

La constitution comme limitation au pouvoir politique

Ce chapitre est divisé en deux parties distinctes qui trouvent leur point commun dans la nécessité de limiter le pouvoir politique. Le constitutionnalisme britannique, marqué notamment par les conséquences de la Glorieuse Révolution, et le constitutionnalisme français, dont l'héritage indélébile de la Révolution de 1789 est présent jusqu'à nos jours, constituent les deux phénomènes politiques qui représentent peut-être le mieux la notion occidentale de limitation du pouvoir politique par la constitution. Ainsi, l'approche des deux mouvements se limitera à discuter de la fonction de la constitution dans chacun des contextes historiques en question.

En raison des choix méthodologiques qui guident cette recherche, le chapitre se concentrera sur la manière dont ces révolutions ont donné naissance à un constitutionnalisme des libertés, c'est-à-dire à un mouvement constitutionnel centré sur l'individu et sa condition de citoyenneté, plutôt que sur un simple sujet. Par conséquent, les discussions qui ont impliqué l'idée de citoyenneté dans les périodes avant et après la Révolution française ne seront pas reprises, car il serait nécessaire d'entreprendre une analyse précise des variations de la citoyenneté passive à la citoyenneté active, par exemple, ou des restrictions à la citoyenneté que les régimes postérieurs à la Révolution de 1789 ont fini par générer.¹

¹ Pour plus d'informations sur ce débat historique, voir notamment Olivier Le Cour Grandmaison (1992). Ce travail est le fruit de la thèse de doctorat en science politique de Grandmaison et aborde la construction de multiples notions de citoyenneté, à partir de la perspective privatiste

1.1 Le constitutionnalisme britannique et la Révolution de 1688

L'histoire constitutionnelle du Royaume-Uni est notamment marquée par une division entre la période du droit consuetudinaire et la période du *common law*. La distinction entre les deux moments historiques peut être résumée dans l'expression inventée par Christopher Hill (1997) : l'anti-normanisme. Cette expression est appliquée, de manière plus subtile, comme une opposition entre les traditions et les coutumes locales britanniques et les autres formes de société existant à l'époque, en particulier les Vikings et les traditions plus à l'est. Cependant, la plus grande opposition sera contre les événements qui se sont déroulés au XI^e siècle et qui sont directement liés à la période de domination de Guillaume le Conquérant (William the Conqueror).

Bien que l'époque dite consuetudinaire dispose de documents très rares, presque inexistant, capables de prouver des thèses historiques sur cette période, il existe un courant dans l'historiographie moderne très percutant qui divise l'histoire constitutionnelle britannique en un « avant » et un « après » le *Norman Yoke* (joug normand). L'« avant » serait une période marquée par l'existence d'un droit purement local, centré sur les coutumes et dépourvu d'institutionnalité ; c'est-à-dire, plus précisément, un système de *municipal law*. La prévalence du droit local, du droit comme coutumes typiques de la ville en mesure d'ordonner la vie sociale, rendrait inutile penser à un système juridique « supra-municipal » ou minimalement capable d'unifier les coutumes locales. Les conceptions des droits et des obligations ont été déterminées dans le cadre d'une coutume considérée comme immémoriale et développée localement dans chaque ville du Royaume-Uni ; ainsi, le droit consuetudinaire conditionnait à la fois la compréhension normative et la sphère de positivité de toute loi écrite. La littérature elle-même romantise, dans les sens les plus divers, l'époque du droit coutumier comme étant à l'origine de tout ce qu'il y a d'« immémorial » sur le sol anglais.

Hill et ceux qui s'affilient à la thèse du *Norman Yoke* ont eu la capacité de trouver un élément, d'une part, différenciateur de ce qui avait existé auparavant et, d'autre part, en mesure de marquer le moment historique de la naissance du *common law* : l'Invasion Normande. Initié avec la Bataille d'Hastings, le 14 octobre 1066, un nouvel ordre politico-juridique a été institué, subvertissant le pouvoir local du *municipal law* en introduisant le droit romain comme référence normative, l'idée du tribunal judiciaire comme *locus* typique de résolution des controverses, la primauté du droit écrit, le latin comme langue officielle des

et, dans de nombreux cas, physocratique de ce concept sous l'Ancien Régime. Toujours sur la citoyenneté à l'époque de la Révolution française, voir le classique de Marcel Gauchet (1989). D'Alby de Fayard, Henri Bertin et Dumesnil de Merville (1780), en revanche, abordent d'une manière très intéressante, dans un pamphlet peu connu écrit quelques années avant la Révolution de 1789, la défense de la citoyenneté par les *francs-fiefs* contre les actions arbitraires et la domination du Royaume face aux citoyens de Périgueux dans le passage du haut au bas Moyen Âge.

tribunaux et du droit légiféré lui-même. En d'autres termes, le *common law* n'est pas né à la suite de l'Invasion Normande, mais comme un mouvement de pensée organisée contre la tradition romaniste apportée par les Normands.

Il convient de noter la connotation significative de narrative, de la philosophie de l'histoire, présente dans cette lecture qui divise l'histoire constitutionnelle britannique en avant et après l'Invasion Normande. La division entre *Ancient constitution* et *British constitution* serait donc clairement déterminable au cours de l'histoire. John Pocock (1967, 319) rappelle même que le joug normand était un objet d'une grande importance pour des mouvements politiques tels que les Niveleurs (*Levellers*) pendant la première guerre civile britannique (1642-1651) ; la rhétorique anti-normande favorisait la critique et l'insurrection contre l'ordre établi de l'époque, en particulier contre le pouvoir absolu du monarque. Les *Levellers* avaient la prétention de soutenir la souveraineté populaire en se basant sur l'argument que seul un homme libre pouvait connaître les desseins de Dieu à son égard, ce qui faisait de toute forme de médiation, qu'elle soit exclusive par l'action du monarque ou d'un parlement restreint aux nobles, une offense à la condition naturelle de l'homme et, en fin de compte, à Dieu.

D'autre part, il y a la thèse classique de la continuité historique entre la période consuetudinaire et l'Invasion Normande. Edward Coke a été au centre de débats houleux, en particulier avec les *Levellers*, en Angleterre au XVII^e siècle. Le premier point de désaccord entre eux réside dans le fait que Coke a compris que Guillaume avait accédé au trône en vertu d'un exercice de son droit basé sur les anciennes lois britanniques, donc il n'y a pas eu d'imposition d'un nouveau système, ni de rupture avec l'ordre existant (Seaberg 1981, 804). Pendant la guerre civile, la thèse de la continuité a également trouvé une large acceptation parmi les parlementaires, car elle a supprimé la condition de « conquête » des événements de 1066 en vertu du maintien des coutumes existantes à l'époque. Coke ne niait pas qu'il y avait déjà eu un autre système juridique en Angleterre, mais il considérait le *common law* un droit fondé sur la raison au fil des siècles ; un droit fondé non pas sur la « raison commune », mais sur la « raison artificielle » des juristes, c'est-à-dire qu'il serait le produit de longues années d'évolution de la pensée juridique et des expériences normatives en général. Évidemment, n'étant pas juriste, le roi ne pouvait pas interpréter la loi par lui-même et devait confier cette tâche à des personnes suffisamment qualifiées pour le faire ; par conséquent, le Parlement serait une limitation rationnelle au pouvoir du roi de légiférer et d'instituer des impôts.

Si pour les *Levellers* il était important de soutenir la thèse selon laquelle le joug normand aurait provoqué une rupture dans la tradition historique britannique, pour les parlementaires était fondamental défendre le *common law* comme le meilleur système pour la pleine réalisation de la *commonwealth*² et pour la fonction essentielle de distribution de la justice (Pocock 1967, 32). Alors que

² Il convient de noter la difficulté de traduction littérale que nous offre l'expression *commonwealth*, car elle a plusieurs significations, telles que : bien commun, État, nation et communauté.

les premiers soutenaient un modèle politique républicain et révolutionnaire, capable de mettre directement le peuple au pouvoir, Coke et les parlementaires cherchaient quelque chose de plus politiquement viable : la limitation du pouvoir de la dynastie Stuart et l'expansion des prérogatives du Parlement.

À cette fin, la conception de Coke du *common law* était basé sur certaines hypothèses fondamentales qui peuvent être résumées comme suit : (1) la coutume est le produit de la sagesse populaire de chaque réalité sociale et permet au peuple de promouvoir directement le bien commun au fil du temps, c'est pourquoi il n'aurait aucun sens de considérer l'invasion normande comme un épisode disruptif ; (2) les lois écrites faites par le Parlement ou par le roi lui-même ont tendance à devenir obsolètes avec le temps, car elles n'ont pas la capacité de s'adapter, comme c'est le cas avec la coutume ; (3) une fois appliquée par les tribunaux, la loi ne serait plus la même que lorsqu'elle a été produite par le Parlement ou le monarque, puisque la coutume et les circonstances de l'affaire forment un élément empirique impossible à prédire pour le législateur.

Il y a un point qui mérite d'être souligné ici : la relation de continuité entre l'*Ancient constitution* et la *British constitution*. Coke et ses contemporains semblent avoir des conceptions différentes de droit positif (*law*) et de coutume. En considérant le droit comme une dimension positive de la coutume, il est soumis à un processus de changement constant et d'adaptation factuelle, en s'éloignant du caractère de rigidité propre au droit. Pour résoudre ce conflit conceptuel apparent, les juristes du XVII^e siècle ont fait valoir que le droit était lié à la coutume à la suite d'un long processus historique, trouvant son origine à une époque lointaine et immémoriale, par des ancêtres mythiques qui possédaient la sagesse responsable de la genèse de la société anglo-saxonne. Par conséquent, le *common law* en tant que droit consuetudinaire d'origines immémoriales, il a été défini comme antérieur au plus ancien des anciens écrits normatifs jamais produits.

La période de l'Invasion Normande fut, pour Coke, le moment où de nombreuses institutions existantes, notamment judiciaires, ont été créées, mais sans rompre avec le respect du passé britannique immémorial. L'immémorialité du *common law* a permis de soutenir que de nombreuses lois ont été produites dans l'Antiquité par des parlements locaux dans lesquels la figure des Communes existerait. La loi produite dans l'Antiquité était destinée à protéger la société des invasions et des influences extérieures, ne s'inscrivant pas dans les conceptions modernes, et même médiévales, de la production législative. Autant que l'histoire anglaise a des interrègnes, Coke (1853, 71a et 71b) a défendu des thèses dans le cadre de sa contemporanéité en se basant sur des faits qui se sont produits dans un passé immémorial, car le *common law* serait le seul système juridique assez solide pour rester intact au fil des siècles.

Argument rhétorique, interprétation philosophique de l'histoire ou historiographie précise, quelle qu'elle soit, l'invasion normande a laissé un héritage pertinent et unique pour ce qui allait devenir la conception actuelle de la *constitution historique britannique*. Cependant, pour comprendre cette notion, il est nécessaire de démontrer sa relation ombilicale avec une autre catégorie conceptuelle d'origine notamment britannique : *rule of law*.

Albert Venn Dicey dans son *opus magnum* soutenait que tous les pouvoirs de l'État étaient liés à la *common law*. Il a compris que, d'une part, même s'il s'agissait d'une structure constitutionnelle dépourvue de constitution écrite, elle était dotée d'un large éventail de *immemorial principles, immemorial customs* et certains *bill of rights* qui a fini par attribuer une intégralité et une dynamique fonctionnelle au système, tandis que, d'autre part, le conditionnement des actes de la puissance publique à la structure jurisprudentielle de production de la normativité juridique collaborerait dans le sens d'éviter des actes arbitraires de la part du Parlement et de l'exécutif, laissant les droits individuels du citoyen sous la tutelle, en fin de compte, du pouvoir judiciaire (Dicey 1915, 51-4).

Résumant ce qui peut être considéré comme les trois caractéristiques essentielles du concept de *rule of law*, Dicey a déclaré que, par-dessus tout, la constitution britannique a utilisé ce concept pour protéger l'individu contre l'arbitraire, des droits individuels contre le pouvoir discrétionnaire du gouvernement.³ Deuxièmement, *rule, proeminence* ou *supremacy of law* cela signifie que tout individu est soumis à la loi ; non à n'importe quel droit, ni à un droit réel ou divin : la soumission est au droit ordinaire produit par les tribunaux, ce qui soumet tout gouvernant, législateur, magistrat ou individu commun au devoir de justifier ses actes devant la loi. Emilio Santoro dit que Dicey n'a pas remis en cause la légitimité de la souveraineté du Parlement, mais a soutenu que, sur la base du *rule of law*, le simple fait que le Parlement ait créé une loi ne signifiait pas qu'elle entrerait automatiquement dans le *common law* : « elle ne deviendra 'juste' que si et quand les tribunaux l'intégreront au *common law*, remplaçant ainsi les règles préexistantes » (Santoro 2002, 200)⁴.

Dans le même sens que plusieurs nations européennes ont affirmé l'égalité juridique (*legal equality*) au cours du XVIIIe siècle, l'Angleterre a traversé des révolutions et des guerres tout au long des XVIe et XVIIe siècles pour être en mesure d'affirmer ce qui semble être la caractéristique la plus évidente du concept en question (Dicey 1915, 115). En ce sens, Dicey a déclaré que la notion de *rule of law* doit être utilisée comme une formule pour exprimer le fait que le droit de la Constitution, cet ensemble de normes qui, dans de nombreux pays, sont naturellement présentes dans une Constitution écrite, ne sont pas la source, mais la conséquence de droits individuels, qui seront définis et appliqués par les tribunaux ; ainsi, la Constitution devient le produit du droit commun généré dans les tribunaux du Royaume.⁵

³ « When we say that the supremacy or the rule of law is a characteristic of the English constitution, we generally include under one expression at least three distinct though kindred conceptions » Dicey 1915, 110.

⁴ Sur le sujet, voir aussi Santoro (1999).

⁵ « The 'rule of law', lastly, may be used as a formula for expressing the fact that with us the law of the constitution, the rules which in countries naturally form part of a constitutional code, are not the source but the consequence of the rights of individuals, as defined and enforced by the Courts; that, in short, the principles of private law have with us been by the action of the Courts and Parliament so extended as to determine the position of the Crown and of its servants; thus the constitution is the result of the ordinary law of the land » Dicey 1915, 121.

Un point pertinent à souligner est la structure particulière des sources du droit que le système a fini par consolider. Émile Boutmy (1885, 9) a souligné que, même en l'absence d'un texte constitutionnel écrit, le système anglais a démontré qu'il disposait d'un cadre précis de sources de droit constitutionnel : « les *traités* et les *quasi-traités*, les précédents et usages que l'on désigne ordinairement sous le nom de *Common Law*, les *pactes*, les *statuts* ou lois. »

On peut séparer, d'une part, les précédents judiciaires et les pratiques juridiques (usages) en tant que partie non écrite de la constitution, tandis que, d'autre part, les autres sources citées forment la partie écrite de cette constitution historique. Bien qu'il puisse sembler qu'il n'y ait pas de définition du nombre et de la nature des actes normatifs qui constitueraient la dimension positive de la constitution britannique, les actes en question reconnus par la doctrine constitutionnaliste sont très clairs : (1) traités ou quasi-traités, appelés *Acts of Union*, avec l'Écosse (1707) et l'Irlande (1800) n'étaient responsables de rien de moins que de définir les limites de la souveraineté externe de l'Angleterre par rapport à deux pays très importants dans son histoire ; (2) les pactes sont, en fait, les déclarations de droit les plus importantes de l'histoire britannique, la Magna Carta, de 1215, la *Bill of Rights*, de 1688, l'*Act of Settlement*, de 1701, et l'*Human Rights Act*, de 1988.⁶

Cependant, dans une tentative d'aller au-delà des débats doctrinaux sur le sujet, le Parlement britannique a publié un rapport en 2003 dans lequel, entre autres questions, il a tenté d'établir un éventail plus large de sources de droit constitutionnel : Magna Carta (1297), Bill of Rights (1688), Crown and Parliament Recognition Act (1689), Act of Settlement (1700), Union with Scotland Act (1707), Union with Ireland Act (1800), Parliament Acts (1911-49), Life Peerages Act (1958), Emergency Powers Act (1964), European Communities Act (1972), House of Commons Disqualification Act (1975), Ministerial and Other Salaries Act (1975), British Nationality Act (1981), Supreme Court Act (1981), Representation of the People Act (1983), Government of Wales Act (1998), Human Rights Act (1998), Northern Ireland Act (1998), Scotland Act (1998), House of Lords Act (1999), Civil Contingencies Act (2004).⁷

Indépendamment de la longueur et du nombre d'actes normatifs qui composent la constitution britannique, il y a un élément responsable du renforcement de l'unité de l'ensemble du système : le *rule of law* en tant que présupposée théorique du *common law*. Comprise comme un principe immémorial de ce système, sa définition précise demande également l'analyse de certains points centraux de la relation entre le *common law* et le parlement.

La longue histoire de l'Angleterre démontre que le *common law* est le système juridique le plus complet, le plus pérenne et le plus solide jamais adopté dans ce

⁶ En ce sens, voir Antoine (2018), Bogdanor (2009) et Blick (2015).

⁷ Voir U.K. Parliament 2003. La liste mentionnée ci-dessus se trouve au point 183 du sujet « 5 Constitutional Matters » du document cité.

pays, bien qu'il ne soit pas la seule forme d'ordre juridique jamais vue.⁸ Comme mentionné ci-dessus, le passage du stade du droit coutumier au droit normand et, par la suite, au droit des tribunaux, c'est-à-dire le *common law*, est présent dans le récit historique des juristes britanniques comme un processus continu dépourvu de tout caractère disruptif. Bien qu'il s'agisse d'une évolution marquée, de manière indélébile, par la thèse du Norman *Yoke*, soutenue par les historiens, le système qui a suivi l'invasion normande présente certaines caractéristiques qui aident à comprendre le récit de continuité développé par les Britanniques.

Premièrement, la notion de système comme une totalité ordonnée à partir de fonctions communes peut être perçue à partir du moment où l'héritage normand laisse vivantes les institutions de haute pertinence dans la production normative, en particulier les tribunaux judiciaires ; ainsi, le modèle coutumier précédent, basé sur des décisions locales prises par des mécanismes d'assemblée, n'avait pas été subverti, mais limité à des questions matérielles qui peuvent être comprises par la grammaire de ce qu'on appelle *municipal law*. La place publique cède l'espace en tant que *locus* de décision pour le tribunal. De la prédominance du local/communal à la prédominance du commun/« national ». Il convient de noter qu'un tel « commun », déjà à ce moment historique, conduirait également à l'utilisation actuelle de la notion de *Commonwealth* : une conception du bien commun partagée et souhaitée par tous ceux qui avaient un lien avec le Royaume britannique. Une conception antérieure bien plus ancienne que le concept moderne de nation.

Deuxièmement, la relation entre le Parlement et le droit légiféré est également présente. Bien que les codifications supposées effectuées par Guillaume le Conquérant n'aient jamais été prouvées, ce qui soutient les Anglais pour alléguer l'absence de textes juridiques produits à cette époque, il est indéniable que déjà dans les premières décennies qui ont suivi la mort de Guillaume il y a eu le développement et l'affirmation progressive de l'institution du parlement.

En 1211, dans le but de mettre fin à une série de mécontentements du peuple avec des questions allant de la collecte du tribut à la condition d'une personne accusée d'un crime, le roi Jean Sans Terre convoqua des nobles de différentes régions d'Angleterre pour former ce qui n'était à l'époque qu'un conseil royal, mais qui au fil du temps fut reconnu comme l'ébauche d'un véritable parlement. Cette thèse est renforcée par le fait que le produit final de l'activité de ce « conseil » a été ce qui est considéré comme la première déclaration des droits produite sur le sol anglais : la Magna Carta, de 1215. Cependant, l'historienne Louise Creighton (1877, 61-3) a même souligné qu'un « struggle for the Great Charter » a été mis en pratique par les principaux barons anglais afin de contraindre le roi à signer une charte qui serait, d'une part, en mesure de rapprocher le monarque du peuple et, d'autre part, de protéger les libertés individuelles contre le monarque lui-même.

⁸ Voir David 2016, 277-78.

La Magna Carta de 1215 était, selon Coke, la principale manifestation d'un parlement sur les questions législatives en Angleterre au Moyen Âge, représentant le début de la formation institutionnelle de ce qui deviendrait le parlement britannique.⁹ Il s'agissait d'une tentative de Coke de démontrer l'indépendance du Parlement vis-à-vis de la Couronne, comme il l'avait fait auparavant lorsqu'il avait soutenu que le roi lui-même était soumis à des lois produites depuis des temps immémoriaux, car il croyait qu'une loi conserverait les mêmes caractéristiques depuis sa création.

La relation de continuité entre l'ancienne constitution et la constitution britannique est l'un des arguments que non seulement Coke, mais aussi d'autres philosophes et politiciens de l'époque utilisaient pour critiquer la monarchie et l'excès de pouvoir attribué au roi. La prise de conscience de la nécessité d'une pensée dotée d'un fondement historique solide était peut-être l'élément le plus précieux dans la défense de la liberté. L'argument central résidait dans le fait qu'il y avait déjà une légitimité dans le passé pour toutes les prétentions qui, dans le présent, étaient entravées par l'absolutisme monarchique. La recherche constante de leur contexte historique était une caractéristique des Anglais à cette époque, car ils considéraient comme fort un système juridique qui avait déjà apporté une solution dans le passé aux problèmes du présent. La loi fondamentale était le substrat de soutien aux Communes et à tous ceux qui revendiquaient un droit supposé comme ayant déjà existé dans le passé. Le fait que l'Angleterre ait été guidée par une loi fondamentale, immémorable et continue, a légitimé les Communes à chercher les privilèges et les droits qui leur appartenaient dans le passé. Cependant, la notion même de *fundamental laws* du royaume était quelque chose de difficile à définir à l'époque, car beaucoup comprenaient qu'il existait une norme coutumière capable d'attribuer une continuité à l'évolution anglaise, même si ce genre de norme appartenait à un passé immémorial qui ne pouvait plus être dévoilé. En ce sens, le Parlement se retrouverait avec la fonction de plus grand gardien des *fundamental laws*, même lorsque la protection devait être contre le monarque.

D'autre part, si la thèse d'une constitution historique, dont les débuts remontent aux XIIe et XIIIe siècles, peut admettre des objections et des réfutations quant à son exactitude historiographique, cette même thèse, mais avec son jalon initial dans la Révolution puritaine, semble être quelque chose de difficile à réfuter. Il convient de se souvenir de Karl Loewenstein (1957, 134) lorsqu'il va jusqu'à affirmer que l'*Instrument of Government* (1654), de Cromwell,

⁹ Coke (1853, 81a) il va même plus loin en disant que la Charte serait à l'origine des autres lois fondamentales du Royaume : « This parliamentarie charter hath divers appellations in law. Here it is called *Magna Charta*, not for the length or largeness of it, (for it is but short in respect of the charters granted of private things to private persons now a dayes being *elephantinae chartae*,) but it is called the great charter in respect of the great weightiness and weightie greatness of the matter contained in it in few words, being the fountaine of all the fundamentall lawes of the realme; and therefore it may truly be said of it, that it is *magnum in parvo* ».

pourrait être considéré comme la première « constitution écrite » de l'État moderne, car elle aurait eu le pouvoir de transformer une monarchie absolue en une monarchie constitutionnelle.

Bien qu'il puisse toujours exister des divergences d'interprétation sur les périodes historiques, il faut reconnaître que les Anglais ne conçoivent pas dans leur histoire un affrontement idéologique sur des systèmes juridiques conflictuels, mais soutiennent plutôt qu'il existe un ordre juridique unique et indiscutable qui se développe au fil du temps. Brièvement, *common law*, *rule of law* et la Constitution britannique, en tant que constitution historique, forment la triade responsable d'un modèle d'organisation politico-constitutionnelle difficile à trouver ailleurs que dans celui en vigueur sur le sol britannique.

1.2 Le constitutionnalisme révolutionnaire français de 1789

Initialement, il faut différencier le sens de l'expression « constitutionnalisme révolutionnaire » dans les processus politiques qui ont eu lieu aux États-Unis, en 1787, et en France, en 1789. Ici, cette expression ne sera utilisée que pour le modèle français qui a émergé avec la Révolution française, parce que l'indépendance des États-Unis a signifié, comme nous le verrons dans la section suivante, l'émergence d'un modèle constitutionnel qui comprenait, encore au XVIII^e siècle, la constitution comme un document essentiellement politique. Par conséquent, la notion de constitution comme consécration d'une révolution, d'un changement de régime, se retrouvera plus précisément en France après les événements qui marquèrent le 1789. En une phrase, la Révolution française peut être interprétée comme ayant pour but l'affirmation des libertés individuelles à travers la souveraineté nationale. C'est-à-dire la substantialité des droits individuels, en particulier les libertés publiques et les droits de citoyenneté, réalisés et exercés par la souveraineté en tant que principe politique formel responsable de la structuration de l'État-nation. L'ampleur des changements opérés par la Révolution laissait ouverte une question à laquelle il est difficile de répondre : mais par quelle forme de gouvernement ?

Environ un siècle après la Révolution, Adhémar Esmein, considéré comme l'un des principaux penseurs du droit constitutionnel français classique, écrivant sous la III^e République, soulignait même que le caractère révolutionnaire du constitutionnalisme qui suivit 1789 pouvait être l'une des causes de l'éphémérité des premières constitutions, en particulier les constitutions girondines et jacobines, respectivement de 1791 et 1793. Il convient de noter que la deuxième n'a même pas réussi à entrer en vigueur. Esmein, dans le même texte, s'est demandé si la solution britannique, notamment orientée vers une forme politique centrée sur le gouvernement parlementaire, n'était pas la voie la plus sûre à suivre.¹⁰

¹⁰ « Mais lorsqu'aux derniers temps du premier Empire, l'amour, ou plutôt le besoin de la liberté politique, se réveilla en France, naturellement les esprits éclairés tournèrent leur attention vers le gouvernement parlementaire, tel qu'il s'était développé en Angleterre. Les dangers

En traitant des différences entre les traditions constitutionnelles françaises et américaines, Raymond Carré de Malberg a rappelé qu'aux États-Unis la Constitution était le seul document politique conçu comme l'œuvre de la volonté générale, à tel point que le préambule de la Constitution commence par le plus que connu *We, the People*.¹¹ En ce sens, le juriste français a souligné que les lois ordinaires

ne sont plus l'œuvre du peuple, mais la création du Législatif, c'est-à-dire l'œuvre d'une autorité simplement constituée, exerçant sa compétence en vertu d'une délégation faite par le peuple à travers la Constitution (Carré de Malberg 1984, 109).

Par conséquent, il y aurait une différence ontologique entre la Constitution et les autres lois, étant donné que seule la première serait un produit direct de la volonté souveraine du peuple, laissant les autres lois ordinaires soumises à l'empire du droit constitutionnel. Ainsi, Carré de Malberg (1984, 110) a compris que la Constitution américaine avait déjà, dans sa genèse, en 1787, introduit les bases des lois ordinaires, créées par le Législateur, à présupposer constitutionnellement valides, le pouvoir judiciaire ayant le pouvoir de ne pas les appliquer en cas de conflit avec le texte constitutionnel, puisque « il faut comprendre que les lois adoptées par le Pouvoir législatif sont valides, à condition qu'elle soit conforme à la Constitution, et que le juge ne doit les appliquer qu'après en avoir examiné la constitutionnalité », et que « la Législature et les juges se trouvent placés, devant la Constitution qui est la source commune et unique de leurs pouvoirs respectifs délégués, dans une situation d'égalité ».

Dans le même ordre d'idées, Maurice Hauriou (1930, 266) soulignait que c'est à la fois par le principe de la limitation de tous les pouvoirs délégués, et par le principe de la supériorité du droit constitutionnel sur le droit commun « que le contrôle de la constitutionnalité des lois s'est établi aux États-Unis d'Amérique. Les Américains attachent une grande importance à l'idée de limiter le Parlement. » Léon Duguit (1928 676) soulignait que « ce pouvoir reconnu aux tribunaux américains est la conséquence logique et directe du principe de séparation des pouvoirs, tel qu'il était compris en France et en Amérique en 1789 ».

et l'oppression du pouvoir personnel étaient vivement sentis de tous. Les essais qu'avaient tentés l'Assemblée Constituante et la Convention pour organiser la liberté et le gouvernement représentatif dans un autre sens avaient échoué : bien qu'animées d'un esprit élevé et rédigées avec un rare talent, les Constitutions libérales de 1791 et de l'an III n'avaient eu qu'une existence très pénible. Restait-il une autre solution que d'accueillir la forme de gouvernement qui avait si bien réussi aux Anglais et dont on s'était détourné jusque-là ? » Esmein 1914, 223.

¹¹ Préambule, Constitution des États Unis : « We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defense, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America. »

Une autre question mérite d'être mentionnée : l'expérience française ne peut pas être interprétée à la lumière de l'expérience britannique, ni en opposition directe. Les deux sont des formes véritablement spécifiques de développement du constitutionnalisme occidental qui ont inspiré, ou même donné naissance, à plusieurs autres mouvements constitutionnels au cours des siècles qui ont suivi dans différentes parties du monde. Étant donné que le constitutionnalisme britannique se distingue par son caractère historique et non révolutionnaire, le constitutionnalisme français aura, justement, dans la révolution, dans le changement de régime politique, ce qui sera sa principale particularité par rapport aux autres mouvements constitutionnels.

Cela dit, nous analyserons ci-dessous deux aspects spécifiques de ce que nous appellerons le constitutionnalisme révolutionnaire français. D'abord, sa pertinence historique singulière en opposition à l'*Ancien Régime*. Ensuite, la conception générale de la structure institutionnelle limitant le pouvoir de l'État qui imprègne les différentes constitutions françaises qui ont suivi.

En ce qui concerne la singularité historique de la Révolution française de 1789, un aspect fondamental à examiner, du point de vue juridique, concerne la manière de comprendre la fonction judiciaire. Il est notoire que les révolutionnaires cherchaient à éliminer toute possibilité que le pouvoir judiciaire puisse être considéré comme un élément d'équilibre par rapport aux autres pouvoirs.¹² Par conséquent, la perception révolutionnaire du principe de la séparation des pouvoirs n'impliquait pas le pouvoir judiciaire comme un véritable pouvoir, mais plutôt comme une « autorité ». Il est à noter que la première constitution post-Révolution, de 1791, a introduit, au chapitre V du titre III, le « pouvoir judiciaire » dans la séparation tripartite proposée par les législateurs constitutifs. Toutefois, la soi-disant « constitution girondine » n'a pas duré longtemps et a finalement été remplacée par la Constitution de 1793, ratifiée le 24 juin par la Convention Montagnarde. Bien qu'elle ne soit jamais entrée en vigueur, compte tenu des développements de la période dite de la Terreur, peu après l'exécution du roi Louis XVI, le 21 janvier 1793, la Constitution de 1793 a introduit un système républicain qui centrait l'État français sur deux piliers : l'exécutif et le législatif. La fin tragique de l'éphémère monarchie constitutionnelle de 1791 et les réticences des révolutionnaires à l'égard de la figure du juge ont fait de la présence du « pouvoir judiciaire » un élément inconstant dans les textes constitutionnels qui ont suivi, à tel point qu'il apparaît comme le pouvoir judiciaire dans la Constitution de 1795 (art. 202 à 273), mais, peu après, dans la Constitution de 1799, il passe au titre V (art. 60 à 68) à la condition « Des tribunaux ». Cette situation sera encore aggravée dans la Constitution de 1802, lorsque, sous Napoléon Bonaparte, la fonction judiciaire fut soumise au pouvoir de l'Empereur (articles 78 à 85), c'est-à-dire absorbée par l'exécutif de telle sorte que, même avec les changements de régimes qui se succédèrent jusqu'à la

¹² Voir Troper 1980, 124 et 2001, 102.

Constitution de la Ve République, en 1958, la fonction judiciaire finit par être assurée par le président de la République (art. 64).

La question de la réticence du français à la figure du juge mérite quelques considérations particulières. Il convient de noter que, même au XX^e siècle, lorsque des initiatives émergent pour transférer aux juges un plus grand pouvoir de contrôle sur les actes administratifs et législatifs, il y a toujours la crainte d'une « république des juges » ou, comme le met en évidence Dominique Rousseau (2015, 159), d'un retour à la configuration politique qui existait avant 1789. Il se trouve que jusqu'à la Révolution, il y avait en France un système guidé par le principe de la *justice retenue*, c'est-à-dire que le pouvoir judiciaire était exclu du contrôle du contentieux administratif, dont les différends étaient finalement résolus par le Conseil d'État. La *justice retenue* était substantiellement différente de la *justice déléguée* en ce sens que la première conservait au roi lui-même et à ses délégués directs le pouvoir d'exercer la justice, tandis que la seconde consistait en l'attribution de ces prérogatives à un pouvoir autonome et permanent.¹³

Encore plus tôt, lors de la formation des États généraux entre 1302 et 1615, qui répartissaient les domaines de l'État français selon les classes existantes (noblesse, clergé et tiers-état), il existait une organisation judiciaire qui se divisait en un système de haute et de basse justice. Le degré inférieur était occupé par les *prévôts* chargés d'administrer la justice dans les affaires non féodales, dont la fonction était déterminante par rapport à d'autres décisions déjà existantes sur des affaires de moindre importance. Au-dessus des prévôts, il y avait la figure des *baillis*, c'est-à-dire quelqu'un qui était directement lié au roi et qui administrait la justice dans une juridiction donnée (bailliage), cherchant à réviser ou à confirmer les décisions des prévôts (Gautier 1887, 344-45). La haute justice était composée de ce que l'on appelait les Parlements, c'est-à-dire les cours suprêmes de chaque région de France, dont la fonction principale était de servir d'organe d'appel contre les juridictions inférieures. En outre, il devait appliquer les ordonnances royales à des *cas concrets* ou, s'il n'y a pas d'affaires à trancher sur la base de celles-ci, les rendre publiques et généralement connues (Gautier 1887, 351).

Bien que l'existence de la *curia regis* ait permis au roi d'avoir toujours le pouvoir de statuer en dernier ressort sur une affaire, il pouvait décider que les parlements devaient enregistrer leurs lois au moyen du *lit de justice* ou des *lettres de justice*, qui donnaient à ces tribunaux de haute justice la possibilité d'invoquer ce que l'on appelait le *droit de remontrance*, qui consistait en le droit conféré au Parlement d'interroger le roi sur la compatibilité de l'ordonnance avec l'intérêt du peuple ou avec les lois fondamentales du royaume (Gautier 1887, 352). Ainsi, il y avait une forte connotation politique dans l'action judiciaire tout au long de l'Ancien Régime.

Passons maintenant à la structure institutionnelle qui limite le pouvoir de l'État.

¹³ Pour une étude comparative avec la réalité de la magistrature sous l'égide de la Ve République, voir Girard 2013, 673-705.

Il est possible de voir qu'une nouvelle ingénierie constitutionnelle a suivi la Révolution de 1789, impliquant une conception bipartite de la séparation des pouvoirs et une conception rousseauiste du droit, car celle-ci serait le produit de la volonté générale, c'est-à-dire un acte de souveraineté de la nation en ce sens que seulement les représentants du peuple seraient responsables de l'interprétation de cette volonté souveraine. Il est notoire que le pouvoir judiciaire n'a jamais été établi en France comme un pouvoir indépendant, puisque depuis la Révolution la figure du juge s'est réduite à la condition d'une simple « bouche de la loi », expression célèbre de Montesquieu. Il n'y avait donc pas d'espace institutionnel pour qu'un acte judiciaire puisse s'immiscer dans le domaine législatif, puisque la fonction judiciaire devait être guidée par le strict respect de la logique syllogistique.

L'influence de la pensée d'Emmanuel Sieyès est très frappante à cet égard ; la conception du juge construite pendant la Révolution devrait être en dehors du rapport entre le législatif et l'exécutif, puisque le premier devrait prévaloir sur le second, c'est-à-dire que le législatif, en tant qu'organe de représentation directe de la nation, devrait prévaloir sur celui décidé par l'exécutif. Par conséquent, toute intervention judiciaire dans cette relation serait préjudiciable au principe de la souveraineté populaire. Plus d'un siècle après la Révolution, il convient de rappeler Edouard Lambert lorsque, dans une étude comparative entre la France et les États-Unis sur la législation protectrice des droits sociaux, il affirmait que les divergences entre les juges et les conceptions des tribunaux mettaient à mal le principe du *stare decisis*.¹⁴

Il convient également de rappeler, à ce stade, l'analyse d'Alexis de Tocqueville (1837, 160) lorsqu'il soulignait la fonction politique du juge dans le contexte institutionnel américain, puisque la décision judiciaire doit être fondée, avant tout, sur la Constitution. Tocqueville soulignait que cette prérogative n'avait pas été reconnue au juge français, car interpréter directement la Constitution équivaudrait à attribuer aux tribunaux un pouvoir constitutionnel qui les placerait au-dessus de la nation (Tocqueville 1837, 161). Par conséquent, il serait préférable de conférer le pouvoir d'interpréter et de modifier le sens de la Constitution aux « hommes qui représentent imparfaitement la volonté du peuple » – c'est-à-dire les représentants – « qu'à ceux qui ne représentent qu'eux-mêmes » – les juges.¹⁵

¹⁴ « Ces divergences de vues entre les juges et ce flottement de la jurisprudence d'un même tribunal sur les questions de droit constitutionnel, ébranlant la confiance dans le principe du *stare decisis* en même temps qu'elles faisaient ressortir le caractère artificiel du placement sous l'autorité des Constitutions des vues morales et économiques des cours, se sont surtout fait sentir en ce qui concerne le jugement de la constitutionnalité des lois ouvrières ou industrielles » (Lambert 2005, 67).

¹⁵ « Mais mieux vaut encore accorder le pouvoir de changer la constitution du peuple à des hommes qui représentent imparfaitement les volontés du peuple, qu'à des autres qui ne représentent qu'eux-mêmes » (Tocqueville 1837, 161-62).

En ce sens, avec la promulgation de la loi n° 16, du 24 août 1790, dans son article 10, la fonction judiciaire a été limitée au contentieux civil dans les termes suivants : « Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du Corps législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture. » Le lien excessif des juges avec l'Ancien Régime a conduit les révolutionnaires à vouloir exclure ce corps de professionnels de la vie politique de l'État, en les limitant à une condition de « bouche de la loi », au sens le plus strict indiqué par Montesquieu. En attribuant une prééminence à la loi, la Révolution a inauguré une tradition qui serait centrée sur la prééminence du législatif sur l'exécutif, qui accordait une immunité absolue à ce qui se produisait dans le cadre du législatif pour toute possibilité de contestation judiciaire, même lorsque l'acte législatif était entaché d'un vice d'inconstitutionnalité.

Il faut se rappeler que, même dans les régimes les plus autoritaires, qui cherchaient à subordonner le législatif à l'exécutif, comme ce fut le cas avec le Directoire (1795-1799)¹⁶, le Consulat (1799-1804)¹⁷, le Premier Empire (1804-1814) et le Second Empire (1852-1870), les types de contrôle de constitutionnalité qui ont été introduits n'étaient rien de plus que des initiatives visant à formaliser le protagonisme et l'hégémonie de l'Empereur dans la solution des controverses constitutionnelles. Le *Sénat conservateur*¹⁸, institué en tant qu'organe politique sans fonctions juridictionnelles, avait été institué dans le but de contrôler la constitutionnalité des actes normatifs, mais a fini par être déformé en un « instrument docile » entre les mains du premier consul et de l'empereur

pour modifier la Constitution, pour suspendre, et pour annuler ou maintenir au gré du maître les actes législatifs, judiciaires ou administratifs, surtout quand les articles 63 et suivants du sénatus-consulte du 28 floréal an XII lui eurent donné attributions particulières en matière des liberté individuelle et liberté de presse (Léon Duguit 1928, 666-67).

En effet, le Sénat servait à vérifier que les actes émanant de la législature n'étaient pas en dissonance avec les desseins de l'Empereur.

Déjà en 1958, avec l'avènement de la Constitution de la Ve République, le Conseil constitutionnel n'avait pas encore assumé les fonctions d'une Cour constitutionnelle, jouant un rôle plus important pour éviter les instabilités

¹⁶ Régime politique qui a été établi immédiatement après la période de la Terreur, de sorte que l'exécutif était exercé par cinq membres, appelés Directeurs.

¹⁷ Régime autoritaire, postérieur au Directoire, et durant lequel Napoléon se proclame empereur. Bien qu'il puisse être considéré comme le régime ayant le plus grand pouvoir dans l'exécutif, Napoléon utilisait trois consuls pour s'occuper des affaires politiques en général, laissant à lui-même les questions qu'il considérait comme vitales pour la France.

¹⁸ À cet égard, il convient de noter que la proposition de Siéyès, émise lors de la rédaction de la Constitution de 1795, de créer un *jurie constitutionnaire*, indépendant des pouvoirs législatif et exécutif, et chargé d'apprécier la constitutionnalité de la loi, n'a pas abouti, de sorte que le Sénat conservateur a donc été institué à sa place.

gouvernementales qui pouvaient provenir de désaccords entre l'exécutif et le législatif sur la constitutionnalité d'une loi ou d'un acte normatif donné ayant force de loi. Issue des difficultés du général de Gaulle sous la IV^e République – instaurée par la Constitution de 1946, peu après la fin de la Seconde Guerre mondiale –, la Constitution de 1958, comme l'a souligné Michel Debré dans un discours au Conseil d'État, le 27 août 1958, aurait pour fonction de rationaliser le parlementarisme, c'est-à-dire de reconfigurer le régime parlementaire de la République et d'éliminer le système qui se caractérisait par la subordination de l'exécutif par rapport au Parlement (Verpeaux 2013, 23-4).

Pour les constituants de 1958, en particulier, pour le général de Gaulle, la soi-disant rationalisation signifierait remédier aux principaux vices du Parlement, afin de mieux « encadrer » l'activité parlementaire dans l'intérêt national (Constantinesco et Pierré-Caps 2004, 361). Ce n'est pas seulement la configuration du Conseil constitutionnel qui avait été prévue en ce sens, mais surtout les mécanismes du système primo-ministériel qui se mettait en place à l'époque. Contrairement aux Constitutions précédentes, comme celles de la III^e (1875-1946) et IV^e République (1946-1958), la Constitution de 1958 a établi une large liste de pouvoirs du Parlement, qui laissait à l'exécutif et à ses « règlements autonomes » le pouvoir de traiter d'autres questions, c'est-à-dire toutes celles qui ne relevaient pas de la compétence constitutionnelle du Parlement.¹⁹ En conséquence, en prévoyant que le Président de la République et le Premier ministre seraient les légitimés pour provoquer le Conseil constitutionnel sur la légitimité constitutionnelle d'une loi ou d'un acte normatif ayant force de loi, la décision du Conseil constitutionnel se limitait à exercer un contrôle exclusivement formel, étant donné que sa compétence se limitait à vérifier la conformité du processus législatif avec les dispositions de la Constitution en la matière. Visant à contrôler le Parlement, en invoquant l'inconstitutionnalité formelle pour violation des compétences constitutionnelles du pouvoir législatif, afin qu'il n'empiète pas sur le champ de compétence de l'exécutif, le Conseil constitutionnel s'est consolidé pendant quelques décennies en tant que « chien de garde de l'Exécutif », comme le rappelle Georges Bergougous (2013).

Cependant, ce scénario ne durera pas éternellement. Le Conseil constitutionnel lui-même, dans une importante décision du 16 juillet 1971, dite « Liberté d'association », s'est jugé compétent pour exercer un contrôle substantiel, et non pas seulement formel, de la loi contestée dans l'affaire examinée. À cette fin, le Conseil a conféré une valeur constitutionnelle au préambule de la Constitution de 1958 et a réitéré la validité du préambule de la Constitution de 1946 et de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, donnant naissance à ce que l'on appellera plus tard le « bloc de constitutionnalité », selon un terme inventé par Claude Émeri et théorisé par Louis Favoreu. En attribuant un caractère normatif à un droit antérieur à la Constitution en vigueur, contenu dans le préambule de la première Constitution après la Seconde Guerre

¹⁹ Arts. 34 e 37, Constitution de 1958.

mondiale, et en analysant en substance une loi en vigueur depuis 1901 relative au contrat d'association, le Conseil a promu, selon Dominique Rousseau (2021, 134), une « véritable révolution politique » qui « rompt avec les principes traditionnels du droit ».

Il convient de noter que, dans le cadre de cette idée de « bloc de constitutionnalité », la Constitution de 1958 se limitait à organiser les pouvoirs de l'État, sans prévoir un catalogue de droits fondamentaux, comme le prévoyaient déjà d'autres constitutions d'Europe continentale. Dans ce contexte, la décision *Liberté d'association* gagne encore plus en pertinence. En s'estimant compétent pour examiner le contenu matériel d'une loi, et pas seulement les aspects formels, le Conseil constitutionnel a innové et s'est distancié de la fonction de simple « chien de garde de l'Exécutif », dans les termes prévus par le texte constitutionnel de 1958. Une nouvelle ère du Conseil est inaugurée, au cours de laquelle il assumera la fonction d'élaborer ce que Dominique Rousseau (2018, 232) appelle la « Charte jurisprudentielle des droits et libertés », c'est-à-dire un ensemble de droits gravés dans la Déclaration de 1789 et dans le Préambule de 1946, ainsi que dans les soi-disant « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ». ²⁰

Autant que l'arrêt *Liberté d'association* a inauguré un système de contrôle de constitutionnalité jusque-là inédit en France, la limitation des autorités habilitées à invoquer l'inconstitutionnalité a empêché un rôle institutionnel plus important du Conseil constitutionnel. Ce n'est que le 29 octobre 1974, avec l'approbation de la révision constitutionnelle modifiant l'article 61 de la Constitution, que l'éventail des autorités habilitées à provoquer le Conseil constitutionnel a été élargi également aux députés et sénateurs :

les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'Assemblée nationale, le Président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs (Art. 61, paragraphe 2, Constitution de 1958).

La pertinence politique de cet amendement de 1974 découle également du fait qu'il a mis fin à la large fragmentation partisane qui s'était produite sous l'égide des deux Constitutions précédentes, en particulier tout au long de la Quatrième République. ²¹ Même avant, avec le référendum et la révision constitutionnelle de 1962, l'instauration de l'élection directe du président de la République a d'abord conduit à une bipolarisation entre majorité et minorité tant au Parlement que dans le domaine politique lui-même. Avec cela, le même parti pourrait avoir un membre à la présidence de la République et également un membre à la présidence de l'Assemblée nationale. Dans ce cas, le Président de la République pourrait

²⁰ Cette catégorie juridique a permis au Conseil constitutionnel d'élever au rang de principes constitutionnels les droits et libertés consacrés par le législateur ordinaire sous les IIIe et IVe Républiques.

²¹ Sur les crises politiques de la IVe République, voir Rioux 1980 ; aussi Avril et Vincent 1988.

s'imposer à une éventuelle majorité parlementaire, en nommant le Conseil des ministres et, principalement, le Premier ministre, un poste qui, le chef de l'État étant également lié au parti qui a gagné les élections, peut être nommé par le Président de la République, même en cas de désaccord éventuel de l'Assemblée. Bien que la Constitution prévint un régime parlementaire, il y a eu la consolidation d'un régime présidentiel ou, en cas de cohabitation,²² primo-ministériel, dont l'activité législative est déterminée sur la base des orientations établies par l'Exécutif. Ainsi, en étendant à une minorité parlementaire le droit de contester la constitutionnalité d'une loi, la réforme de 1974 a fait de l'opposition, même minoritaire, une sorte de contre-pouvoir, c'est-à-dire un groupe en mesure d'exercer la fonction de contre-majorité face à la fois à l'Exécutif et au Parlement.

Si une révolution politique avait été produite avec la décision *Liberté d'association*, on peut dire qu'une révolution juridico-constitutionnelle se serait produite quatre décennies après cette célèbre décision du Conseil constitutionnel.

La modification constitutionnelle du 23 juillet 2008 a inséré la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) dans le texte de 1958. C'est la première fois qu'un contrôle incident de constitutionnalité est instauré en France. Entré en vigueur le 1er mars 2010, le nouvel institut a permis au justiciable, c'est-à-dire au citoyen « ordinaire », de s'interroger sur la constitutionnalité d'une loi censée s'appliquer à son cas particulier. La QPC s'inscrivait dans le contexte plus large d'une réforme des institutions de la Ve République, dont le contenu a été fortement influencé par l'avis émis par la *Commission de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions*, créée par le président de la République de l'époque, Nicolas Sarkozy, et présidée par l'ancien Premier ministre Édouard Balladur.

Cependant, la discussion sur l'introduction de ce modèle de contrôle de constitutionnalité avait déjà eu lieu en France à d'autres moments. Le moment le plus significatif s'est peut-être produit en décembre 1992, lorsqu'un comité consultatif, institué par le président François Mitterrand et présidé par Georges Vedel, proposa aux constituants réformateurs des moyens de mettre en œuvre le

²² La cohabitation se produit lorsque le Président de la République et le Premier ministre sont liés à deux parties opposées. Il y a eu trois cohabitations sous le régime de la Ve République : 1986-1988, 1993-1995, 1997-2002. La cohabitation découle des élections législatives qui se tiennent pendant le mandat du Président de la République, et dont l'issue est favorable au parti d'opposition, qui devient donc majoritaire à l'Assemblée nationale. Le régime politique français étant de nature parlementaire, le Président est amené à nommer Premier ministre le chef du parti qui a remporté les élections, perdant ainsi au chef de l'État le commandement de l'exécutif au détriment de ce dernier. Ces élections, génératrices de cohabitation, résultent de la dissolution (lorsque, gérée dans le but de renforcer sa base parlementaire, un résultat électoral différent de ce qui était attendu émerge puisqu'il était favorable à l'opposition) et de la différence dans la durée des mandats présidentiel et législatif (7 ans pour le Président, et 5 ans pour les députés). Cependant, depuis l'amendement constitutionnel de 2000, réduisant le mandat présidentiel à 5 ans (afin d'aligner la durée du mandat présidentiel sur celle des députés), cette situation a commencé à avoir moins de chance de se reproduire.

contrôle incident.²³ La Commission a suggéré, dans un avis adressé au président de la République, que

le Conseil constitutionnel pourrait être saisi, sur la demande d'un justiciable, par le Conseil d'État ou la Cour de cassation, d'une question préjudicielle portant sur la constitutionnalité d'une loi et soulevée devant une juridiction.²⁴

S'il n'a pas réussi à faire évoluer le texte par le biais d'une révision constitutionnelle, la pertinence des travaux de 1992 se fait sentir dans les années qui ont suivi jusqu'à la réforme de 2008.²⁵

Il est indéniable que l'insertion de la QPC a produit des effets immédiats : 1) le contrôle de constitutionnalité a cessé d'être purement préventif et est devenu répressif ; 2) l'idée même de citoyenneté a été redimensionnée, car chaque justiciable – qui, dans certaines matières, n'a même pas besoin d'être citoyen Français ! – est habilité à demander, dans le cadre de sa procédure, l'examen de la constitutionnalité d'une loi déterminée applicable à son cas spécifique ; 3) bien que de manière interposée, c'est-à-dire sur la base d'un arrêt préalable exercé par les juridictions inférieures et, surtout, par le Conseil d'État ou par la Cour de cassation, l'accès au Conseil constitutionnel n'a été limité qu'à un contrôle concentré, puisqu'il y a eu en fait une démocratisation de l'accès à la justice constitutionnelle en termes de contrôle incident de constitutionnalité. Par ailleurs, on peut dire que, d'un contrôle préventif effectué dans l'abstrait, il y a eu un contrôle concret de constitutionnalité comme principal moyen d'accès au débat constitutionnel devant la plus haute juridiction française.

Il est important de noter qu'il ne s'agit pas de l'introduction d'un contrôle diffus de la constitutionnalité, étant donné que les juges et les tribunaux ne sont autorisés à juger que de la recevabilité de la question prioritaire de constitutionnalité. La décision sur la constitutionnalité de la loi relève de la compétence exclusive du Conseil constitutionnel, aux termes de l'article 61-1 de la Constitution, résultat de la révision constitutionnelle de 2008 :

Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

En ce qui concerne l'objet soumis au contrôle de constitutionnalité par le biais de la QPC, l'article 61-1 précité fait explicitement référence à les « dispositions législatives », c'est-à-dire aux actes normatifs ou aux actes ayant force de loi

²³ Décret n. 92-1247 du 2 décembre 1992 instituant un comité consultatif pour la révision de la Constitution, JORF n. 281 du 3 décembre 1992, 16458.

²⁴ Propositions pour une révision de la Constitution : rapport au Président de la République, Comité consultative pour une révision de la Constitution présidé par le doyen Vedel 1993.

²⁵ Toujours sur le sujet, dans une perspective historique, voir Dupic et Briand 2013.

adoptés par le pouvoir législatif. Par conséquence, l'examen des décrets et décisions administratifs, qui ne sont soumis à l'inspection et au contrôle que par les juridictions administratives, n'est pas inclus. Un autre aspect important lié aux objets soumis au contrôle par le biais de la QPC réside dans les hypothèses matérielles : seules les normes censées contrevenir aux « droits et libertés garantis par la Constitution » et qui couvrent le « bloc de constitutionnalité » – ou la « charte jurisprudentielle des droits et libertés » – peuvent faire l'objet d'un contrôle incident, tels qu'exprimés par Dominique Rousseau (2018, 232) – c'est-à-dire les droits et libertés contenus dans le texte constitutionnel, dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dans le préambule de la Constitution de 1946, dans la Charte de l'environnement de 2004, et ceux prévus dans les Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR).

En ce qui concerne la dimension subjective de la QPC, il convient de relever que l'inconstitutionnalité d'une loi ou d'un acte normatif applicable à une procédure en cours dont la partie requérante ne peut qu'invoquer l'incompatibilité de la règle attaquée avec ses droits et libertés. Ainsi, suivant les tendances d'autres systèmes constitutionnels, qu'il s'agisse du *common law*, comme aux États-Unis, ou du *civil law*, comme le Brésil, l'Espagne et l'Allemagne, la dimension subjective du contrôle incident de constitutionnalité en France revêt une importance déterminante pour le cas concret à examiner par le Conseil constitutionnel.

Bien que le contrôle de la constitutionnalité des lois relève de la compétence exclusive du Conseil constitutionnel, cette caractéristique du système français n'enlève pas aux juridictions ordinaires – judiciaires ou administratives – le contrôle de la « conventionnalité » du droit²⁶. Tant le juge du contentieux judiciaire²⁷ que le juge du contentieux administratif²⁸ sont compétents pour examiner la compatibilité de la loi avec les traités et conventions internationaux, d'où il s'ensuit que le juge de droit commun doit privilégier la question prioritaire de constitutionnalité sur les autres demandes relevant de sa compétence, même si les motifs de la QPC relèvent de la constitutionnalité ou de la conventionnalité de la loi contestée. Le caractère démocratique d'un large accès à la justice constitutionnelle, ainsi que la recherche de la supériorité effective de la Constitution, peuvent être clairement perçus lorsqu'il est vérifié que l'exception d'inconstitutionnalité à l'origine de la QPC peut être soulevé devant n'importe quelle instance ou niveau de juridiction, même si, dans certains cas, uniquement devant le Conseil d'État ou la Cour de cassation. La seule exception à la possibilité de soulever une question prioritaire de constitutionnalité est les décisions des Cours d'assises, face à laquelle n'appartient pas à la QPC la fonction de discuter du bien-fondé de l'action. Cependant, même devant la Cour d'assises d'appel, au

²⁶ Le contrôle de la conventionnalité est le contrôle par lequel les juges et les tribunaux vérifient la conformité des lois et normes nationales avec les traités internationaux et les normes communautaires (c'est-à-dire les normes édictées par les organes de l'Union européenne).

²⁷ Cour de cassation, *Arrêt Société des Cafés Jacques Vabre*, 24 mai 1975.

²⁸ Conseil d'État, *Arrêt Nicolo*, 20 octobre 1989.

niveau d'un appel sur une question de droit, au lieu d'une question de fait, il sera possible de soulever l'inconstitutionnalité d'une loi appliquée au cas d'espèce.²⁹

En conclusion, il est nécessaire de rappeler que la possibilité d'une concomitance entre le contrôle préventif – et abstrait – de la constitutionnalité et un contrôle incident – et concret – par des juges ordinaires a déjà fait l'objet de discussions sur le sol français à plusieurs reprises. Dans ses recherches sur les idées qui ont donné naissance à la Constitution de 1958, Stéphane Pinon (2003, 179-81) souligne que déjà dans les années 1920 il y avait un nombre important de juristes, comme Hauriou, Duguit et le doyen de la faculté de droit de Paris, Henri Berthélemy, qui se sont manifestés en faveur de la possibilité d'un contrôle de constitutionnalité par le juge ordinaire, restant limité aux héritiers de l'école de Adhémar Esmein la défense du système de simple contrôle politique en vigueur à l'époque.

L'instauration du contrôle incident de constitutionnalité en France, précisément dans la première décennie du XXI^e siècle, coïncide avec la période du dépassement des grandes dichotomies du droit – public et privé, contrôle abstrait et contrôle concret, *common law* et *civil law* – qui, comme nous le verrons dans les chapitres suivants, caractérise le phénomène constitutionnel transnational. Ce dépassement des dichotomies juridiques traditionnelles est le produit, d'une part, d'une plus large circulation des idées et des catégories juridiques, et, d'autre part, il résulte également de l'évolution d'une conception de la juridiction constitutionnelle limitée à l'initiative des agents politiques vers une conception démocratiquement ouverte à la participation active du citoyen.

Bibliographie

- Antoine, Aurélien. 2018. *Droit constitutionnel britannique*. 2 ed. Paris : L.G.D.J.
- Avril, Pierre, et Gérard Vincent. 1988. *La IV^e République : Les noms, les thèmes, les lieux*. Paris : MA Éditions.
- Bergounous, Georges. 2013. "Le Conseil constitutionnel et le législateur." *Les nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel* 38, janvier. <<https://www.conseil-constitutionnel.fr/node/1466/pdf>> (29-08-2025).
- Blick, Andrew. 2015. *Beyond Magna Carta : a constitution for the United Kingdom*. Oxford : Hart Publishing.
- Bogdanor, Vernon. 2009. *The New British Constitution*. Oxford : Hart Publishing.
- Boutmy, Émile. 1885. *Études de Droit Constitutionnel : France, Angleterre, États Unis*. Paris : Librairie Plon.
- Carré de Malberg, Raymond. 1984. *La loi expression de la volonté générale*. Paris : Economica.

²⁹ Conseil Constitutionnel, *Décision n° 2017-694 QPC*, du 2 mars 2018, M. Ousmane K. et autres, sur la « Motivation de la peine dans les arrêts de cour d'assises », a déclaré non conformes à la Constitution les dispositions qui ne prévoyaient pas la motivation de la peine dans les décisions des Cours d'assises. Une décision qui semble une importante évolution à partir de la publication de la loi du 10 août 2011, qui a imposé la motivation explicite de la décision de culpabilité, selon l'art. 365-1 du code de procédure pénale.

- Coke, Edward. 1853. *The first part of the Institutes of the Laws of England*. 1st American, from 19th London Ed. Philadelphia : Robert H. Small.
- Constantinesco, Vlad, et Stéphane Pierrè-Caps. 2004. *Droit constitutionnel*. Paris : PUF.
- Creighton, Louise. 1877. *England, a continental power : from the conquest to Magna Charta*. Toronto : A. Miller.
- David, René. 2016¹² (1964). *Les Grands Systèmes du Droit Contemporains*. Paris : Dalloz.
- Dicey, Albert Venn. 1915. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. 8th ed. London : Macmillan.
- Duguit, Léon. 1928. *Traité de droit constitutionnel. Tome troisième : La théorie générale de l'Etat, suite et fin*. Paris : Fontemoing.
- Dupic, Emmanuel, et Luc Briand. 2013. *La Question prioritaire de constitutionnalité, une révolution des droits fondamentaux*. Paris : PUF.
- Esmein, Adhémar. 1914⁶. *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*. Paris : Sirey.
- Gautier, Alfred. 1887³. *Précis de l'histoire du droit français*. Paris : L. Larose et Forcel.
- Girard, Didier. 2013. "Le Président de la République : une autorité juridictionnelle méconnue. La justice retenue sous l'empire de la Constitution du 4 octobre 1958." *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 3 : 673-705.
- Hauriou, Maurice. 1930. *Précis élémentaire de droit constitutionnel*. Paris : Recueil Sirey.
- Hill, Christopher. 1997. *Puritanism and revolution: studies in interpretation of the English Revolution of the seventh century*. New York : St. Martin's Press.
- Lambert, Édouard. 2005. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*. Paris : Dalloz.
- Loewenstein, Karl. 1957. *Political Power and the Governmental Process* Chicago : University of Chicago Press.
- Pinon, Stéphane. 2003. *Les réformistes constitutionnels des années trente. Aux origines de la Ve République*. Paris : LGDJ.
- Pocock, J. G. A. 1967. *Ancient Constitutional and the Feudal Law*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Rioux, Jean-Pierre. 1980. *Nouvelle histoire de la France contemporaine. Tome 15 : La France de la Quatrième République : 1. L'ardeur et la nécessité, 1944-1952*. Paris : Éditions du Seuil.
- Rousseau, Dominique. 2015. *Radicaliser la démocratie : propositions pour une refondation*. Paris : Seuil.
- Rousseau, Dominique. 2018. "Constitucionalismo e democracia." *RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* 10, 3 : 228-37. <https://doi.org/10.4013/rechtd.2018.103.01>
- Rousseau, Dominique. 2021. *Justiça constitucional francesa*. Belo Horizonte : Editora Fórum.
- Santoro, Emilio. 2002. "Rule of law e 'libertà degli inglesi'. L'interpretazione di Albert Venn Dicey." *In Lo stato di diritto. Teoria, storia, critica*, a cura di Pietro Costa, e Danilo, Zolo, 173-223. Milano : Feltrinelli.
- Seaberg, R. B. 1981. "The Norman Conquest and the Common Law : the Levellers and the Argument from Continuity." *The Historical Journal* 24 (4) : 791-806. <https://doi.org/10.1017/S0018246X00008207>
- Tocqueville, Alexis de. 1837². *De la démocratie en Amérique*. Tome I. Paris : Rosa.
- Troper, Michel. 1980. *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*. Paris : LGDJ.
- Troper, Michel. 2001. *La théorie de l'État, le droit, l'État*. Paris : PUF.

U.K. Parliament. 2003. *Joint Committee on Draft Civil Contingencies Bill*. First Report. London.

Verpeaux, Michel. 2013. *La question prioritaire de constitutionnalité*. Paris : Hachette.