

naux, au cours de l'année 1925, à propos de la loi du 25 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'excès de 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 infaillible 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. 25 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 15 avril 1863 (S. 1863. 1. 350; *Refonte Siroy*), 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 Siroy*; 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 réprouvait, 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'éclairent 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. 133; *Refonté 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 de 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 eût 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

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 défiait 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'indicibles 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'européanisation 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'Habeas 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'appellait Esmein¹⁹, « l'état de droit » préféraient dire Duguit²⁰ et Hauriou²¹. Dans la mesure où l'irée 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 M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 1923, p. 257.
¹⁷ A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 8^e éd., 1927, p. 603.
¹⁸ A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8^e éd., 1915, p. 141.

¹⁹ G. Burdeau, « Une survivance : la notion de constitution », in *L'évolution du droit public. Études en l'honneur d'André Métre*, Sirey, 1956, p. 53 s., not. p. 60.
²⁰ A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 1899, p. 10.
²¹ L. Duguit, *Mémoire de droit constitutionnel*, 1911, p. 38.

cours supérieurs qui y étaient moins accoutumées³, 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 fut 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 originale, la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, cette décision historique ressuscita 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 supérieures. Brevets réflexions sur la 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 », *Italienne Law Review*, vol. 80 (2005), p. 221 s.

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

⁵ Theodore F. T. Pludonett, *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 appartenant à la tradition de common law, v. J. A. E. G. van Dijk, *Engagement With Common Law*, *Journal of Legal Studies*, 1997, p. 101.

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, appliqué à travers l'influence jugée bénéfique par les libéraux parce qu'encourageant des droits et libertés, exécutée 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/focus/news/13523571005>.

⁹ Décision n° 71-44 DC (16 juillet 1971). Loi compilant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, accessible (comme toutes les décisions du Conseil constitutionnel) après avoir 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 ». « 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 reliair à la coutume énoncée par le juge, l'existence de la *common law*, le soin de définir les relations entre le droit de l'Union et le droit anglais, ces relations étant désormais arêtrées dans une loi écrite qui oblige expressément les juges anglais à appliquer le principe de primauté du droit matériel de l'Union européenne sur le droit national. Les juridictions en ont tiré les conséquences et, dans les années 1980, elles ont écarté le droit britannique dans la série remarquée des arrêts *Factortame*¹⁸. Le droit écrit a dicté aux juges une solution qui n'aurait 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 Prérogative, 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 Prérogative 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 Chancellor 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 désignent 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 métrique » (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

révolution au long cours (1999-2007) », *RDP* 2008, p. 1333, note 18 et réf. au texte ; C. de Beausse de la Hougne, « Un aspect des réformes constitutionnelles au Royaume-Uni : La disparition du Lord Chancelier. D'une Constitution non émise vers une Constitution éteinte ? », *RDP* 2005/2, n° 67, p. 291 s.

vers une Constitution écrite ? », *MLA*, 2002, n° 6, p. 231.

1. « Une importance capitale », *Myrto*, « The Fixed Term Parliaments Act 2011 », *Public Law*, 2012, p. 213.

2. Pour A. L. Davies, ce texte contient « rien moins que des éléments pour tenter de faire à la première du gouvernement constitutionnel lui-même part des règles juridiques des États » (le tournant de la culture constitutionnelle britannique : le Fixed Term Parliaments Act 2011 et l'absence inédite de ratification du système parlementaire de gouvernement au Royaume-Uni », *Jur. Politique*, n° 7, 2012).

3. « S. J. Bards, si la loi ne maintient que le gouvernement sous des élections anticipées, elle ne maintient pas la stabilité », *Myrto*, « The Fixed Term Parliaments Act 2011 », 2011.

4. « La Constitution britannique », p. 1.

5. « La fin du droit de dissolution discrétionnaire au Royaume-Uni », *Contributions* 2012, p. 238.

suggéré qu'il existe dans la masse des lois adoptées par le Parlement des lois que celui-ci a retranchées 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 ». A en croire l'ingénieux *judge Laws*, le résultat pour le juge est simple : à défaut d'une volonté clairement exprimée du Parlement d'écarter de telles lois, le juge doit les appliquer, même si, comme dans le cas d'espèce, il est en présence d'une loi postérieure contraire²². Et le *judge 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 quoi 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 qu'éprouveraient les leurs s'ils devaient donner effet à une « loi constitutionnelle » qui porterait atteinte à une « loi ordinaire » qui porterait atteinte à une « loi constitutionnelle », sans toutefois préciser ce qu'ils

²² *Thoburn v Sunderland City Council* [2002] EWHC 195 (Admin), accessible sur le site <http://www.bailii.org>

²³ Jackson and Others v Attorney General, [2005] UKHL 56, accessible sur le site <http://www.bailii.org>.

²⁴ D. Barak-Erez, « From an Unwritten to a Written Constitution: The Israeli Challenge in American Perspective », *Columbia Human Rights Law Review*.

feraient exactement, la question ne se posant pas en l'absence de l'espèce, et donc sans aller jusqu'à remettre en cause la souveraineté du Parlement²³. On peut voir dans ces états d'âme judiciaires une forme de résistance contre l'enrichissement 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 exclusivement) 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 opéraient le passage d'une constitution non écrite à une constitution écrite²⁴. 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 elle²⁵. Et, en 2001, le pays s'est désigné 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*, *Maori Language Act 1987*, *New Zealand Bill of Rights 1990*, *Maori Land Act 1993*, *Human Rights Act 1993*, *Electoral Act 1993*, *Habeas Corpus Act 2001*. Aujourd'hui, le gouvernement néo-zélandais affirme que la loi de 1975 approuvant le traité de Waitangi, passé entre la Couronne et les

vol 26/1008 p 200.255

26 (1993), p. 304-355.
Il s'agit de l'affaire *Banque Mizrahi*, CA 682193 *United Mizrahi Bank v. Migdal Agricultural Cooperative* [1995] 1SRSC 49(4) 221 [traduction anglaise in *Israel Law Review*, vol. 31 (1997), p. 764-802].

Israel Law Review, vol. 31 (1997), p. 764-802].