

FORMATION HISTORIQUE DES PRINCIPES DU DROIT CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS

La France n'avait pas de constitution avant 1789. La doctrine du pouvoir absolu était, en effet, que le chef de l'État n'est responsable que devant Dieu : c'était dire, (...) que la matière de la limitation des pouvoirs des gouvernants ne tombait pas sous la préhension du droit. Deux efforts furent tentés cependant pour la ramener à des formes juridiques et l'armer de sanctions. Les États généraux du XIV^e siècle proclamèrent un certain nombre de règles de droit constitutionnel, telles que les lois de la dévolution de la couronne, le vote de l'impôt, la périodicité de leurs sessions. Le Parlement, de son côté, distingua les lois fondamentales du royaume des simples lois du roi et cassa les testaments de Louis XIII et de Louis XIV pour violation des premières. Mais les États généraux cessèrent de se réunir dès le début du XVII^e siècle, et la théorie des lois fondamentales ne fut jamais qu'une opinion contestée.

Les quatre idées principales apportées ou accréditées par la Révolution, en matière de droit constitutionnel, sont la doctrine des droits de l'homme, celle de la souveraineté nationale, celle de la séparation des pouvoirs, celle des constitutions écrites.

L'idée que l'homme a, en tant qu'homme, des droits opposables à l'État est vieille comme le monde. Socrate la proclamait déjà en buvant la ciguë. Le christianisme a donné aux **droits individuels** la garantie de la séparation du pouvoir laïque et du pouvoir religieux, séparation à laquelle pourrait exactement s'appliquer le mot célèbre de Montesquieu : « Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir » ; e'est le premier pas vers la protection juridique des droits de l'homme. La philosophie du XVIII^e siècle s'est appliquée à approfondir le contenu des droits de l'homme. L'exemple de l'Amérique a suggéré à l'Assemblée nationale la pensée de les promulguer dans une *Déclaration*, à titre de préambule de la constitution.

Au point de vue de son contenu, il convient de remarquer que la *Déclaration* de 1789 n'est qu'une charte incomplète des libertés modernes. La liberté d'enseignement n'apparaîtra qu'en 1833 (ens. Primaire), 1850 (ens. Secondaire) et 1875 (ens. Supérieur) ; la liberté syndicale en 1884 ; la liberté d'association en 1904. Au point de vue de son caractère, elle n'est qu'une profession de foi, dont les propositions s'imposent aux législateurs et gouvernants à venir, et tout d'abord à l'Assemblée nationale elle-même, à titre de devoir de loyalisme, mais sans la garantie d'aucune sanction : telle n'était pas la signification des déclarations américaines, qui ont, à plus d'une reprise, reçu la consécration de la justice par le refus d'application d'une mesure législative contraire à leurs propositions. On ne peut pas ne pas être frappé de la timidité de cet effort du droit pour réaliser les orientations

politiques de la Révolution. Le même caractère appartient aux *Déclarations* ultérieures, ainsi qu'à diverses manifestations d'opinion exprimées, en ces dernières années, par le pouvoir législatif, en forme de loi, et dénuées de toute sanction judiciaire ou administrative (loi du 9 déc. 1905, art. 2 : « La République ne reconnaît aucun culte », principe démenti au moins par l'article 8 § 3 : dévolution des biens au profit de l'association constituée « conformément aux règles générales du culte dont elle se propose d'assurer l'exercice » ; -loi du 17 avr. 1919, art. 1^{er} : « La République proclame l'égalité et la solidarité de tous els Français devant les charges de la guerre »).

La souveraineté nationale ne peut être entendue en ce sens que le peuple souverain délègue l'exercice de la puissance publique à un corps de mandataires, qui le subdélèguent eux-mêmes aux agents, de telle sorte que c'est le pouvoir du peuple qui anime toute l'activité parlementaire, gouvernementale, judiciaire et administrative. Cette interprétation simpliste se heurte à une foule d'objections, entre autres l'irrévocabilité du soi-disant mandat de représentant (le mandant peut révoquer le mandataire), l'interdiction du mandat impératif (les ordres du mandant obligent le mandataire) ; de plus le corps électoral n'est qu'une partie du peuple ; le corps des élus ne représente les suffrages que de la majorité du corps électoral de la nation ; et même chacun d'eux ne représente que les suffrages de la majorité du corps électoral d'une circonscription, soit une poignée d'électeurs.

La souveraineté est, non fractionnée en une multitude de portions individuelles, mais reconnue à la nation, représentée, comme telle, par chacun des élus, dans son unité indivisible. L'élection est une opération purement instrumentale, dont l'unique objet est de composer le corps de représentants auquel est dévolu, en bloc, l'exercice de la souveraineté de la nation. L'élu est donc indépendant de ses électeurs. C'est l'application de cette théorie qui, après le traité de Francfort, a permis à plusieurs députés d'Alsace Lorraine de continuer à siéger à l'Assemblée Nationale, comme représentants -non des provinces arrachées à la France- mais de la France tout entière.

Il faut bien avouer qu'ainsi formulée (et c'est la formule classique), la théorie de la souveraineté nationale encourt le grief d'un mysticisme assez étrange. Il est bien plus exact de voir l'expression de la souveraineté de la nation dans l'adhésion générale qu'elle donne, par le fait même de l'obéissance volontaire du grand nombre, aux mesures législatives élaborées dans la publicité des débats parlementaires, et suivant une procédure dont les phases successives sont autant d'appels à l'assentiment ou à la contradiction du public. Suivant cette interprétation, que précisera plus tard la comparaison de la loi et du règlement (...), la souveraineté nationale s'analyse en un mouvement continu de relations entre le corps législatif et le pays ; son expression technique est autant dans la procédure législative que dans l'opération électorale¹. Il n'est pas sans intérêt de remarquer que cette doctrine coïncide

¹ Le *referendum* (...) n'est qu'une mise en forme plus approchée de cette conception de la souveraineté nationale.

sensiblement avec la théorie de l'origine providentielle du pouvoir, enseignée par les théologiens, et au nom de laquelle les papes Léon XIII et Benoit XV ont ordonné, le premier aux catholiques de France (16 mai 1892), le second aux catholiques de Portugal (18 sept. 1919), de tenir la République pour le gouvernement légitime et les ont engagés à s'y « rallier »².

La séparation des pouvoirs procède de la séparation des fonctions. Autre chose est la fonction de légiférer, qui implique essentiellement l'expression de la volonté générale sous la forme habituelle de défenses ou de commandements impersonnels ; autre chose les fonctions gouvernementale et administrative, qui tendent, chacune dans sa sphère, à la gestion des affaires publiques, sous l'autorité de la loi ; autre chose la fonction de juger, dont l'analyse difficile et discutée sera faite plus tard (...), et dont nous constaterons seulement, quant à présent, que la conscience publique se fait bien l'idée d'un rôle original et d'un tempérament propre, irréductibles aux deux premières, en même temps qu'elle l'entrevoit sous l'auréole d'une majesté plus distante et d'une impartialité plus rassurante.

Partant de là, le principe est qu'à l'exercice de chacune des fonctions doit correspondre un corps d'agents -ou pouvoir – propre : les pouvoirs se tiennent ainsi en équilibre est la garantie suprême de la liberté individuelle. Ainsi la séparation des pouvoirs se superpose à la séparation des fonctions, et le point de vue dynamique l'emporte définitivement en intérêt politique sur le point de vue fonctionnel. La théorie étant ainsi transposée, l'objectif de la constitution devient, non plus de spécialiser très exactement chaque « pouvoir » dans la fonction à laquelle il emprunte son nom, mais de le doter d'un poids d'attributs suffisant pour fixer l'équilibre au point voulu : ce qui devient un problème d'adaptation technique d'une vue politique. Ainsi le pouvoir législatif se trouve chargé d'attributions administratives. De même, si, du point de vue de la fonction, la juridiction se distingue très certainement de l'administration, la division tripartite ne présente plus le même avantage dans la ligne du pouvoir : ne incline à ne plus considérer le pouvoir judiciaire ou

² La souveraineté nationale est, en France, consolidée par cet état de la conscience publique qui veut que les organes gouvernementaux, encore qu'issus des partis politiques, s'en considèrent comme affranchis dans l'exercice de leurs fonctions. Ce sentiment est particulièrement vif touchant la personne du Président de la République ; mais il existe même au sujet des ministres ; l'opinion sait leur reprocher, le cas échéant, de faire la politique de leur parti, au lieu de la politique du pays ; et ils s'en défendent. Tout autre est la situation aux Etats-Unis, où le gouvernement est ouvertement aux mains du parti victorieux, où le Président est lui-même chef de parti et où l'on ne songe point à lui faire grief d'user de la magistrature suprême pour le triomphe des vues particulières de son groupe politique, et, par exemple, de faire peser son influence dans les luttes électorales ou de peupler les emplois publics de ses partisans (...). En Angleterre, la robuste organisation des partis apparaît comme un ressort essentiel du fonctionnement du régime parlementaire. En France, le désordre et l'instabilité des groupements politiques favorisent une conception plus large de la souveraineté nationale, mais, en même temps, rendent plus difficile le fonctionnement du régime parlementaire (...). Mis le système, récemment introduit au Parlement, des commissions permanentes constituées avec représentation proportionnelle (...), tend à rapprocher le régime français du régime américain, c'est-à-dire à favoriser l'immixtion des partis dans le fonctionnement de l'organe législatif ; l'établissement de la représentation proportionnelle dans les élections législatives accuse ce mouvement, et c'est la grosse, mais non décisive, objection qu'il peut soulever ; l'objection est concluante, au contraire, croyons-nous, contre l'introduction de ce système dans les élections départementales et municipales (...).

juridictionnel comme distinct du pouvoir exécutif ; mais telle n'était certainement pas encore la doctrine en cours en 1789 ; nous en aurons bientôt la preuve³ (...).

Avec l'idée de la *Déclaration des droits de l'homme*, le **système des constitutions écrites** (ou rigides) nous vient d'Amérique. Il se ramène à une distinction formelle entre la procédure de la confection des lois et la procédure de la confection des articles constitutionnels : ces derniers sont ainsi placés hors des atteintes du pouvoir législatif et trouvent dans cette position plus de garantie de stabilité. Ce système convient particulièrement aux pays neufs comme les États américains ou aux pays renouvelés, comme était le nôtre au début du siècle dernier, parce que les fondements de l'ordre politique n'y sont pas naturellement protégés contre les soubresauts de l'opinion par une tradition antique et respectée : la constitution écrite au rigide y tient lieu de passé historique. On comprend dès lors pourquoi l'Angleterre a pu se contenter d'une constitution souple, c'est-à-dire susceptible de revision par le pouvoir législatif. Mais, ces circonstances de fait mises à part, il faut bien reconnaître qu'au fond les articles constitutionnels ne sont pas des lois ; l'existence du pouvoir législatif suppose un régime d'État préétabli ; la constitution et la revision de ce régime échappent donc normalement à sa compétence ; et la distinction du pouvoir législatif et du pouvoir constituant est, en définitive, dans la nature des choses.

Elle n'est qu'imparfaitement réalisée en France. Les constitutions bonapartistes mises à part, aucune des constitutions qui se sont succédé chez nous depuis la Révolution n'a sanctionné l'obligation qui incombe au pouvoir législatif de respecter leur dispositions⁴ ; il y a lieu de répéter, à propos des articles constitutionnels, ce qui a été dit à propos de la *Déclaration des droits de l'homme*.

³ D'autre part, une partie de la juridiction (juridiction administrative) appartient au pouvoir exécutif et non au pouvoir judiciaire.

⁴ Le Tribunal des Conflits (...) est bien le gardien d'un principe constitutionnel, -mais pas à l'encontre du pouvoir législatif.