme intégralement socialisé n'a plus besoin de lois ; les mécanismes internes du groupe suffisent à assurer l'adaptation de ses comportements aux exigences de l'ensemble. Pour pallier l'insuffisance des réactions spontanées, une administration technocratique peut agir comme régulation de réflexes. Faut-il alors en conclure que le déclin de la loi ne fait qu'enregistrer celui de la liberté ?

LA
NATURE DE L'ACTE CONSTITUANT
EN FRANCE
EN ANGLETERRE ET AUX ÉTATS-UNIS

Les Constitutions d'Angleterre et des États-Unis qui forment le sujet des deux précédents essais n'ont pas l'air de se prêter à un rapprochement, à moins que par ce rapprochement on ne cherche à faire ressortir le contraste des deux organisations politiques. Les différences de l'une à l'autre sont en effet considérables. La première est en grande partie non écrite, l'autre repose sur un texte. La pre-

13

LA NATURE DE L'ACTE CONSTITUANT, 219

Je ne retiens un instant la comparaison qu'afin d'en tirer ce principe, que, pour déterminer l'espèce d'une Constitution, pour la définir et la classer *per genus et differentiam*, il y a quelque chose d'aussi essentiel que les dispositions impératives qu'elle contient, d'aussi profondément distinctif et spécifique que l'équilibre particulier et la balance qu'elle tend à établir entre les pouvoirs. Je veux parler des forces antérieures à la Constitution qui en ont poussé là les éléments, les ont rapprochés, fondus et les tiennent unis. En d'autres termes, une caractéristique sérieuse d'un droit public quelconque peut être fournie aussi bien par les circonstances, les causes et la nature de l'acte constituant que par les rapports des pouvoirs constitués. Ce point a été touché plus d'une fois au cours de cet écrit. Mais la thèse est de si grande conséquence

218 ÉTUDES DE DROIT CONSTITUTIONNEL.

mière est la loi d'une monarchie, la seconde est la loi d'une république; la première est unitaire et impériale, la seconde est fédérale; la première consacre la responsabilité, et la seconde l'indépendance des ministres vis-à-vis des Chambres; enfin, et pour aller plus au fond, la première est aristocratique dans toute sa construction, la seconde paraît démocratique jusque dans ses fondements. On peut s'étonner que je réunisse deux types si opposés, et cela d'autant plus que je puis paraître leur avoir donné pour antithèse et contre-pied le droit public français, qui ressemble plus à chacun par le détail et même par l'ensemble que chacun ne ressemble à l'autre. Ces différences et ces analogies ne veulent pas être trop pressées. Elles vont d'ailleurs se fondant et s'effaçant de plus en plus, à mesure que la démocratie étend son uniformité sur les trois pays.

220 ÉTUDES DE DROIT CONSTITUTIONNEL.

qu'il y a sans doute quelque intérêt à la reprendre dans une sorte de conclusion et à la présenter sous une forme plus dégagée, avec plus d'unité et de suite.

En France, à l'époque où éclata la Révolution, toutes les antiques personnes morales — à l'exception de la plus haute — qui exerçaient à un degré quelconque une portion de la puissance publique, noblesse, clergé, parlements, états provinciaux, magistratures des villes et des communes, sortaient de l'ancien régime humiliées et discréditées, dépossédées ou énervées. Elles ressemblaient à des rameaux qui ne vivent plus que par l'écorce; on n'avait pas grand avantage à épargner ce bois à demi mort dont les vaisseaux rétrécis n'auraient guère pu se rouvrir à la sève. La Révolution les fit tomber par la secousse plus encore qu'elle ne les trancha par le fer. La royauté,

privée de ses branches maîtresses, qu'elle avait elle-même étouffées à l'ombre de son feuillage supérieur, se présentait comme un tronc isolé et dépouillé; elle défait le vent et appelait la cognée. Elle tomba à son tour. Tout était donc à planter ou à semer de nouveau, sur cette terre remuée en tout sens, sarclée à l'excès et devenue trop friable. Le corps entier du peuple était le seul être collectif resté debout. Il dut créer de rien, pour ainsi dire, des autorités nouvelles et organiser par voie d'invention et de commandement toute la société politique. Ces faits sont trop connus pour que j'y insiste. J'en recueille ceci seulement : qu'en France tous les pouvoirs, toutes les autorités établies datent des constitutions révolutionnaires et en procèdent; toutes y ont leur titre. Pour les autorités subordonnées, ce titre a été transféré de la Consti-

On voit les conséquences. Il y a eu un jour dans l'histoire où la France n'a plus été qu'une masse unique et homogène, constituée par un nombre immense de petites monades humaines. Les nouveaux groupes partiels qu'on découpa dans cette masse ne pouvaient être d'abord que des ensembles arbitraires créés pour la commodité du gouvernement; ce n'étaient pas des ensembles organiques constitués par l'action lente d'une longue vie commune. Tous moins que séculaires, à l'exception de la chétive commune, tous étroitement réglementés, ils n'ont pas, même aujourd'hui, cette vie propre, cette conscience quasi personnelle que de longues années, la tempérance et l'abstention du législateur plus que sa faveur et ses dons peuvent seules faire acquérir aux institutions locales. C'est uniquement la vie nationale qui les traverse, la conscience nationale

tution elle-même dans des lois faites en vertu de pouvoirs constitutionnels. Mais la source première n'en est pas moins la même pour les unes et pour les autres; aucune d'elles ne cherche ailleurs et ne fait remonter plus haut son investiture. Il n'y a eu d'exception que pour la royauté en 1814 et un peu moins nettement en 1830. Louis XVIII se flattait de régner en vertu d'un droit immémorial. Louis-Philippe entendait ne pas être un monarque élu et devoir sa couronne à un contrat entre les Chambres et la branche cadette des Bourbons. Mais ces deux exceptions confirment en quelque façon la règle, puisqu'elles ont agi l'une et l'autre comme une antinomie interne, comme un dissolvant du système. L'élément qui ne sortait pas du même fonds que tout le reste a fini par être éliminé violemment.

qui soutient, anime et dirige leurs autorités; cela paraît dans la loi elle-même par cet indice que le département, par exemple, n'a reçu qu'en 1838 une personnalité civile sérieuse, laquelle a toujours été refusée à nos arrondissements. Les pouvoirs supérieurs n'ont pas davantage conscience d'exister par eux-mêmes et ne sont pas devenus vraiment des « personnes ». Nés d'hier, ils tiennent encore par un lien visible et serré à la constitution qui les a institués; ils n'ont pas eu le loisir de créer autour d'eux des habitudes d'esprit et d'imagination, et d'y trouver un fondement stable en dehors de la loi. La plus puissante des raisons de vivre et de croire en soi, pour un être collectif, celle qui procède du fait d'avoir duré longtemps, n'a pas pu entrer profondément dans leur sens intime et y développer l'instinct d'un droit propre, indépendant des textes.

Depuis 1789, on peut dire qu'il y a eu en France des individus qui ont été rois, il n'y a plus eu de royauté, si l'on entend par ce mot une corporation perpétuelle représentée à chaque moment par un seul individu qui reçoit d'elle quelque chose en plus de sa valeur, de sa responsabilité et de son crédit personnels. Il y a eu des réunions d'individus délégués sous le nom de pairs, de sénateurs ou de députés, se rapprochant dans les conditions prévues par le statut constitutionnel et trouvant dans l'enceinte qui les rassemble juste ce qu'ils y avaient apporté du dehors. Il n'y a pas eu de Chambre des pairs, de Sénat, de Chambre des députés, si l'on entend par ces mots des corporations permanentes et animées d'une force propre dont quelque chose se communique aux membres qui s'y succèdent. Créations récentes et statutaires, les pou-

plitude les oscillations de l'esprit public.

En Angleterre, la Constitution — j'entends par là l'ensemble des dispositions écrites ou non écrites qui règlent l'exercice de la puissance publique à tous ses degrés — ne résulte pas d'un acte impératif du peuple souverain créant de rien, pour ainsi dire, des autorités qu'il investit d'attributions déterminées. Elle est formée d'une longue suite d'actes bilatéraux ou trilatéraux, transactions tacites, conventions débattues, pactes solennels entre des puissances déjà existantes, reconnues, respectées, qui s'étaient faites en quelque sorte toutes seules, puisqu'elles étaient nées toutes naturellement de la force des choses, et dont le titre repose sur une prescription séculaire. On peut remonter aussi loin que le quatorzième siècle dans l'histoire d'Angleterre. Trois forces sont en présence : la Couronne, les lords et les

voirs supérieurs regardent sans cesse du côté de la loi d'où ils procèdent et du peuple d'où procède la loi. La volonté nationale fait toute leur âme, volonté de tous, mais volonté d'un jour, tendue et toute-puissante aujourd'hui, demain languissante et sans nerf; aujourd'hui active jusqu'à l'enthousiasme, demain passive jusqu'à l'abandon. C'est pourquoi tantôt ils se montrent doués de l'énergie irrésistible que leur communiquent l'élan et la foi de tout un peuple, tantôt l'indifférence générale les laisse retomber sur la faiblesse et l'égoïsme des individus qui les composent. L'esprit de corps élevé, l'égoïsme compréhensif et respectable de grands êtres collectifs partiels ou spéciaux : — appareils à niveau moyen et constant, — font défaut à notre organisation politique. Profondément nationale dans toute sa substance, elle suit dans toute leur am-

communes; on les voit sans cesse en négociation courtoise ou en opposition violente. Elles règlent d'année en année, pour ainsi dire, leurs formes changeantes, leurs mobiles rapports, leur équilibre indéfiniment instable. Les deux instruments que l'on cite volontiers comme les sources de la constitution anglaise moderne, la déclaration des droits de 1688 et l'acte d'établissement de 1701, ne sont que des traités un peu plus solennels que les autres. Il n'y est pas question d'instituer des pouvoirs, — ceux-ci existent, — ni même de déterminer intégralement leurs attributions, — celles-ci sont déjà fixées par la coutume. Préciser sur certains points litigieux les limites assignées par cette coutume à des pouvoirs préexistants, c'est tout l'objet de ces textes célèbres. La Couronne ne leur doit pas son autorité, c'est la dynastie seulement qui leur

doit son titre. La prérogative royale est toujours celle de Henri VIII et d'Élisabeth, transmise sans interruption à leurs successeurs, et la nouvelle dynastie en prend simplement la suite sous les restrictions générales de la Common-law, partiellement réaffirmée à l'occasion des actes qui ont changé l'ordre de succession au trône.

En résumé, les grands pouvoirs politiques en Angleterre ne sont à aucun degré les créatures d'un pouvoir constituant, car leur existence est antérieure à quelque acte constituant que ce soit. Leur titre n'est pas une volonté expresse, manifestée régulièrement et distinctement à un jour donné, mais une antique possession de fait qu'aucune contestation n'a troublée depuis des siècles. Leur fondement est en dehors de toute loi d'organisation revêtue du sceau de la souve-

paraissent peu de chose en regard du crédit attaché au fait de la longue possession et des droits coutumiers qu'une pratique intense a greffés sur ce premier fonds statutaire. La constitution de l'unité nationale en Angleterre a été si précoce, le sentiment de cette unité s'est trouvé de bonne heure si vivace que l'État n'a pas pris ombrage de ces formations secondaires, qu'il a même trouvé son compte à respecter leur croissance indépendante, à les admettre comme complément ou supplément de sa propre organisation encore imparfaite. C'est ainsi que la conscience d'une vie distincte, d'un droit immanent, indépendants de toute investiture positive, a fini par se développer dans une infinité de petits et de grands pouvoirs locaux et spéciaux, universités, corporations ecclésiastiques, corporations urbaines, vestries paroissiales, associations pourvues de

raineté nationale; il est donc en dehors de la Constitution au sens où nous prenons ce mot en France, et, s'ils y figurent, ce n'est point parce qu'elle les institue et les consacre, c'est au contraire parce qu'elle est engendrée d'eux. Elle n'est que la mise à jour successive d'un règlement de frontières entre ces forces immémoriales qui, vivant côte à côte, s'étendent, se resserrent, se heurtent, se refoulent, transigent entre elles et ne connaissent pas le repos.

Je n'ai parlé jusqu'ici que des pouvoirs supérieurs. La condition des autorités subordonnées, locales ou spéciales, n'est pas moins particulière. Les autorités subordonnées peuvent, en général, invoquer, comme en France, un titre exprès, une institution conférée à une date certaine; mais ce titre originel est si incomplet, cette institution est si ancienne qu'ils

chartes. Créés un à un, chacun est demeuré plus ou moins à part des autres; aucun ne s'est contenté de prendre son rang passivement dans un ensemble ordonné et ne s'est senti étroitement dépendant d'une organisation assujettie elle-même à l'intérêt général. Et leur passé est si long, leur origine est si voisine parfois de l'époque où le corps politique lui-même s'est formé; ils se sont si bien désaccoutumés de regarder comme une délégation la fonction sociale qu'ils remplissent de temps immémorial; ils se considèrent si naturellement et naïvement comme des associés de l'État et non comme des subordonnés, que le législateur anglais a besoin de réfléchir longtemps et de philosopher plus qu'il n'en a le goût, pour découvrir qu'ils sont en effet ses créatures et qu'ils doivent se plier à l'utilité commune.

On voit combien nous sommes loin de

la France. En France, la nation se perçoit comme un seul bloc; en Angleterre, la nation se présente comme un agrégat. En France, les pouvoirs supérieurs ont tous été créés par la constitution; en Angleterre, les pouvoirs supérieurs ont fait et complètent tous les jours la Constitution, par le mouvement même de leur vie et le jeu naturel des forces qui agissent en eux. En France, les groupes partiels ou spéciaux sont tous artificiels; ils forment un ensemble hiérarchiquement ordonné, et les autorités qui les régissent fondent leurs droits sur la loi. En Angleterre, les groupes partiels ou spéciaux et les autorités qui les régissent remontent très-haut dans le passé, et chacun fonde isolément le plus clair de son droit sur sa longue possession.

On a vu par les précédentes études qu'aux États-Unis l'organisation de l'Union fédérale ne doit pas être séparée de l'orga-

La mutation des sources du droit constitutionnel

Élisabeth Zoller

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

La mutation des sources du droit est la conséquence des dispositions, aujourd'hui lointaines, prises en 1945 pour « préserver les générations futures du fléau de la guerre qui deux fois en l'espace d'une vie humaine a infligé à l'humanité d'indiscibles souffrances » (Préambule de la Charte des Nations-Unies). Pour maintenir la paix et la sécurité internationales, il faut que des échanges se nouent entre les États et que des solidarités se créent entre les hommes, au plan économique, bien sûr – ce sont les « solidarités de fait » que Robert Schuman appelait de ses vœux en 1950¹ – mais aussi et surtout, aux plans intellectuel et culturel. C'est pourquoi, contrairement aux sociétés closes de l'entre-deux guerres qui s'enfermaient pour certaines dans un totalitarisme étouffant, les sociétés d'après-guerre se sont ouvertes sur l'Europe et sur le monde. Limité dans

un premier temps à la seule communauté atlantique, l'échange des idées et des opinions entre les peuples qui est né de ces choix initiaux a pris un nouveau départ après la chute du mur de Berlin. Il a gagné le continent européen et s'est étendu à l'échelle planétaire, mettant en marche un grand mouvement d'europanisation et, plus largement, de globalisation (ou mondialisation) du droit qui se poursuit depuis sans discontinuer.

Les sources du droit en ont subi – et en subiront – des conséquences de grande ampleur. En France, ces sources ont déjà évolué d'un point de vue formel – la loi nationale n'est plus l'exclusive *fons et origo* du droit, comme en témoigne la présence dans l'ordre juridique de normes internationales et européennes directement applicables – et d'un point de vue matériel – le législateur, par nécessité comme par tradition², mais aussi les

¹ Déclaration Schuman prononcée le 9 mai 1950 par Robert Schuman, ministre des Affaires étrangères français, dans le salon de l'Horloge du Quai d'Orsay : « L'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble : elle se fera par des réalisations concrètes créant d'abord des solidarités de fait ».

² Il existe, d'une part, au Sénat une division de législation comparée à l'intérieur

de la direction de l'initiative parlementaire et des délégations et, d'autre part, à l'Assemblée nationale un service des affaires européennes qui élabore des études de législation comparée. Ces services ont un caractère purement informatif, mais ils permettent au législateur de situer certaines questions dont est saisi le Parlement dans un contexte plus large.

fondé sur autre chose ? Là où le fait l'emporte sur le droit, là où des pratiques ou des usages peuvent venir modifier les règles écrites, la volonté politique déplace la constitution. Aussi bien les sources non écrites du droit constitutionnel se sont-elles considérablement réduites. D'une part, les constitutions coutumières tendent à devenir de plus en plus écrites (A) et, d'autre part, les constitutions écrites ont de moins en moins tendance à devenir coutumières (B).

A. L'écriture des constitutions coutumières

Jusqu'aux révolutions américaine et française de la fin du XVIII^e siècle, le droit constitutionnel des divers pays d'Europe était « principalement, presque uniquement, fixé par la coutume »¹⁶. De cet ensemble coutumier, émergeaient bien quelques textes, souvent fort anciens, ainsi, en Angleterre, la Grande Charte (1215), la loi d'Hubert Corpus (1679), le *Bill of Rights* (1689), ou l'Acte d'Établissement (1700), mais ils étaient rares. Depuis la deuxième moitié du XX^e siècle, ils le sont de moins en moins. Tous les pays européens se sont dotés de constitutions écrites et, dans le seul qui soit resté fidèle au processus coutumier, le Royaume-Uni, la constitution coutumière est de plus en plus écrite. Partout, la densité du caractère non écrit des constitutions coutumières se réduit comme une peau de chagrin.

1. L'exemple du Royaume-Uni

Bien qu'en théorie, il soit impossible d'y identifier des lois constitutionnelles d'un point de vue formel puisque le Parlement peut les retirer, les modifier, ou les changer comme il lui plaît – selon Dicey, une loi prétendument « constitutionnelle » n'a pas plus de valeur que celle qui établit le statut des dentistes¹⁷ – il n'est pas interdit de les identifier d'un point de vue matériel. Or, la nouveauté en la matière est que le nombre de lois concernant la matière constitutionnelle soit qu'elles limitent les pouvoirs du Parlement soit qu'elles protègent les droits et libertés, a augmenté dans des proportions impressionnantes au cours des dernières années.

écrites ont, tout naturellement, pris le pas sur ses sources non écrites. La volonté des pouvoirs constitués qui l'emportait si souvent, notamment en France, sur celle du pouvoir constituant et qui faisait du droit constitutionnel un « droit politique » soumis non à la volonté de son auteur, le peuple, mais à celle de ses serviteurs, les organes constitués, ont perdu de leur force. Les sources non écrites ont décliné (i) et les sources écrites, toujours plus centrales, se sont renouvelées grâce à l'apport de droits venus d'ailleurs (ii).

I. Le déclin des sources non écrites

Il n'est pas si loin le temps où le droit constitutionnel s'enseignait sans constitution, pour ainsi dire. La constitution survivait, mais personne ne s'y intéressait. Dans les années 1950, Georges Burdeau n'y voyait plus qu'« un alibi qui dissimule mal la primauté du fait sur le droit »¹⁸. Seules comptaient les forces politiques telles qu'elles étaient organisées dans les partis. Le cours qui s'affichait encore « de droit constitutionnel » n'était un cours de droit que de nom ; c'était un « cours d'institutions politiques » centré sur le pouvoir, sa conquête et son exercice, qu'on complétait des termes, « et de droit constitutionnel », tel un hommage que les idées à la mode rendaient à celles qui ne l'étaient plus. La liberté politique ne se mesurait ni à la réalité de la séparation des pouvoirs ni à l'effectivité de la garantie des droits, mais au nombre de partis politiques dans les États qui se répartissaient entre régimes à parti unique, bipartites ou multipartites.

Aujourd'hui, l'étude du pouvoir relève de la science politique, et le droit constitutionnel est redevenu ce qu'il était à l'époque des Esmein, Duguit et Hauriou, la partie du droit public relative à la limitation du pouvoir par le droit, c'est-à-dire, le « gouvernement légal » comme l'appelaient Esmein¹⁹, « l'État de droit » préféreraient dire Duguit²⁰ et Hauriou²¹. Dans la mesure où l'idée même de droit appelle des règles fixes et permanentes, le retour de l'État de droit a signifié le retour de l'écrit dans les sources du droit constitutionnel. Comment l'État de droit pourrait-il être

¹⁶ G. Burdeau, « Une survivance : la notion de constitution », in *L'évolution du droit public. Études en l'honneur d'André Mierne*, Sirey, 1956, p. 53 s., not. p. 60.

¹⁷ A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 1899, p. 10.

¹⁸ L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, 1911, p. 38.

¹⁹ M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 1923, p. 257.

²⁰ A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 8^e éd., 1927, p. 603.

²¹ A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8^e éd., 1915, p. 141.

cours supérieurs qui y étaient moins accoutumés³, regardent vers les droits étrangers et parfois s'en inspirent. Plusieurs parmi les concepts aujourd'hui familiers du droit public français viennent de l'étranger comme le contrôle de proportionnalité dont les bases furent jetées au XIX^e siècle en Allemagne⁴, ou le procès équitable (*fair trial*) dont l'origine remonte à la Grande Charte arrachée au roi d'Angleterre en 1215⁵, ou le contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois (*judicial review*) dont la gloire n'a cessé de grandir après l'arrêt *Marbury v. Madison* rendu en 1803 par la Cour suprême des États-Unis⁶ et qui a été adapté à la tradition constitutionnelle française au moyen de la QPC (question prioritaire de constitutionnalité).

Les droits constitutionnels nationaux, en France, dans les pays européens, et même aux États-Unis pourtant si insulaires sur le plan juridique⁷, n'ont pas échappé à l'influence des nouvelles idées. Ils les ont reçues de plein fouet, leur résistant plus ou moins bien⁸, pour finalement s'ajuster à leurs exigences. En France, la secousse sismique. Le droit constitutionnel en est sorti métamorphosé dans la mesure où il a enfin trouvé, après plus de deux siècles de tâtonnements, le moyen d'assurer, de manière compatible avec le principe de la souveraineté nationale, la mise en œuvre de la grande idée du constitutionnalisme qui enseigne qu'il existe au-dessus des gouvernants un droit immuable, permanent, on oserait à peine dire éternel, celui-là même que la petite Antigone, tête et volontaire, oppose à Créon, et qui, dans la démocratie moderne, est inscrit dans la Constitution. Tous les pays européens se rallient à cette idée les uns après les autres, comment la

France aurait-elle pu rester à l'écart, elle qui en fut à l'origine à la fin du XVIII^e siècle, de concert avec les États-Unis ?

Emporté par ces courants, le droit constitutionnel français a enregistré le plus grand changement qui pouvait affecter ses sources. Il est devenu un vrai droit, pas seulement parce qu'il est sanctionné par un juge en charge de faire respecter ses normes, mais aussi, et plus encore, parce qu'avec la célèbre décision du Conseil constitutionnel, *Liberté d'association*⁹, son véritable but est remonté à la surface. Comme l'indique en creux l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789¹⁰, le but d'une constitution, et du droit constitutionnel en général, n'est pas le pouvoir, mais l'homme, l'homme en qualité de membre d'une « association politique », c'est-à-dire, d'une société organisée par des lois. Certes, une constitution organise le pouvoir, mais ce n'est qu'un moyen au service d'une seule fin, celle de l'homme et de ses droits naturels et imprescriptibles. Telle est la vérité première que la décision de 1971 a rappelé par la simple, mais capitale référence dans ses visas au Préambule de la Constitution. Tout a basculé parce qu'en ramenant le droit constitutionnel français à sa source originelle, la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, cette décision historique reussait le véritable objet du droit constitutionnel qui est de protéger la liberté politique dans ses rapports avec le gouvernement et les autres membres de la société¹¹ au moyen de la séparation des pouvoirs et d'une garantie des droits appropriée (article 16 DDHC).

Avec le recentrage général du droit constitutionnel sur les droits de l'Homme, ses sources

³ Sur l'utilisation du droit comparé par la Cour de cassation, v. G. Canivet, « La pratique du droit comparé par les cours suprêmes. Brevés réflexions sur le dialogue des juges dans les expériences française et européenne », en commentaire de l'article de Sir Basil Markesinis et Jörg Fedtke, Le juge en tant que comparatiste », *Tulane Law Review*, vol. 80 (2005), p. 221-5.

⁴ E. Forsthoff, *Traité de droit administratif allemand*, trad. M. Fromont, Bruxelles, Bruylant, 1969, p. 94.

⁵ Theobald F. Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, 5^e éd., Boston, Little Brown and Co., 1956, p. 24.

⁶ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 177 (1803).

⁷ Les références faites par la Cour suprême des États-Unis à des décisions étrangères sont sporadiques en comparaison avec celles faites par d'autres cours supérieures dans les systèmes de common law, v. J. J. G. van der Bruggen, *Engagement With Common Law: A Comparative Study of the English and the French Constitutional Law*, Edward Elgar Publ., 2011, p. 571 s., surtout en 573-574.

⁸ C'est aux États-Unis que la résistance est la plus forte. Une littérature impressionnante s'est formée sur le droit constitutionnel comparé qui y est surtout, voire exclusivement, appréhendé à travers l'influence, jugée bénéfique par les libéraux parce qu'ennemie des droits et libertés, exerçable par les conservateurs parce que contraire à la souveraineté des États, des décisions

des juridictions étrangères sur la jurisprudence de la Cour suprême. L'opposition entre les deux écoles de pensée a atteint un point d'apogée avec le débat entre les juges Stephen Breyer et Antonin Scalia de la Cour suprême des États-Unis qui s'est tenu à la faculté de droit de l'American University à Washington, D. C., le 28 février 2005, <http://www.freepublic.com/foia/f-news/1352357100ts>.

⁹ Décision n° 71-44 DC (16 juillet 1971). Voir commentariser les dispositions des articles 5 et 7 de la loi au 1^{er} juillet 1967 relative au contrat d'association, sur le site <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>.

¹⁰ Article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ».

¹¹ Selon les distinctions faites par Montesquieu dans *l'Esprit des lois*, Livre XI, « Des lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec la constitution », et Livre XII, « Des lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec le citoyen », in *Œuvres complètes*, Gallimard, Coll. de la Pléiade, 1961, t. II, pp. 393-458.

En 1972, le Parlement adopta la loi sur les relations du droit britannique avec le droit communautaire (*European Communities Act*) dont le but fut de reliait à la coutume énoncée par le juge, entendez la *common law*, le soin de définir les relations entre le droit de l'Union et le droit anglais, ces relations étant désormais arriérées dans une loi écrite qui oblige exressément les juges anglais à appliquer le principe de primauté du droit matériel de l'Union européenne sur le droit national. Les juges ont tiré les conséquences et, dans les années 1980, elles ont écarté le droit britannique dans la série remarquable des arrêts *Factortame*¹⁸. Le droit écrit a dicté aux juges une solution qui n'était pas celle que le droit non écrit aurait produite¹⁹. À la fin des années 1990, la place de l'écrit s'est accentuée. Sous les gouvernements de Tony Blair (1997-2007), ce ne sont pas moins de cinq lois matériellement constitutionnelles qui sont venues ajouter de nouvelles dispositions écrites à la Constitution non écrite du Royaume-Uni (*Scotland Act 1998*, *Northern Ireland Act 1998*, *Human Rights Act 1998*, *House of Lords Act 1999*, *Constitutional Reform Act 2005*). Et s'y sont ajoutées immédiatement après d'autres lois de même nature et de même portée (*Fiscal Responsibility Act 2010*, *Equality Act 2010*, *Constitutional Reform and Governance Act 2010*, *Fixed-term Parliaments Act 2011*). Autrement dit, l'exercice de la Prétogative, qui forme la substance des pouvoirs du gouvernement outre-Manche, est de plus en plus soumis à un régime législatif, donc écrit, ou, pour dire les choses autrement, la Prétogative est de plus en plus encadrée par des lois organiques.

Pour un pays à constitution non écrite, ces développements témoignent d'une augmentation de lois matériellement constitutionnelles et écrites

qui est d'autant plus troublante qu'elle intervient sur des chapitres autrefois régis par la tradition et les usages, les conventions de la Constitution. C'est le cas du *Constitutional Reform Act* de 2005 qui institue une véritable séparation des pouvoirs entre les pouvoirs législatif et judiciaire par un réaménagement de la position du Lord Chancelier et la création d'une Cour suprême du Royaume Uni²⁰, ou encore du *Fixed-Term Parliaments Act*, adopté après les élections de 2011, qui fixe une durée déterminée au Parlement qui en est sorti (le texte prévoit que les prochaines élections auront lieu le 7 mai 2015), en réservant la possibilité d'élections anticipées, certes, mais à des conditions et dans des formes prescrites par écrit dans la loi²¹.

Dans ces conditions, que reste-t-il de la notion de constitution coutumière ? La notion ne serait-elle plus qu'une terminologie datée, appliquée aux pays dont les lois matériellement constitutionnelles présentent la particularité de ne pas être contenues dans un document unique ? On serait tenté de le croire car ce qui compte aujourd'hui d'un point de vue formel, c'est moins l'unicité du document que sa rigidité. La vraie question est celle-ci : les textes ont-ils été gravés dans le marbre ou inscrits sur du sable par un jour de grand vent ? De ce point de vue, un tournant peu banal a récemment été pris en Angleterre. Quelques juges semblent vouloir conférer aux lois matériellement constitutionnelles une rigidité qu'elles n'avaient pas.

Il y a une dizaine d'années, dans l'affaire dite des *martyrs* du système métrique²² (les malheureux commerçants que les directives européennes obligèrent à abandonner le système impérial des poids et mesures pour adopter celui en usage sur le continent et qui s'appuyaient sur une loi de 1985 pour tenter d'y échapper), un juge anglais a

suggéré qu'il existe dans la masse des lois adoptées par le Parlement des lois que celui-ci a retranché des autres (*entrenched*) en s'interdisant de revenir dessus sauf dans des cas souverainement déterminés par lui, autrement dit, en les soustrayant à la règle du retrait implicite (*implied repeal*) qui veut que le Parlement puisse défaire le lendemain ce qu'il vote la veille, et donc, en leur conférant le statut de lois « constitutionnelles ». À en croire l'ingénieux juge Laws, le résultat pour le juge est simple : à défaut d'une volonté clairement exprimée du Parlement d'écartier de telles lois, le juge doit les appliquer, même si, comme dans le cas d'espèce, il est en présence d'une loi postérieure contraire²³. Et le juge Laws avançait le raisonnement suivant : si le Parlement avait voulu que la loi de 1985 déroge au *European Communities Act* (1972), il l'aurait dit ouvertement et sans ambiguïté ; faute de l'avoir dit, la loi de 1972, donc, le droit de l'Union, l'emporte.

À l'époque, la nouvelle notion de « loi constitutionnelle » dont le juge Laws avait dit de surcroît qu'elle serait commandée par la *common law* fut considérée comme le produit d'une imagination fertile et, certainement, comme une atteinte à la souveraineté du Parlement. En réalité, elle était plutôt, sur le problème précis de l'articulation du droit de l'Union en droit anglais, une tentative de théorisation des moyens que les juges anglais ont trouvés pour se sortir de l'impasse dans laquelle le Parlement les a mis en ordonnant que les deux principes, souveraineté du Parlement et suprématie du droit de l'Union, lesquels sont parfaitement contradictoires entre eux, s'appliquent l'un et l'autre en droit anglais, à charge pour les cours de justice de démêler au cas par cas l'écheveau de difficultés qui en résultent. Mais, l'idée de « loi constitutionnelle » a fait son chemin et, en 2005, plusieurs Law Lords du comité d'appel de la chambre des Lords ont fait part des hésitations qui seraient les leurs s'ils devaient donner effet à une « loi ordinaire » qui porterait atteinte à une « loi constitutionnelle », sans toutefois préciser ce qu'ils

¹⁸ *Thoburn v Sunderland City Council* [2002] EWHC 195 (Admin), accessible sur le site <http://www.bailii.org>
¹⁹ *Jedrejko and Others v Attorney General*, [2005] UKHL 56, accessible sur le site <http://www.bailii.org>
²⁰ D. Barak-Erez, « From an Unwritten to a Written Constitution: The Israeli Challenge in American Perspective », *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 36 (1995), p. 309-355.
²¹ L. 15301 de l'Étude de l'Europe, Mészáros, CA 682103, United Mészáros, Barak v. Mészáros Agricultural Cooperative [1995] 195C 404(12) [traduction anglaise in *Lord's Law Review*, vol. 31 (1997), p. 764-802].
²² V. Cabinet Office background (2004), <http://www.beehive.gov.uk/documents/Files/NZ%20Constitution%20Cabinet%20Office%20background.pdf>.

feraient exactement, la question ne se posant pas en l'espèce, et donc sans aller jusqu'à remettre en cause la souveraineté du Parlement²⁴. On peut voir dans ces états d'âme judiciaires une forme de résistance contre l'envahissement du droit coutumier par l'écrit, mais il faut être prudent et ne pas généraliser car tout en *common law* n'est souvent que question d'espèce.

2. Les exemples d'Israël et de la Nouvelle-Zélande

Israël et la Nouvelle-Zélande qui tiennent compagnie au Royaume-Uni dans le club très fermé des États dits à constitution coutumière ont connu des développements similaires, notamment (mais pas seulement) dans le domaine de la protection des droits fondamentaux.

En Israël où il n'existait pas de déclarations de droits, la Knesset a adopté en 1992, puis consolidé en 1994, deux lois matériellement constitutionnelles, l'une sur la liberté d'entreprendre (*Basic Law: Freedom of Occupation*), l'autre sur la dignité humaine et la liberté (*Basic Law: Human Dignity and Freedom*) dont un auteur averti a pu dire qu'elles opéreraient le passage d'une constitution non écrite à une constitution écrite²⁵. La Cour suprême d'Israël a confirmé l'évolution en admettant dès 1995 qu'elle avait compétence pour contrôler la constitutionnalité des lois de la Knesset au regard des lois fondamentales adoptées par celle-ci²⁶. Et, en 2001, le pays s'est éloigné encore un peu plus de la tradition coutumière en adoptant une loi sur le gouvernement (*Basic Law: The Government*).

Quant à la Nouvelle-Zélande qui comme l'Angleterre n'a pas de constitution écrite, elle aussi s'est convertie à l'écrit et a adopté depuis les années 1980 les lois suivantes : *Constitution Act 1986*, *Māori Language Act 1987*, *New Zealand Bill of Rights Act 1990*, *Māori Land Act 1993*, *Human Rights Act 1993*, *Electoral Act 1993*, *Habeas Corpus Act 2007*. Aujourd'hui, le gouvernement néo-zélandais affirme que la loi de 1975 approuvant le traité de Waitangi, passé entre la Couronne et les

tribus Maoris a un « caractère constitutionnel »²⁵. Beaucoup pensent qu'il en va de même pour le *Bill of Rights* de 1990 et la loi de 1993 qui a introduit la représentation proportionnelle.

Une écriture partielle des constitutions non écrites sous forme de lois organiques ou fondamentales, souvent complétées d'un rattachement des lois ordinaires par le contrôle juridictionnel, tend ainsi à s'établir. Tout se passe comme si la pratique, même lorsqu'elle est sanctionnée par le juge, même lorsqu'elle est solidement établie et uniformément suivie par les organes politiques ne suffisait plus pour faire une constitution. L'écrit, expression de la souveraineté populaire, s'impose partout, déplaçant, voire remplaçant les usages fondés sur les convenances et légitimés par l'histoire. La coutume ne justifie plus à elle seule un état de choses établi en fait; cet état de choses exige d'être fondé en droit.

B. La fixité des constitutions écrites

En principe, il ne peut pas y avoir de règles non écrites dans une constitution écrite ou, s'il y en a, ce sont des usages, des pratiques, qui ne sont pas juridiquement obligatoires. L'exemple américain est ici topique. La jurisprudence du Conseil constitutionnel a mis la Constitution française sur les mêmes rails.

1. La pratique américaine

La Constitution américaine est écrite et l'écrit l'emporte toujours sur le non écrit. Contrairement à l'évolution observée en France, pays aussi à constitution écrite, la pratique n'a pas généré de règles non écrites ou règles coutumières entre les pouvoirs²⁷. Par exemple, jusqu'à l'adoption en 1951 du vingt-deuxième amendement à la Constitution qui interdit à un Président d'exercer plus de deux mandats, la règle n'était qu'un usage établi par le premier Président, G. Washington, en 1796, et qui fut rompu par Franklin D. Roosevelt à deux reprises, en 1940 et en 1944, pour des raisons qui tenaient à la situation internationale beaucoup

plus qu'à la passion du pouvoir personnel²⁸. On a pu le regretter sur le plan politique, mais personne n'a dit que Roosevelt violait la Constitution.

L'absence de conventions de la Constitution n'est qu'une forme de déférence pour la souveraineté du peuple. Aux États-Unis, cette déférence est si forte qu'il est exclu que le peuple puisse être lié par des règles que ses créatures auraient élaborées et qu'il n'aurait pas acceptées. Il y a des pratiques, des pratiques établies, des traditions (comme celle qui veut que chaque chambre du Congrès ait un chapelain), mais elles n'ont pas de caractère normatif. Saisie de la constitutionnalité de la pratique suivie dans les États et au Congrès qui consiste à élire un chapelain rémunéré sur fonds publics au début de chaque législature et qui est incompatible avec le principe de séparation des églises et de l'État posé dans le Premier amendement à la Constitution²⁹, la Cour suprême l'a validée purement et simplement au motif qu'elle était « profondément enracinée dans l'histoire et les traditions du pays »³⁰, mais elle n'a pas dit qu'elle était obligatoire.

2. La pratique française

En France, l'idée que le fait peut toujours l'emporter sur le droit a longtemps prévalu. Elle continue même de prévaloir aujourd'hui, à en juger par l'attachement d'une certaine partie de la doctrine à une position nuancée sur la révision de 1962 et son inclination à défendre la thèse selon laquelle la révision de la Constitution par la voie de l'article 11 serait peut-être, au fil du temps, devenue une coutume constitutionnelle³¹. La brièveté des lois constitutionnelles de 1875, les libertés prises par les organes politiques avec leurs dispositions comme en porte témoignage la « Constitution Grévy » qui avait fini, en pratique, par les remplacer, sont pour beaucoup dans ces fantaisies juridiques dont on trouvait dans les années 1930 une illustration sous la plume de Joseph-Barthélémy: « La Constitution de 1875, écrivait cet auteur

influent, [...] ne comprend que 27 articles ayant le caractère strictement constitutionnel. Ce caractère provient en partie de ce que les constituants, n'ayant pas de goût pour leur œuvre, n'y ont mis absolument que l'essentiel. Il s'explique aussi par ceci que la France, ayant déjà une longue expérience politique, on pouvait s'expliquer en peu de mots en faisant un très large appel à la coutume »³².

Le Conseil constitutionnel a fait littéralement du vieux attachement français à la coutume constitutionnelle à deux reprises. La première occasion lui fut donnée en 1988 quand la droite, redevenue minoritaire à l'Assemblée, attaqua la loi d'amnistie qui étendait le bénéfice de ses dispositions non seulement au domaine pénal et para-pénal, mais encore à des faits qui étaient survenus dans le cadre d'un contrat de travail entre deux personnes privées et qui se trouvaient effacés et redressés par la réintégration obligatoire dans l'entreprise des salariés licenciés pour faute, y compris pour faute lourde. Selon les députés, la loi violait la « tradition républicaine » en s'étendant au-delà du domaine habituellement assigné aux lois d'amnistie. Le Conseil constitutionnel a rejeté le moyen au motif que « la tradition républicaine ne saurait être utilement invoquée pour soutenir qu'un texte législatif qui la contredit serait contraire à la Constitution qu'autant que cette tradition aurait donné naissance à un principe fondamental reconnu par les lois de la République »³³. C'était une manière de dire qu'il ne peut pas y avoir de règles non écrites obligatoires, autrement dit, des coutumes sous un régime de constitution écrite; les deux termes sont antinomiques. Les pratiques ne peuvent donc plus comme autrefois l'emporter sur la constitution écrite et prétendre se voir reconnaître comme « du droit »; elles ne restent jamais que « du fait ».

La deuxième occasion est survenue en 2008 à propos de la loi facilitant l'égal accès des femmes et des hommes au mandat de conseiller général. Les sénateurs estimaient que la tradition républicaine interdisait qu'on puisse procéder à une modification des règles électorales dans les jours précédant le scrutin, voire après le dépôt des candidatures. Le Conseil constitutionnel a rejeté le moyen par le même raisonnement tenu trente ans plus tôt. La tradition républicaine n'a de valeur normative que pour autant qu'elle soit inscrite dans un texte, en l'espèce, « une disposition législative antérieure à la Constitution de 1946 »³⁴. En exigeant un texte écrit à la base de toute norme constitutionnelle, le Conseil constitutionnel a renforcé l'État de droit et démonté, comme l'expliquait le Doyen Vedel à ceux qui pointaient un index accusateur contre le gouvernement des juges, qu'il n'en est rien parce que le Conseil constitutionnel ne « s'estime pas maître des sources du droit constitutionnel »³⁵. Les sources du droit constitutionnel français sont aujourd'hui exclusivement écrites³⁶ et elles le restent grâce à la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Si les pouvoirs constitués, notamment le pouvoir législatif, veulent changer les normes qui les obligent, il leur faut aller devant le pouvoir constituant. C'est une mutation fondamentale dans notre histoire.

II. Le renouveau des sources écrites

Longtemps, les sources du droit constitutionnel furent principalement nationales. À l'exception des périodes d'élaboration des constitutions, l'opinion ne se portait pas au-delà des frontières. L'opinion commune se rangeait volontiers aux positions de Maurice Deslandres qui pensait: « Comparer des institutions fonctionnant dans

²⁵ P. 215 et s., not. à l'appel de la note 35.

²⁶ Certes, les sources écrites sont interpellées, notamment par le juge constitutionnel. Mais l'interprétation ne saurait être préservée contre une création de droit à proprement parler parce qu'en règle générale, par effet d'une fiction juridique, le juge ne peut pas créer de nouvelles normes. Il n'y a pas de création de sources écrites, et de l'autre, la jurisprudence n'a pas de son côté la Constitution, et de l'autre, l'interprétation qui en est faite. La Constitution et l'interprétation qui s'y attache sont indissociables, tout au moins, si elle est interprétation et pas davantage (comme le rappelle S. Balas, « Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle. A propos du double anniversaire du référendum de 1969 », *Revue Administrative*, vol. 32 (1979), p. 285-273, not. p. 268). Si elle se sépare, c'est que l'interprétation est effectivement « déviant » qu'elle doit être et qu'elle constitue une violation de la règle interprétée. En démocratie, c'est généralement le cas quand une interprétation est rejetée par le corps social.

²⁷ Joseph-Barthélémy, *La constitution et le régime politique*, 1933, p. 2.

²⁸ Décision n° 882-244 DC du 20 juillet 1988. *Les porteurs armés*, cons. 11.
²⁹ Décision n° 2008-563 DC du 21 février 2008. *Loi facilitant l'égal accès des femmes et des hommes au mandat de conseiller général*, cons. 3. Commentant la décision n° 2008-563 DC, P. H. de la Cour, *Le droit public* 1988, réagit par les auteurs de la saisine: « L'égal accès des femmes et des hommes aux mandats politiques et au politique », *ADP* 2008, p. 639.

³⁰ G. Vedel, « Le pré-juré, judiciaire en droit public français », *Journées de la société de législation comparée*, 1984, p. 265. Pour des confirmations ultérieures, v. M. Rocard, Premier ministre, *Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux. Rapport présenté par le délégué français à la Villa concordance des Cours constitutionnelles européennes* (Ankara, 7-10 mai 1990), RFDA, 1990, p. 317; B. Genevois, « Un universitaire au Conseil constitutionnel : le Doyen Georges Vedel », RFDA, 2004,