

L'AVÈNEMENT DU CONSTITUTIONNALISME EN OCCIDENT : FONDEMENTS PHILOSOPHIQUES ET CONTINGENCE HISTORIQUE

par Jean LECLAIR*

Pour le bénéfice des non-initiés aux arcanes du droit constitutionnel occidental, l'auteur, après avoir brièvement décrit les notions de « droit constitutionnel » et de « constitutionnalisme », s'attarde à retracer les idées-forces qui, en Occident, ont rendu possible l'avènement de ces notions. Par la suite, il examine la trajectoire historique empruntée plus spécifiquement par les constitutionnalismes anglais, français et américain. L'auteur cherche ainsi à démontrer que, malgré la contingence historique du constitutionnalisme canadien, les principes philosophiques qui en sont à la source tirent leur origine de ce qu'on pourrait appeler un « patrimoine intellectuel » occidental.

For the benefit of those unacquainted with the arcane features of Western Constitutional law, the writer, after briefly describing the notions of "constitutional law" and "constitutionalism", seeks to set out the fundamental ideas which have enabled these notions to develop in the Western World. He then examines the historical trajectory of British, French and American constitutionalism. In so doing, the author seeks to underline that, notwithstanding the historical contingency of Canadian constitutionalism, the philosophical ideas upon which it is grounded may be described as originating from a "Western intellectual patrimony".

*. Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Je tiens à remercier mes collègues José Woehrling, Arnaud Decroix, François Chevrette, Michel Morin et François Alary pour leurs commentaires fort utiles. Je demeure, comme le veulent coutume et politesse, entièrement responsable des erreurs qui auraient pu se glisser dans le texte.

SOMMAIRE

Section 1 — Les fondements philosophiques du droit constitutionnel occidental.....	165
Sous-section 1 — La transformation de la conception du monde au Siècle des Lumières	165
<i>Paragraphe 1 — L'individualisme</i>	<i>170</i>
<i>Paragraphe 2 — Le rationalisme</i>	<i>173</i>
<i>Paragraphe 3 — La nature et le droit naturel (ou jusnaturalisme)</i>	<i>175</i>
Sous-section 2 — L'impact des Lumières sur la politique et le droit.....	181
Section 2 — L'avènement du constitutionnalisme en Angleterre, en France et aux États-Unis	186
<i>Paragraphe 1 — En Angleterre</i>	<i>187</i>
<i>Paragraphe 2 — En France</i>	<i>199</i>
<i>Paragraphe 3 — Aux États-Unis</i>	<i>208</i>

La volonté générale est
libre, comme une lo-
comotive sur ses rails.

Augustin Cochin
(1876-1916)¹

Le droit constitutionnel canadien s'inscrit dans la tradition juridique des pays occidentaux. En effet, les principes fondamentaux du droit constitutionnel occidental contemporain ont été historiquement développés dans certains pays européens, ou qui sont nés de la colonisation européenne, principalement la France, la Grande-Bretagne et les États-Unis. Par la suite, le constitutionnalisme occidental s'est répandu dans une grande partie du monde. Les pays démocratiques et libéraux — de même que ceux qui se prétendent tels — s'en réclament tous. Le Canada fait partie de la grande famille occidentale. Ainsi, malgré la contingence historique du constitutionnalisme canadien, les principes philosophiques qui en sont à la source tirent leur origine de ce qu'on pourrait appeler un « patrimoine intellectuel » occidental.

Le présent texte sera consacré à un examen de l'objet même du droit constitutionnel ainsi que des idées philosophiques et politiques qui, en Occident, en ont marqué l'évolution.

Après avoir brièvement décrit, dans la présente introduction, les notions de « droit constitutionnel » et de « constitutionnalisme », les idées-forces qui, en Occident, ont rendu possible l'avènement de ces notions, seront examinées (Section 1). La trajectoire historique particulière du constitutionnalisme anglais, français et américain retiendra ensuite mon attention (Section 2).

Signalons tout de suite que le présent article n'a pas pour finalité d'instruire le spécialiste, lequel restera très certainement sur sa faim. Nourri par une expérience de près de vingt ans d'enseignement en droit public, j'ai cru utile d'offrir à celui ou celle

1. Auguste COCHIN, *Les sociétés de pensée et la démocratie. Études d'histoire révolutionnaire*, Paris, Plon, 1921, p. 218.

qui aborde le droit constitutionnel canadien un aperçu du terreau intellectuel dans lequel il s'enracine. Les ouvrages et monographies portant sur cette question sont parfois d'une facture trop érudite pour tenter le non-initié. À l'inverse, les exposés qu'on trouve dans certains articles sont trop souvent une idiotification d'un sujet qui mérite infiniment mieux. J'ai donc tenté de brosser un tableau de la trajectoire historique du constitutionnalisme occidental qui, tout en étant succinct, rend justice et fait honneur à sa complexité.

Comme mentionné plus tôt, en guise d'introduction à ce qui sera le cœur de cet article, il importe de dire un mot au sujet du « droit constitutionnel » en général et du « constitutionnalisme » en particulier.

L'objet du droit constitutionnel : l'encadrement du pouvoir politique et la conciliation de la liberté et de l'autorité : Alors que la science politique vise à comprendre le phénomène politique dans sa généralité, c'est-à-dire tout ce qui se rapporte à la fondation, à la conservation et à la transmission du pouvoir, le droit constitutionnel s'intéresse plus précisément aux règles et mécanismes juridiques qui encadrent, structurent, et limitent l'exercice de l'autorité politique. Il vise, en quelque sorte, à formaliser, à neutraliser et à objectiver les questions politiques.²

Les règles constitutionnelles poursuivent les finalités suivantes : 1) elles hiérarchisent les différentes sources du pouvoir étatique et assurent la soumission des organes de l'État au droit (suprématie de la Constitution; primauté du droit; contrôle judiciaire de la constitutionnalité); 2) elles définissent la forme de l'État (unitaire ou fédéral; monarchique ou républicain) et identifient les organes à travers lesquels s'exerce le pouvoir étatique, en précisant leur composition, leurs attributions et leur fonctionne-

2. Olivier DUHAMEL et Yves MÉNY (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 212.

ment; 3) elles aménagent les rapports entre les divers organes de l'État et établissent le régime de gouvernement (séparation des pouvoirs entre l'exécutif, le législatif et le judiciaire; indépendance du pouvoir judiciaire); et enfin, elles régissent les relations entre l'État et les individus en garantissant les droits et libertés de ces derniers.

Le mouvement du constitutionnalisme : Comme nous le verrons dans les pages qui suivent, plusieurs phénomènes vont marquer l'évolution du droit constitutionnel occidental. Dans un premier temps, on allait assister à la lente transformation de l'État-puissance en État de droit,³ soit d'un État où le pouvoir arbitraire d'essence divine devait céder le pas à un pouvoir politique fondé sur un pacte social (constaté dans une constitution), et dès lors, assujetti au droit. Dans un deuxième temps, à cet assujettissement de l'État au droit, devaient s'ajouter le principe de la séparation des pouvoirs et l'institutionnalisation des droits de la personne qui tous deux allaient contribuer à la démocratisation encore plus grande du pouvoir.

Le constitutionnalisme devait émerger de cette lente évolution. Ce concept a été décrit comme « a legal tradition based on the idea that the exercise of political power ought to be restricted by a fundamental pact between the governors and the governed, safeguarding the rights of the latter and defining the tasks and powers of the former »⁴. Toutefois, la pleine réalisation de l'État de droit exigeait que la suprématie de la constitution, document qui cristallise le pacte social, soit non pas simplement politiquement reconnue, mais également juridiquement garantie. Le constitution-

3. Ou, pour reprendre l'expression du juge en chef Marshall dans *Marbury v. Madison*, (1803) 1 Cranch 137, p. 163; 5 U.S. 60, p. 69, il serait possible de parler du passage d'un « government of men » à un « government of laws ». Ces mots furent initialement utilisés à l'article XXX de la *Constitution of Massachusetts* de 1780 : Jacques-Yvan MORIN, *L'État de droit : émergence d'un principe du droit international*, La Haye, Martinus Nijhoff Pub., tiré à part du Recueil des cours, tome 254 (1995), hors commerce, [1995], p. 83 (ci-après « J.-Y. Morin »).

4. Raoul Charles van CAENEKEN, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 80.

nalisme correspond justement à cette acceptation juridique de la supériorité de la constitution sur toute autre règle de droit. Il se manifeste par la création et la mise en place d'une justice constitutionnelle indispensable à la reconnaissance effective des droits et libertés garantis par la constitution. Une instance judiciaire doit donc être investie du pouvoir de contrôler la légalité constitutionnelle des normes étatiques de manière à garantir la suprématie de la constitution.

Avant d'aller plus loin, il importe de distinguer brièvement le constitutionnalisme de la primauté du droit, des droits de la personne et de la démocratie. Comme je viens de le dire, le constitutionnalisme, tel qu'on l'entend aujourd'hui, suppose l'existence d'une instance judiciaire capable de faire respecter les normes constitutionnelles, et ce, même à l'encontre de la volonté exprimée par l'État. Or, le constitutionnalisme occidental contemporain tient pour acquis qu'au nombre desdites normes constitutionnelles, il faut compter les droits de la personne et les normes indispensables à l'établissement d'institutions gouvernementales démocratiques. La primauté du droit, telle qu'elle est comprise au Royaume-Uni, n'est pas parfaitement synonyme de constitutionnalisme. En réalité, conformément à cette notion, les pouvoirs exécutif et administratif de l'État sont tenus d'agir conformément au droit. Néanmoins, la primauté du droit ne pose aucune limite à l'exercice du pouvoir législatif dont l'omnipotence est consacrée par le principe de souveraineté parlementaire. Les principales contraintes imposées au pouvoir législatif britannique sont de nature politique plutôt que constitutionnelle (conventions constitutionnelles). L'expression « État de droit » peut être substituée à constitutionnalisme dans la mesure où elle présuppose un État régi par le droit et l'existence d'une juridiction constitutionnelle à qui est confié le pouvoir de sanctionner toute violation de l'ordre constitutionnel.

Dans la section suivante, j'examinerai les idées-forces qui, au cours de l'histoire de l'Occident, ont permis l'avènement du constitutionnalisme tel qu'on le connaît aujourd'hui.

Section 1 — Les fondements philosophiques du droit constitutionnel occidental

Au cours des XVII^e et XVIII^e siècles, un certain nombre d'idées initialement véhiculées par les élites cultivées vont contribuer à créer un « esprit diffus »⁵ qui contribuera à saper les fondements des institutions de l'Ancien régime, principalement en Grande-Bretagne et en France, et qui permettra l'avènement de changements radicaux dans les formes de gouvernement. Mais quelles sont ces idées au juste? De quelle manière ont-elles influencé de façon durable la pensée politique et constitutionnelle occidentale?

Sous-section 1 — La transformation de la conception du monde au Siècle des Lumières

Pour bien comprendre la nouveauté des idées apparues au XVIII^e siècle, un bref aperçu des concepts dominant la pensée politique antérieure à cette époque est nécessaire.

À l'époque médiévale, sur le plan social, l'individu isolé ne compte pas. Il n'a d'existence qu'en tant que membre d'une communauté ou d'un ordre reconnu : famille, seigneurie, ville, corporation, confrérie, ordre religieux, etc. L'absence de tout pouvoir centralisé à cette époque de l'histoire occidentale explique cette fragmentation de la société en une multitude de sous-groupes. Par un besoin bien naturel de sécurité, les hommes et les femmes ont alors eu tendance à se regrouper et à rechercher la protection des puissants. Ces microsociétés vivaient de manière presque autarcique les unes aux côtés des autres, sans qu'une autorité supérieure soit en mesure de leur imposer sa volonté. Le régime politique de ces sociétés — le régime féodal — était donc caractérisé par une très grande fragmentation. La notion de liberté, telle qu'on l'entend aujourd'hui, était également étrangère à la mentalité

5. Jean-Jacques CHEVALLIER, *La bataille des idées politiques à partir de 1789*, Paris, Les cours de droit, 1961-1962, p. 4 (ci-après « J.-J. Chevallier, 1961 »).

té de cette époque. Comme l'affirme le médiéviste Jacques Le Goff : « Pas de liberté sans communauté. [...] L'homme libre, c'est celui qui a un protecteur puissant ».⁶

La fragmentation du droit faisait écho à cette fragmentation du pouvoir. En effet, en l'absence d'un pouvoir étatique centralisé, les diverses collectivités élaborèrent de façon spontanée un droit coutumier. Les usages répétés devinrent source de droit. Les systèmes juridiques coutumiers se développèrent donc de manière pragmatique sans qu'initialement un effort de systématisation ne soit opéré par les légistes ou les tribunaux.

Durant cette période, la pensée en général, et la pensée politique en particulier, est fortement marquée par la place centrale occupée par l'idée de Dieu en toutes choses. L'univers est perçu comme une projection de la volonté divine. Dieu est à l'origine de tout; il ordonne et structure tout. La nature elle-même poursuit la fin que lui attribue la raison divine. Le droit n'échappe pas à cette emprise. Ainsi, la validité du droit positif se mesure à sa conformité avec le droit naturel. Ce dernier est perçu comme constitué par les règles dictées par la volonté divine et à laquelle la raison permet d'accéder. Thomas d'Aquin (1228-1274), en renouant avec Aristote (384-322 av. J.-C.), considère que l'être humain peut connaître le droit naturel par la Raison plutôt que par la seule Révélation⁷.

6. Jacques LE GOFF, *La civilisation de l'Occident médiéval*, Coll. « Les grandes civilisations », Paris, Éditions Arthaud, 1984, p. 317.

7. Lionel PONTON, « La définition du droit naturel d'Ulprien : sa reprise par Thomas d'Aquin et son actualisation comme critique des droits de l'homme. À propos d'un livre récent », (1996) 52 *Laval théologique et philosophique* 846-847 : « La loi naturelle [pour Thomas d'Aquin] n'est rien d'autre que la lumière de notre raison qui, en participant à la lumière divine, nous fait discerner ce qui est bien et ce qui est mal (la Ilae, q. 91, a. 2). Si l'homme participe à la loi éternelle, c'est de façon originale puisqu'il y participe selon un mode intelligent et rationnel (*intelligenter et rationaliter*) tandis que les animaux sans raison y participent à leur façon, c'est-à-dire selon un mode non rationnel. On ne peut parler de loi naturelle à leur propos que par similitude. Dans la Ilae, q. 71, a. 6, ad 4, Thomas d'Aquin déclare que le droit naturel est « contenu premièrement dans la loi éternelle et secondairement dans la faculté de juger naturelle de la

Cette conception du monde comme projection de la volonté divine exercera une influence profonde sur la pensée politique occidentale, bien au-delà de l'époque médiévale. Jean Bodin (1530-1596), conseiller du Roi et auteur d'un ouvrage de philosophie politique célèbre intitulé *Les six livres de la République*⁸, soutiendra, par exemple, que le régime monarchique, le pouvoir d'un seul sur tous, représente la forme étatique la plus achevée. Il en est ainsi, dira-t-il, au motif, entre autres, qu'il s'agit du régime le plus conforme à la nature (une nature conforme à la volonté divine). La famille n'a-t-elle pas qu'un seul chef? La chrétienté n'a-t-elle pas qu'un seul Dieu? N'y a-t-il pas qu'un seul soleil? (Livre sixième, chap. IV)⁹. Cette prédilection de l'auteur pour le régime monarchique étonne peu. En effet, seul ce régime politique pouvait être concilié avec la conception bodinienne de l'État et de la souveraineté. Pour lui, la fonction première de l'État consiste à assurer l'ordre et non à garantir la liberté. Le principal devoir du sujet est donc d'obéir au souverain (Livre premier, chap. X)¹⁰ :

Puisqu'il n'y a rien de plus grand en terre après Dieu que les princes souverains, et qu'ils sont établis de lui comme ses lieutenants, pour commander aux autres hommes, il est besoin de prendre garde à leur qualité, afin de respecter et révéler leur majesté en toute obéissance, sentir et parler d'eux en tout honneur; car qui méprise son prince souverain, il méprise Dieu duquel il est l'image en terre.

Mais à quoi reconnaît-on la souveraineté? Quelles en sont les « vraies marques » — titre du Chapitre X du Livre Premier de

raison humaine (*in naturali iudicio rationis humanae*). Pour prendre connaissance des références mentionnées par L. Ponton, voir : Thomas D'AGUIN, *Somme théologique*, Tome 2, Paris, Éditions du Cerf, 2003, p. 451, 573-575.

8. Jean BODIN, *Les Six Livres de la République*, Classiques de philosophie, Livre de Poche, Paris, 1993 (publication originale en 1583).

9. Le titre du chapitre IV suffit à lui seul à traduire la pensée de l'auteur : *De la comparaison des trois Républiques légitimes, c'est à savoir de l'état populaire, Aristocratique, et Royal, et que la puissance royale est la meilleure.*

10. Dans cet article, à moins de mention contraire, l'orthographe des auteurs n'a pas été modifiée.

son ouvrage? Pour les juristes et les penseurs politiques du XVI^e siècle, tout comme pour leurs prédécesseurs, la fonction de juge suprême constituait la prérogative marquante du souverain. Rompant avec cet héritage, Bodin affirme plutôt que c'est la puissance législative qui fait le souverain. La toute première marque de la souveraineté¹¹, dit-il (Livre premier, chap. X) :

...c'est la puissance de donner loi à tous en général et à chacun en particulier; mais ce n'est pas assez, car il faut ajouter, sans le consentement de plus grand que soi, ni de pareil, ni de moindre que soi. Car si le prince est obligé de ne faire loi sans le consentement d'un plus grand que soi, il est vrai sujet; si d'un pareil, il aura compagnon; si des sujets, soit du Sénat, ou du peuple, il n'est pas souverain.

À cette puissance, on ne peut même pas opposer la Tradition incarnée par les coutumes (Livre premier, chap. X) :

...la loi peut casser les coutumes, et la coutume ne peut déroger à la loi. [...] Et, pour le faire court, la coutume n'a force que par la souffrance [c.-à-dire la tolérance dont elle fait l'objet], et tant qu'il plaît au prince souverain, qui peut faire une loi, y ajoutant son homologation. Et par ainsi toute la force des lois civiles et coutumes gît au pouvoir du prince souverain.

Bodin définit donc la souveraineté comme une puissance *absolue* (affranchie de tout contrôle, car le souverain est l'unique détenteur du pouvoir de faire la loi¹²), *perpétuelle* (elle se perpétue au-delà de la mort du souverain¹³) et *indivisible* (détenue sans partage, elle ne peut être limitée ou entravée par quiconque). Or, il y

11. Toute première, car, comme le signale J. BODIN, préc., note 8, Livre premier, chap. X, « [s]ous cette même puissance de donner et casser la loi, sont compris tous les autres droits et marques de souveraineté... ».

12. J. BODIN, préc., note 8, Livre premier, chap. VII. Le souverain n'était toutefois pas exempté du devoir de respecter, entre autres choses, les lois divines et naturelles. À ce sujet, lire Jean-Fabien SPIRZ, *Bodin et la souveraineté*, coll. « Philosophies », Paris, PUF, 1998, p. 79-85.

13. Cette immortalité de l'État est parfaitement traduite par la phrase « Le roi est mort! Vive le Roi » que l'on prononçait au décès du monarque.

aura indivisibilité du pouvoir si le souverain en est le détenteur exclusif.

Comme le souligne Quentin Skinner, « [Bodin] se voit ainsi conduit à affirmer, dans la logique de ses choix idéologiques personnels, qu'une société politique doit comporter un pouvoir souverain qui soit absolu, au sens qu'il commande et ne soit jamais commandé, en sorte qu'aucun de ses sujets n'a le droit de s'opposer à lui »¹⁴.

Jean Bénigne Bossuet (1627-1704), dans *La Politique tirée des propres paroles de l'Écriture Sainte* (ouvrage publié à titre posthume en 1709) viendra consolider cet édifice en affirmant que la monarchie est sacrée, puisque le Roi détient son autorité directement de Dieu (et non pas du peuple)¹⁵. L'origine du pouvoir est

14. Quentin SKINNER, *Les fondements de la pensée politique contemporaine*, Bibliothèque de « L'Évolution de l'Humanité », Paris, Albin Michel, 2001, p. 742.
15. La *Politique tirée des propres paroles de l'Écriture sainte*, Livre VI, Article II, première proposition (dans *Œuvres complètes*, tome premier, Paris, Firmin Didot Frères, Libraires, 1841, p. 376) : « Si le prince n'est ponctuellement obéi, l'ordre public est renversé, et il n'y a plus d'unité, par conséquent plus de concours ni de paix dans un État. [...] C'est pourquoi nous avons vu que quiconque désobéit à la puissance publique est jugé digne de mort. [...] C'est pour empêcher ce désordre que Dieu a ordonné les puissances; et nous avons ouï Saint Paul dire en son nom : "Que toute âme soit soumise aux puissances supérieures, car toute puissance est de Dieu : il n'y en a point que Dieu n'ait ordonnée. Ainsi, qui résiste à la puissance résiste à l'ordre de Dieu." [...] Dieu a fait les rois et les princes ses lieutenants sur la terre, afin de rendre leur autorité sacrée et inviolable. C'est ce qui fait dire au même Saint Paul, qu'ils sont "ministres de Dieu" [...], que "les princes sont ministres de son royaume." De là Saint Paul conclut "qu'on leur doit obéir par nécessité, non seulement par la crainte de la colère, mais encore par l'obligation de la conscience." [...] Tout ce que nous avons vu pour montrer que la puissance des rois est sacrée, confirme la vérité de ce que nous disons ici; et il n'y a rien de mieux fondé sur la parole de Dieu que l'obéissance qui est due, par principe de religion et de conscience, aux puissances légitimes. Au reste, quand Jésus-Christ dit aux Juifs : "Rendez à César ce qui est dû à César", il n'examina pas comment était établie la puissance des césars; c'est assez qu'il les trouvât établis et régnants : il voulait qu'on respectât dans leur autorité l'ordre de Dieu et le fondement du repos public. »

donc essentiellement sacrée : « Obéir au roi, c'est obéir à Dieu, roi des rois, source de toute autorité, objet premier de toute obéissance »¹⁶.

Ceci étant rappelé, j'examinerai maintenant les trois idées-maîtresses qui sont venues balayer les présupposés idéologiques de l'époque médiévale. Ces idées des Lumières marquent encore profondément la pensée politique occidentale. En voici une présentation très succincte.

Paragraphe 1 — L'individualisme

L'individualisme peut se définir comme une théorie qui fait de l'être humain l'épicentre de toute organisation politique ou sociale, et ce, parce qu'il vaut « par sa seule qualité d'individu humain »¹⁷. L'individu, en d'autres termes, prime le groupe.

Les origines de la pensée individualiste sont fort anciennes. Les sophistes grecs et plus tard les tenants du stoïcisme en ont fait la pierre d'assise de leur philosophie. Le christianisme contribuera également à renforcer l'avènement de l'individualisme en proclamant l'existence de l'âme et en insistant sur le caractère individuel du salut. Toutefois, en insistant sur la corruption de la nature humaine par le péché originel, l'Église catholique niera au commun des mortels la capacité de se prononcer en matière de foi et imposera un encadrement très strict aux fidèles de l'époque médiévale. Dans ce contexte, le respect de l'autorité supplantera le libre arbitre. Deux événements majeurs viendront cependant poser l'individualisme comme idée-force de la pensée politique occidentale : la Renaissance et la Réforme.

Aux XV^e et XVI^e siècles, un vaste mouvement esthétique et philosophique vient bousculer l'échiquier des valeurs médiévales. À celles-ci, fortement marquées au sceau de la féodalité, on préfère les valeurs de l'Antiquité dont la « renaissance » est rendue pos-

16. Jean-Jacques CHEVALLIER, *Histoire de la pensée politique*, Paris, Éditions Payot & Rivages, 1993, p. 380 (ci-après « J.-J. Chevallier, 1993 »).

17. *Id.*, p. 381.

sible, entre autres choses, par la découverte de manuscrits d'œuvres littéraires et philosophiques grecques. La redécouverte des œuvres des philosophes grecs, plus particulièrement celles de Platon (428-348 av. J.-C.), donne naissance à un nouveau courant de pensée : l'humanisme. Ce mouvement intellectuel sera caractérisé par un effort de mise en valeur de l'être humain et de sa dignité. Les humanistes sont des optimistes qui voient dans l'être humain une créature fondamentalement bonne. En cela, ils se distinguent de l'orthodoxie catholique pour qui l'homme est un être dont la nature même a été fondamentalement corrompue par le péché originel. Ils soutiennent également que l'exercice de sa raison permet à l'être humain de s'élever à une meilleure connaissance de lui-même et, par le fait même, de la volonté divine. La raison individuelle guidera chaque être vers le bien. À cette conviction s'en ajoutent deux autres, celles de la liberté et de la responsabilité de la personne humaine. L'homme est entièrement libre de choisir la voie du bien ou du mal, puisqu'il est également seul responsable de sa propre destinée. Les humanistes, au contraire des réformés, chercheront à concilier leur conception de Dieu et de l'être humain avec la doctrine officielle de l'Église. Sur le plan social, cette morale individuelle se traduira par la réclamation d'une plus grande liberté de pensée et d'action. Largement diffusées par l'imprimerie qui vient d'être inventée, les idées humanistes influenceront grandement toutes les sphères de l'activité intellectuelle.

La Réforme, quant à elle, est avant tout une réaction aux abus de l'Église catholique (le mode de vie scandaleux des clercs, l'ignorance du clergé rural en matière théologique, pastorale et liturgique, l'échec des réformes que l'Église avait tentées d'entreprendre et finalement, la querelle des indulgences). Cette réaction intervient à une époque déjà marquée par un climat très profond d'inquiétude religieuse. Amorcé par Martin Luther (1483-1546), le mouvement réformiste va rompre définitivement avec l'Église établie en affirmant que seul Dieu (et non le pape et ses clercs) peut pardonner à l'homme, que les œuvres de charité ne peuvent donc le racheter (rejet des indulgences), et que les sacrements ne valent rien en eux-mêmes. En d'autres termes, seule la foi compte; c'est

elle qui déterminera notre salut ou notre condamnation. Pour Luther, seule l'Écriture peut nous renseigner sur le contenu de cette foi. Or, selon lui, personne, pas même les clercs, ne jouit d'un privilège quelconque en matière d'interprétation de l'Écriture. Luther met ainsi l'accent sur l'autonomie de la volonté en affirmant que tout être humain est fait prêtre par le baptême et qu'il est, en conséquence, autorisé, au même titre que les clercs, à se prononcer en matière de foi. Ce faisant, Luther rejette toute forme de hiérarchie ecclésiastique. L'idée de sacerdoce universel accorde ainsi une place centrale à la personne même du fidèle. Le protestantisme rejoint en cela la morale humaniste¹⁸. Comme l'affirme J.-J. Chevallier à propos du protestantisme : « [...] celui-ci a sans nul doute, bien au-delà de l'intention de ses fondateurs (mais confor-

18. Les chemins des humanistes et des réformés se séparent cependant sur la question du libre arbitre et de la capacité de l'être humain à influencer sur son salut éternel. En septembre 1524, Érasme (1466?-1536), figure emblématique de l'humanisme faisait paraître *Diatrise : Du libre arbitre* auquel répondra Luther en décembre 1525 dans son *Du serf arbitre* : Martin LUTHER, *Du serf arbitre, suivi de Désiré Érasme, Diatribe : Du libre arbitre*, coll. « Folio/essai », Paris, Gallimard, 2001. À l'occasion de cette controverse, Luther contestait la définition suivante du libre arbitre donnée par Érasme : « ...nous entendons ici par libre arbitre la force de la volonté humaine telle que par elle l'homme puisse s'attacher aux choses qui conduisent au salut éternel ou se détourner de celles-ci » (*id.*, à la p. 181). Bref, pour Érasme, même si la grâce est essentielle au salut, l'être humain, par ses bonnes actions, pouvait contribuer à se rendre digne d'être sauvé. Pour Luther, au contraire, même si le libre arbitre peut jouer dans des décisions d'importance mineure, « comme de manger, de boire, d'engendrer, de diriger » (p. 374), le salut du chrétien dépend entièrement de la grâce divine. Le mérite personnel ou les bonnes actions n'ont rien à faire avec le salut éternel. C'est là ce qu'on appelle la « prédestination » et que le *Trésor de la langue française* définit comme suit : « Doctrine selon laquelle Dieu aurait par avance destiné certaines créatures à la béatitude, par le seul effet de sa grâce, et sans considération de leurs œuvres, vouant les autres à la damnation. » Luther résumera ainsi sa pensée (p. 457) : « Si en effet nous croyons qu'il est vrai que Dieu connaît et organise à l'avance toutes les choses, il ne peut alors être trompé ni empêché en la prescience et la prédestination qui sont les siennes. Ensuite, rien ne peut se produire, s'il ne le veut lui-même : c'est ce que la raison elle-même est forcée de concéder; et du même coup, au témoignage de la raison précisément, il ne peut y avoir aucun libre arbitre dans l'homme ou dans l'ange ou dans quelque créature ».

mément à son intime essence), déposé dans l'âme occidentale un actif et durable ferment de *protestation* individualiste »¹⁹.

Dans la sphère politique, tout comme en matière religieuse, l'individu en viendra à occuper la première place. Avant d'aborder cette question toutefois, il faut dire un mot du rationalisme.

Paragraphe 2 — Le rationalisme

Qui dit rationalisme, dit bien sûr « raison ». Cette dernière est la notion-phare de toute l'histoire de la pensée occidentale. Ce sont les philosophes grecs qui, les premiers, s'attachèrent à substituer aux explications religieuses de l'univers des explications logiques. À la foi, ils opposèrent la raison. Pour eux, les phénomènes physiques et les institutions humaines n'étaient pas inévitables ou inexplicables. Une approche rationnelle permettait d'en faire l'analyse.

Au cours des âges, le concept de raison n'a pas toujours eu la même signification. Ainsi, en guise d'exemple, lorsque Bossuet affirme, au XVII^e siècle, que la monarchie doit être fondée sur la raison, il ne fait aucunement référence à la « raison critique » à laquelle renvoie aujourd'hui la notion de rationalisme. Il fait plutôt référence à la « *raison-discipline* », au sens de raison « maîtresse des passions »²⁰ qui entraîne le prince légitime à exercer son pouvoir de manière modérée, plutôt que tyrannique. Ainsi, cette référence à la raison n'empêche pas Bossuet d'affirmer que c'est la Providence divine qui gouverne les hommes et qui fait des rois les lieutenants de Dieu, à qui l'on doit obéissance.

La notion de rationalisme renvoie plutôt à la raison critique. Selon cette acception, la raison désigne alors cet « instrument de connaissance certaine »²¹ qui consiste à n'admettre rien qui ne se fonde sur l'observation, l'expérimentation et l'examen critique

19. J.-J. CHEVALLIER, 1993, préc., note 16, p. 383.

20. *Id.*, p. 328.

21. Paul HAZARD, *La crise de la conscience européenne, 1680-1715*, Coll. «Le livre de poche», Paris, Éditions Arthème Fayard, 1961, p. 127.

(« [...] prendre la vérité pour but unique, et l'atteindre par l'esprit d'examen »²²). Cette faculté de libre examen est à la fois universelle et individuelle, car elle est détenue par tous les êtres humains.

René Descartes (1596-1650) s'était fait l'apologiste de cette raison critique en 1637 dans son *Discours sur la méthode*. Elle prendra appui, d'une part, sur les découvertes scientifiques qui se multiplient à partir du XVII^e siècle (celles de Isaac Newton (1642-1727) en particulier). Elle se fonde, d'autre part, sur le désir manifesté par plusieurs penseurs, à la même époque, de faire table rase des idées qui ne se fondent pas sur l'expérience, mais plutôt sur la tradition et la Providence. Toute forme d'autorité, qu'elle soit religieuse ou non, doit, selon eux, être rejetée si elle ne peut résister à un examen critique.

Ce rejet de la tradition opère alors une rupture d'importance avec la pensée médiévale. Rappelons que, au Moyen Âge, « [...] la référence au passé est comme obligatoire [...]. L'innovation est péché »²³. Ce recours à la tradition est largement déterminé par l'insatiable besoin de sécurité matérielle et morale qu'éprouvaient les membres de la société médiévale. Puisqu'on croyait que le meilleur remède à cette insécurité passait par la création de liens sociaux plus étroits, tout ce qui pouvait constituer une menace à la solidarité sociale était vu avec méfiance. D'où cette crainte de la nouveauté (sur tous les plans, scientifiques, philosophiques et autres) et cette glorification du passé et de la tradition. En droit, cette foi dans la tradition sera caractérisée par le recours aux coutumes, dont la validité était fondée sur leur caractère immémorial. Sur le plan politique, comme on l'a vu, on invoquera le caractère traditionnel et « naturel » de la monarchie pour expliquer sa supériorité sur les autres types de régime. Les rationaux, comme les appelle Paul Hazard, ont réagi contre ce qu'ils estimeront être un abus de l'« autorité ». L'Histoire, selon eux, ne pèse plus rien si elle n'est conforme à la raison et à la na-

22. *Id.*, p. 227.

23. J. LE GOFF, préc., note 6, p. 366.

ture. Les coutumes ne peuvent, par exemple, justifier une atteinte aux droits que la nature elle-même reconnaît à l'homme.

La raison devra présider en tout, y compris en politique. Nous verrons plus loin de quelle manière elle a marqué la pensée constitutionnelle occidentale. Il ne suffira plus de fonder la légitimité du pouvoir sur une intervention de la Providence divine ou encore sur la simple tradition. Il faudra dorénavant compter avec la raison au sens moderne du terme.

Paragraphe 3 — La nature et le droit naturel (ou jusrationalisme)

Avec les philosophes du XVIII^e siècle, Dieu est détrôné, non seulement au profit de la raison, mais également au profit de la nature. Celle-ci correspond à la fois au monde réel dans lequel l'être humain évolue, et à un monde idéal qui explique tous les phénomènes de l'univers, qu'ils soient physiques ou moraux. La raison préside à l'ordonnement de cet univers. En effet, ce qui est conforme à la nature de l'homme sera, dans cette conception, conforme à la raison : « La raison plus que jamais a partie liée avec la nature. Gouvernement de la nature égale gouvernement de la raison »²⁴.

Le droit naturel n'échappe pas à cette influence. Autrefois, simple reflet de la volonté divine, les philosophes le dépouillent de toute filiation théologique : « Le droit naturel naît d'une philosophie : celle qui nie le surnaturel, le divin, et substitue l'ordre immanent de la nature à l'action et à la volonté personnelle de Dieu. Il procède [...] d'une tendance rationnelle qui s'affirme dans l'ordre social : à chaque être humain sont attachées certaines facultés inhérentes à sa définition, et avec elles, le devoir de les exercer suivant leur essence »²⁵. L'être humain, de par sa nature même, est investi de certains droits inaliénables dont l'existence est antérieure à la société elle-même. La raison permet l'identification de

24. J.-J. CHEVALLIER, 1961, préc., note 5, p. 16.

25. P. HAZARD, préc., note 21, p. 254.

ces droits naturels. Qui plus est, ceux-ci viendront baliser l'exercice du pouvoir, puisque l'État aura pour mission de les protéger.

John Locke (1632-1704) sera le plus célèbre chantre de cette conception « rationnelle » du droit naturel. Bien que chrétien fervent, Locke s'opposera aux absolutistes qui soutiennent que les rois tiennent leur pouvoir de Dieu et que ce pouvoir n'autorise aucune forme de résistance. Selon lui, comme il l'affirmera dans son *Second Treatise of Civil Government* (1689)²⁶, le pouvoir n'est légitime que s'il se fonde sur le consentement de la population. Résumons brièvement sa pensée.

Selon lui, avant l'avènement des sociétés, les hommes vivaient dans un « état de nature » (« state of nature ») lui-même régi par une « loi de nature » (« law of nature »). Cet état de nature était, affirme-t-il, un état de pleine liberté et de pleine égalité. Il ne s'agissait pas d'un état de violence et de brutalité parce qu'il était régi par la raison : « The state of nature has a law of nature to govern it, which obliges every one, and reason, which is that law, teaches all mankind who will but consult it, that being all equal and independent, no one ought to harm another in his life, health, liberty or possessions » (Locke : Chap. 2, ¶ 6); « [m]en living together according to reason, without a common superior on earth with authority to judge between them is properly the state of nature » (Locke : Chap. 3; ¶ 19). Selon Locke, la raison permet non seulement d'accéder à la connaissance des règles du droit naturel, ces vérités évidentes et éternelles qui fondent les droits inaliénables de l'individu, mais elle permet aussi de penser le droit de la Cité (« civil law ») (Locke : Chap. 6; ¶¶ 57-59).

L'état de nature n'est cependant pas parfait. En effet, puisque tous sont égaux, tous sont dépositaires du pouvoir de faire respecter les lois de nature. Personne n'a le monopole de la coercition. Aucun pouvoir véritablement efficace n'existe pour con-

26. John LOCKE, « The Second Treatise of Government : An Essay Concerning the True Original, Extent and End of Civil Government » in John Locke, *Political Writings*, coll. « Penguin Classics », Penguin Books, Londres, 1993 (publication originale en 1689) (ci-après « Locke »).

traindre une personne qui abuserait de sa liberté au détriment de son prochain. Il en résulte, conclut Locke, que « the enjoyment of [freedom] is very uncertain, and constantly exposed to the invasion of others. For all being kings as much as he, every man is equal, and the greater part no strict observers of equity and justice, the enjoyment of the property he has in this state [of nature] is very unsafe, very unsecure » (Locke : Chap. 9; ¶ 123). C'est pourquoi, dans le but de mieux garantir le respect des lois de nature, les hommes ont convenu d'un pacte (plus spécifiquement un « fiduciary trust » (Locke : Chap. 13; ¶ 156)) aux termes duquel ils se sont constitués en société politique (Locke : Chap. 9; ¶¶ 123-127) :

123. This [uncertainty] makes him willing to quit this condition which, however free, is full of fears and continual dangers. An 'tis not without reason that he seeks out, and is willing to join in society with others who are already united, or have a mind to unite, for the mutual preservation of their lives, liberties, and estates, which I call by the general name property.

124. The great and chief end, therefore, of men's uniting into commonwealths, and putting themselves under government, is the preservation of their property, to which in the state of nature there are many things wanting.

First, there wants an established, settled, known law, received and allowed by common consent to be the standard of right and wrong, and the common measure to decide all controversies between them. For though the law of nature be plain and intelligible to all rational creatures; yet men being biased by their interest, as well as ignorant for want of study of it, are not apt to allow of it as a law binding to them in the application of it to their particular cases.

125. Secondly, in the state of nature there wants a known and indifferent judge, with authority to determine all differences according to the established law. For everyone in that state being both judge and executioner of the law of nature, men being partial to themselves, passion and revenge is very apt to carry them too far, and with too

much heat, in their own cases; as well as negligence and unconcernedness to make them too remiss in other men's.

126. Thirdly, in the state of nature there often wants power to back and support the sentence when right, and to give it due execution. They who by any injustice offended, will seldom fail, where they are able, by force to make good their injustice. Such resistance many times makes the punishment dangerous, and frequently destructive, to those who attempt it.

127. Thus mankind, notwithstanding all the privileges of the state of nature, being but in an ill condition, while they remain in it, are quickly driven into society.

La fonction première du pouvoir politique, dans la perspective lockéenne, est donc la préservation et la protection de la propriété, ce qui inclut la promotion et la protection des droits inaliénables des personnes (Locke : Chap. 9; ¶123). Si le pouvoir politique faillit à cette tâche, le peuple est en droit de s'insurger (Locke : Chap. 13; ¶149) : « For all power given with trust for the attaining an end being limited by that end, whenever that end is manifestly neglected or opposed the trust must necessarily be forfeited, and the power devolve into the hands of those that gave it, who may place it anew where they shall think best for their safety and security. »

La théorie du pacte social exposée par Locke (et plus tard par Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) dans *Du Contrat Social*²⁷) n'était pas entièrement nouvelle. Thomas d'Aquin avait déjà affirmé que la souveraineté appartenait au peuple et que celui-ci l'avait transmise au roi²⁸. Toutefois, il n'avait rien dit du mode de

27. Jean-Jacques ROUSSEAU, «Du Contract social (sic); ou, Principes du droit politique», dans *Du Contract Social*, Coll. «Folio/Essais», Paris, Gallimard, 1964, texte établi, présenté et annoté par Robert DERATHÉ (publication originale en 1762) (ci-après « Rousseau »).

28. Thomas D'AQUIN, *Somme théologique*, préc., note 7, p. 572 (IIae, q. 90, a. 3) : « Rappelons-nous que la loi vise premièrement et à titre de principe l'ordre au bien commun. Ordonner quelque chose au bien commun revient au peuple tout entier ou à quelqu'un qui représente le peuple. C'est

transmission de cette souveraineté. Dans la perspective thomiste, cette transmission semblait résulter de phénomènes naturels où la volonté des hommes n'avait joué aucun rôle. Rousseau, Locke, et Thomas Hobbes (1588-1679)²⁹ avant eux, innoveront en affir-

pourquoi le pouvoir de légiférer appartient à la multitude tout entière ou bien à un personnage officiel qui a la charge de toute la multitude. C'est parce que, en tous les autres domaines, ordonner à la fin revient à celui dont la fin relève directement. [...] Un personnage privé ne peut induire efficacement à la vertu. Il peut seulement conseiller, mais si son conseil n'est pas reçu, il ne dispose d'aucun moyen de coercition, ce que la loi doit comporter, pour amener efficacement ses sujets à la pratique du bien, dit Aristote. Cette force contraignante appartient à la société ou à celui qui dispose de la force publique pour imposer des sanctions [...].

29. Si la pensée de Thomas Hobbes ne fait pas l'objet de longs développements dans cet article, ce n'est très certainement pas parce qu'elle ne mérite pas notre attention, au contraire. J'y consacre moins de temps parce que, contrairement à Locke, Hobbes a fait du contrat social un instrument destiné à concentrer le pouvoir, de manière absolue, dans les mains du souverain. Son souci pour l'ordre et la paix sociale l'a amené à reléguer au second plan la liberté du citoyen. Pour Locke, la raison d'être de l'État est la protection des droits du citoyen, d'où le droit d'insurrection découlant du défaut par le souverain d'agir en ce sens. Bref, la pensée de Locke, parce qu'elle met l'accent sur la nécessité de garantir certains droits fondamentaux, a marqué plus profondément la trajectoire du constitutionnalisme occidental que ne l'a fait celle de Hobbes. Le passage suivant tiré du *Leviathan* (1651) de Hobbes montre bien que, pour lui, il n'y a qu'un contrat social par lequel les êtres humains ont convenu, entre eux, de renoncer, au profit du souverain, à tous leurs droits de manière à assurer la paix sociale. Aucun contrat ne vient s'ajouter au premier, lequel lierait le souverain lui-même aux êtres humains et aux termes duquel ces derniers pourraient lui opposer des droits spécifiques. C'est ce qui fait du souverain, dans la perspective hobbesienne, le détenteur d'une souveraineté absolue et indivisible contre laquelle les êtres humains ne peuvent se rebeller : « Hereby it is manifest that during the time men live without a common Power to keep them all in awe [c'est-à-dire dans l'état de nature], they are in that condition which is called Warre; and such a warre as is of every man against every man. [...] Whatsoever therefore is consequent to a time of Warre where every man is Enemy to every man; the same is consequent to the time, wherein men live without other security, than what their own strength, and their own invention shall furnish them withal. In such condition, there is no place for Industry; because the fruit thereof is uncertain: and consequently no Culture of the Earth; no Navigation, [...] no commodious Building; no Instruments of moving, and removing such

mant que cette transmission ne devait rien à la nature, mais dépendait plutôt de la volonté humaine.

Le pouvoir politique, dans la perspective lockéenne, ne peut donc se fonder sur la simple tradition ou l'investiture divine. Il est plutôt issu d'un pacte social. Qui plus est, l'exercice du pouvoir implique le respect de certains droits inhérents à la nature même de la personne humaine et que la raison permet d'appréhender.

things as require much force; no knowledge of the face of the Earth; no account of Time; no Arts; no Letters; no Society; and which is worst of all, continuall feare, and danger of violent death; And the life of man, solitary, poore, nasty, brutish, and short. [...] The only way to erect such a Common Power, as may be able to defend them from the invasion of Forraigners, and the injuries of one another, and thereby to secure them in such sort, as that by their owne industrie, and by the fruites of the Earth, they may nourish themselves and live contentedly; is, to conferre all their power and strength upon one Man, or upon one Assembly of men, that may reduce all their Wills, by plurality of voices, unto one Will: which is as much as to say, to appoint one man, or Assembly of men, to beare their Person; and every one to owne, and acknowledge himselfe to be Author of whatsoever he that so beareth their Person, shall Act, or cause to be Acted, in those things which concerne the Common Peace and Safetie; and therein to submit their Wills, every one to his Will, and their Judgements, to his Judgement. This is more than Consent, or Concord; it is a reall unitie of them all, in one and the same Person, made by Covenant of every man with every man, in such manner, as if every man should say to every man: *I Authorise and give up my Right of Governing my selfe, to this Man, or to this Assembly of men, on this condition, that thou give up thy Right to him, and Authorise all his Actions in like manner.* This done, the Multitude so united in one Person, is called a COMMON-WEALTH; in latine, CIVITAS. This is the Generation of that great LEVIATHAN, or rather (to speake more reverently) of that *Mortall God*, to which wee owe under the *Immortal God*, our peace and defence. For by this Authoritie, given him by every particular man in the Common-Wealth, he hath the use of so much Power and Strength conferred on him, that by terror thereof, he is unable to forme the wills of them all, to Peace at home, and mutuall ayd against their enemies abroad. And in him consisteth the Essence of the Common-Wealth; which (to define it) is *One Person, of whose Acts a great Multitude, by mutuall Covenants one with another, have made themselves every one the Author, to the end he may use the strength and means of them all, as he shall think expedient, for their Peace and Common Defence* » : Thomas HOBBS, *Leviathan*, coll. « Penguin Classics », Penguin Books, Londres, 1985, p. 185-186 (Part I, chap. 13) et 227-228 (Part II, chap. 17).

L'individu est non seulement au centre de l'organisation politique, mais l'État est tenu de faire la promotion des droits que la nature lui reconnaît.

Sous-section 2 — L'impact des Lumières sur la politique et le droit

L'avènement des idées décrites plus haut opérera une révolution dans la façon de concevoir le pouvoir et son exercice.

À l'époque des Lumières, on l'a vu, on conférera la priorité à l'individu dans l'ordre politique. Les philosophes en feront même le fondement de toute organisation politique. L'être humain ne doit plus être subordonné à des corporations, des ordres, et tous ces corps intermédiaires qui constituaient un obstacle insurmontable entre l'individu et l'État au cours de l'Ancien régime. L'individu ne jouit plus simplement d'un statut, mais de droits considérés comme inaliénables et sacrés, dont l'existence est antérieure à la société elle-même et qui sont supérieurs à toute forme d'autorité. Chaque être humain, de par sa nature même, jouit d'un droit égal à décider de sa propre destinée. Toute personne étant également pourvue de raison, tous ont donc un même droit à la liberté. Celle-ci ne doit plus être confondue avec les privilèges aristocratiques.

Qui, dès lors, est en mesure de délimiter l'étendue de cette liberté? Seule la totalité des membres de l'organisation sociale est habilitée à le faire. Pour qu'il y soit porté atteinte, il faut donc consentement unanime des individus, d'où l'idée de contrat social qui forme la base de l'organisation politique, et celle de loi (« cette raison libre de passion »³⁰) qui, parce qu'elle est l'expression de la volonté générale, est la seule norme susceptible d'assurer la cohésion sociale en limitant la sphère de liberté de chacun. Enfin, le but des institutions politiques doit être d'assurer à l'individu le droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne. Comme le droit de propriété figure au nombre de ces droits, cela entraînera

30. J.-J. CHEVALLIER, 1993, préc., note 16, p. 114.

de grandes conséquences en matière économique à partir du XIX^e siècle.

Les conséquences de cette révolution intellectuelle sur la politique et le droit seront multiples.

1— Le pouvoir étatique tire son origine de la volonté générale :

Il est contraire à la Raison de prétendre que la tradition ou l'investiture divine peuvent fonder le pouvoir. Ce sont les individus, source de toute souveraineté, qui, par leur consentement librement accordé, concluent un pacte social qui fonde l'organisation politique et juridique de la société. La constitution écrite d'un peuple apparaîtra comme l'expression la plus juste de cette entente. De plus, personne d'autre que le peuple (ou ses représentants³¹) ne pourra prétendre détenir le pouvoir constituant. La souveraineté lui appartenant, seul le peuple sera en mesure de définir les règles aux termes desquelles il s'engage à obéir au souverain qu'il s'est choisi. Enfin, la loi, quant à elle, deviendra l'expression de la volonté générale³².

31. Il importe de souligner que, si, pour Locke, préc., note 26, chap. 13, ¶¶154-155, la souveraineté du peuple peut être exercée par ses représentants, il n'en va de même pour ROUSSEAU, préc., note 27, *Du Contrat Social*, Livre III, Chap. XV : « La souveraineté ne peut être représentée, par la même raison qu'elle ne peut être aliénée; elle consiste essentiellement dans la volonté générale, et la volonté ne se représente point : elle et la même, ou elle est autre; il n'y a point de milieu. Les députés du peuple ne sont donc ni ne peuvent être ses représentants, ils ne sont que ses commissaires; ils ne peuvent rien conclure définitivement. Toute loi que le Peuple en personne n'a pas ratifiée est nulle; ce n'est point une loi. Le peuple Anglois pense être libre; il se trompe fort, il ne l'est que durant l'élection des membres du parlement; sitôt qu'ils sont élus, il est esclave, il n'est rien. Dans les courts momens de sa liberté, l'usage qu'il en fait mérite bien qu'il la perde. » À propos de la conception de la loi entretenue à l'époque révolutionnaire française, voir : Jean LECLAIR, « Le Code civil des Français de 1804 : une transaction entre révolution et réaction », (2002) 36 *R.J.T.* 1-82, [Ressource électronique], éd. rév., en ligne : <<http://ssrn.com/abstract=1692842>> (site consulté en juin 2011).

32. L'article 6 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 affirmera d'ailleurs ce qui suit : « La loi est l'expression de la volonté gé-

L'organisation étatique est donc perçue comme un ordre juridique hiérarchique rationnel et cohérent. Au faîte de la hiérarchie figurent les droits individuels inaliénables de l'être humain; leur succède la constitution qui les garantit et la loi qui en délimite la portée. Tout cet édifice repose sur la raison. Le droit, construction logique, est constitué de règles justes auxquelles la raison permet d'accéder.

2— L'État, détenteur du monopole de la contrainte, est vu comme une entité assujettie au droit et qui agit au moyen du droit.

La thèse du contrat social fait de l'État la seule entité autorisée à donner et casser la loi. Le peuple lui a accordé, à titre exclusif, le pouvoir de contraindre et de punir. Il le fait au moyen du droit, plus spécifiquement au moyen de la loi.

Toutefois, si l'État est sanctifié par le concept de contrat social, il n'en reste pas moins qu'une grande méfiance persiste à son égard. C'est pourquoi sa toute-puissance est limitée par la finalité qu'on lui attribue. En effet, dans la perspective contractualiste, l'État tire son existence du pacte social. Les normes édictées par les organes étatiques sont donc assujetties à la constitution, expression même de cette entente. À la différence de l'époque monarchique, les règles énoncées dans la constitution n'ont pas pour simple but d'assurer la bonne gouvernance du royaume. Elles

nérale. » Rousseau attribue une dimension presque mystique à cette «volonté générale», ce qui en rend la définition difficile. On sait cependant que, « ce qui généralise la volonté est moins le nombre des voix, que l'intérêt commun qui les unit », *Du Contrat Social*, préc., note 27, Livre II, chap. IV. De plus, Rousseau précise que « [p]our qu'une volonté soit générale, il n'est pas toujours nécessaire qu'elle soit unanime, mais il est nécessaire que toutes les voix soient comptées; toute exclusion formelle rompt la généralité », *id.*, Livre II, chap. II. Dans les *Fragments politiques*, (dans *Du Contrat Social*, *id.*, pp. 293-382, p. 314) Rousseau affirme : » On est libre quoique soumis aux loix, et non quand on obéit à un homme, parce qu'en ce dernier cas j'obéis à la volonté d'autrui mais en obéissant à la Loy je n'obéis qu'à la volonté publique qui est autant la mienne que celle de qui que ce soit ».

fixent, dorénavant, de façon claire les limites imposées par le peuple à l'exercice du pouvoir par le souverain. La fonction du Prince est d'assurer les droits naturels de la personne : « [...] l'État doit seulement constater ce qui est : il n'est pas normatif, mais permet seulement le jeu des lois de la nature »³³. Le défaut par le souverain de se conformer à la constitution autorise sa destitution.

Les deux conséquences mentionnées plus haut poseront éventuellement le problème du contrôle de l'activité étatique. Pour limiter le pouvoir de l'État, on assistera, premièrement, à la consécration du principe de la séparation des pouvoirs et, plus tard, à l'institutionnalisation de la protection des droits et libertés.

D'une part, à partir du XVIII^e siècle, la notion de séparation des pouvoirs entre l'exécutif, le législatif et le judiciaire deviendra indissociable de l'idée de démocratie. L'article 16 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 énonce que « [t]oute société dans laquelle [...] la séparation des pouvoirs n'est pas déterminée n'a point de constitution ». Pour éviter que la loi ne devienne un instrument de répression, on juge dès lors nécessaire de scinder les étapes de son élaboration (pouvoir législatif), de son application (pouvoir exécutif) et de son interprétation (pouvoir judiciaire). Le pouvoir, pense-t-on, arrêtera le pouvoir³⁴.

33. Jacques ELLUL, *Histoire des institutions [;] XVI^e-XVIII^e*, 12^{ème} éd., Tome 4, Coll. «Thémis», PUF, 1991, p. 235 (ci-après « J. Ellul »).

34. Charles de SECONDAT de MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, tomes 1 et 2, Paris, Garnier-Flammarion, 1979 (publication originale en 1758), tome 1, Livre XI, chap. V : « Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir. Une constitution peut être telle, que personne ne sera contraint de faire des choses auxquelles la loi ne l'oblige pas, et à ne point faire celles que la loi lui permet. » La personne de Montesquieu (1689-1755) est étroitement associée à l'idée de séparation des pouvoirs. Il faut cependant se garder de voir en lui le promoteur d'une séparation étanche des pouvoirs. En effet, il n'a jamais soutenu que le Parlement ne peut prendre part au pouvoir exécutif, ou que le gouvernement ne peut prendre part au pouvoir législatif. Il s'est plutôt borné à proscrire le cumul de tous les pouvoirs entre les mains d'un seul titulaire. À ce sujet, voir : Charles EISENMANN, « L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs », dans *Mélanges R. Carré*

D'autre part, les approches de Locke, et surtout de Rousseau, auront pour conséquence d'entraîner, depuis la Révolution française et jusqu'à nos jours, un véritable fétichisme de la volonté générale et, par le fait même, de la loi³⁵. On ne tardera cependant pas à se demander si la loi, expression de la volonté générale, autorise l'oppression de la minorité. Cette négation des droits de certains est-elle conforme à l'idée de démocratie? Locke semble penser que oui (chap. 8, ¶¶ 96-99); quant à Rousseau, il donne à cette question une réponse extrêmement alambiquée³⁶. Au XX^e siècle, on en viendra à reconnaître que le respect du pluralisme

de Malberg, Recueil Sirey, Paris, 1933, p. 165-192 et Michel TROPER, « Montesquieu en l'an III », (1998) 2 *Revue Montesquieu* 89-105.

35. L'opinion de Rousseau ouvre en effet la porte à l'oppression de l'individu par l'État. « On convient, dit-il, que tout ce que chacun aliène par le pacte social de sa puissance, de ses biens, de sa liberté, c'est seulement la partie de tout cela dont l'usage importe à la communauté, mais il faut convenir aussi que le Souverain seul est juge de cette importance. » (*Du Contrat Social*, Livre II, Chap. IV, préc., note 27). En outre, puisque, selon lui, la volonté générale « est toujours droite » (*id.*), le citoyen qui refuserait de se plier à la volonté générale « y sera contraint par tout le corps : ce qui ne signifie autre chose sinon qu'on le forcera d'être libre » (Livre I, chap. VII, préc., note 27). Toutefois, son opinion est plus nuancée qu'il n'y paraît, comme on pourra le constater, à la lecture de la note suivante. À propos de la loi comme vecteur d'oppression, lire Georges BURDEAU, « Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français », (1939) *Archives de Philosophie du droit* 7.
36. La soumission obligée du citoyen qui n'a pas consenti à l'adoption d'une loi ne constitue-t-elle pas une forme d'oppression? Rousseau n'est pas de cet avis : « Quand on propose une loi dans l'assemblée du Peuple, ce qu'on leur [les citoyens] demande n'est pas précisément s'ils approuvent la proposition ou s'ils la rejettent, mais si elle est conforme ou non à la volonté générale qui est la leur; chacun en donnant son suffrage dit son avis là-dessus, et du calcul des voix se tire la déclaration de la volonté générale. Quand donc l'avis contraire au mien l'emporte, cela ne prouve autre chose sinon que je m'étais trompé, et que ce que j'estimois être la volonté générale ne l'étoit pas. Si mon avis particulier l'eut emporté, j'aurais fait autre chose que ce que j'avois voulu, c'est alors que je n'aurais pas été libre ». ROUSSEAU, préc., note 27, *Du Contrat Social*, Livre IV, chap. II. L'article 7 *in fine* de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* spécifiera que « tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance ». En somme, on voit difficilement comment un individu pourrait échapper à la volonté répressive de la majorité.

est indissociable de la notion de démocratie. Autrement dit, « la démocratie, ce n'est plus seulement la loi de la majorité : c'est aussi le respect de règles du jeu et de valeurs inscrites dans des normes supérieures »³⁷. Une reconnaissance effective des droits individuels et des droits des minorités consacrés par les constitutions sera donc nécessaire. Il en résultera la mise en place d'une véritable justice constitutionnelle.

Section 2 — L'avènement du constitutionnalisme en Angleterre, en France et aux États-Unis

Cette section sera consacrée à une étude de l'influence des idées examinées plus haut sur l'avènement du constitutionnalisme en Angleterre, en France et aux États-Unis. Ces trois pays retiendront plus particulièrement notre attention, car les systèmes juridiques de plusieurs États occidentaux s'inspirent de la tradition constitutionnelle de l'un ou l'autre d'entre eux.

Nous verrons que les différentes formes de contrôle de l'activité étatique dans ces trois pays sont une conséquence de leur histoire politique respective. Celle-ci explique que, si l'avènement d'un véritable contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois a vu le jour très tôt aux États-Unis, la France, et plus encore l'Angleterre, seront lentes à opérer cette transformation.

Le constitutionnalisme suppose, en premier lieu, l'assujettissement des organes étatiques à une norme fondamentale généralement énoncée dans une constitution écrite. La modification de celle-ci est sujette au respect de certaines formalités extraordinaires. En deuxième lieu, il implique la faculté de sanctionner juridiquement, et non simplement politiquement, l'absence de conformité entre un acte juridique édicté par un organe étatique (pouvoir législatif ou exécutif) et la norme constitutionnelle. Au-

37. Jacques CHEVALLIER, *L'État de droit*, Coll. « Clefs/Politique », Paris, Éditions Montchrestien, 1992, p. 65-66.

trement dit, la notion de constitutionnalisme est intimement associée à celle de contrôle judiciaire, lequel peut s'exercer tout autant à l'égard des actes de l'exécutif qu'à l'égard des actes du pouvoir législatif.

Seul le contrôle de la légalité constitutionnelle des actes du pouvoir législatif retiendra notre attention. En Angleterre, en France et aux États-Unis, un contrôle de légalité existe à l'égard des normes adoptées et des actes posés par le pouvoir exécutif. Alors qu'en France des organes spécialisés (juridictions administratives chapeautées par le Conseil d'État) exécutent cette tâche, en Angleterre et aux États-Unis, elle est dévolue aux tribunaux judiciaires ordinaires. Je ne m'intéresserai toutefois pas à ce type de contrôle judiciaire, son étude relevant plutôt du droit administratif.

Paragraphe 1 — En Angleterre

Absence de constitution écrite et souveraineté parlementaire : En Angleterre, à la différence de la France et des États-Unis, le droit constitutionnel n'est toujours pas exprimé dans une constitution écrite dont la modification appelle l'intervention de formalités particulières. Bien sûr, certaines lois importantes jalonnent l'histoire constitutionnelle britannique, comme la *Magna Carta* de 1215, le *Bill of Rights* de 1689, l'*Act of Settlement* de 1701, etc. Toutefois, ces lois ne portent que sur des aspects bien précis de ce qui relève du droit constitutionnel.

Dire de l'Angleterre qu'elle n'a pas de constitution écrite ne signifie pas pour autant qu'il s'agit d'un pays sans constitution. Il existe bel et bien un ensemble de normes juridiques relatives à la localisation et à l'exercice du pouvoir politique. Plusieurs règles juridiques ont pour fonction de concilier les pouvoirs de l'État avec les droits et libertés reconnus aux citoyens. La définition donnée, au XVIII^e siècle, par le Vicomte Bolingbroke demeure, encore aujourd'hui, tout à fait pertinente : « By constitution we mean, whenever we speak with propriety and exactness, that assemblage of laws, institutions, and customs, derived from certain fixed prin-

ciples of reason, directed to certain fixed objects of the public good, that compose the general system, according to which the community hath agreed to be governed »³⁸. C'est donc un bouquet de normes composé de lois, de règles de common law, de conventions constitutionnelles qui régissent la forme du gouvernement anglais et les relations des citoyens avec le pouvoir central. Toutefois, et c'est là une caractéristique fondamentale du droit constitutionnel anglais, toutes ces normes peuvent être modifiées ou abrogées par le Parlement. Ce dernier est entièrement souverain, en ce sens qu'aucune norme juridique n'échappe à son emprise. La constitution anglaise est donc qualifiée de souple, par opposition à rigide, car elle peut être modifiée en tout temps par le Parlement au moyen d'une simple loi.

Cette suprématie du Parlement explique, comme nous le verrons maintenant, que le droit anglais n'ait jamais reconnu aux tribunaux anglais, sauf peut-être au tout début du XVII^e siècle, le pouvoir de sanctionner l'absence de conformité des lois avec les règles constitutionnelles. En Angleterre, la mise en place d'une véritable justice constitutionnelle reste encore à faire.

Le concept de « loi fondamentale » : Le droit anglais a toujours reconnu l'existence d'une norme constitutionnelle susceptible d'encadrer l'exercice du pouvoir étatique. D'ailleurs, en droit constitutionnel médiéval anglais (et même occidental), l'idée de pouvoir absolu n'existait pas. Déjà, au XIII^e siècle, le juriste anglais Bracton affirmait que le pouvoir royal n'était pas « under man, but under God and the law »³⁹. Autrement dit, la suprématie

38. Henry St. John BOLINGBROKE, « Dissertation upon Parties, Letter X », dans *The Craftsman*, Londres, R. Francklin, 1754, p. 108.

39. « *Quod Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo & Lege* » « car le Roi est assujetti non pas aux hommes, mais à Dieu et au droit. » Lord COKE, dans la célèbre décision *Prohibitions del Roy* (1607) 12 Co. Rep. 63, p. 64-65; 77 E.R. 1342, (ci-après « *Prohibitions del Roy* ») fait référence à cet aphorisme : « A controversie of Land between parties was heard by the King, and sentence given, which was repealed, for this, that it did belong to the common Law. Then the King said, that he thought the Law was

du droit, et plus précisément la suprématie d'une norme constitutionnelle limitant l'exercice du pouvoir politique, n'était pas, à cette époque, un concept inconnu.

Ce faisceau de règles susceptibles de limiter ainsi l'exercice du pouvoir était généralement désigné par l'expression « *fundamental law* » (rendue en français par l'expression « loi fondamentale »). Bien que son contenu soit difficile à cerner, cette loi fondamentale n'en demeurerait pas moins bien réelle. Son invocation ne s'est pas faite à des fins strictement rhétoriques. Ainsi, au cours du XVII^e siècle, par exemple, lorsque le roi Jacques 1^{er} (1566-1625) prétendit être investi du pouvoir absolu de légiférer, parlementaires et juges fondèrent leur opposition sur l'existence de cette loi fondamentale du royaume qui limitait, disaient-ils, les pouvoirs royaux. L'accusation portée contre son successeur Charles 1^{er} (1600-1649) fut précisément d'avoir porté atteinte à cette loi fondamentale⁴⁰. Plus tard, durant la période cromwellienne, on affirmera avec tout autant de véhémence que l'autorité du Parlement était semblablement limitée par la loi fondamentale.

La *Magna Carta* de 1215, affirmaient certains, était la source initiale de cette loi fondamentale. Rappelons que cette loi fameuse est en réalité un traité intervenu entre le Roi de l'époque,

founded upon reason, and that he and others had reason, as well as the Judges: To which it was answered by me, that true it was, that God had endowed his Majesty with excellent Science and great endowments of nature, but his Majesty was not learned in the Lawes of his Realm of England, and causes which concerne the life, or inheritance, or goods, or fortunes of his Subjects; they are not to be decided by naturall reason, but by the artificiall reason and judgment of Law, which Law is an art which requires long study and experience, before that a man can attain to the cognizance of it; And that the Law was the golden metwand and measure to try the Causes of the Subjects; and which protected his Majesty in safety and peace: With which the King was greatly offended, and said, that then he should be under the Law, which was Treason to affirm, as he said; To which I said, that Bracton saith, *Quod Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo & Lege* ».

40. John WIEDHOFFT GOUGH, *L'idée de loi fondamentale dans l'histoire constitutionnelle anglaise*, Coll. « Léviathan », Paris, PUF, 1992 (traduction d'un ouvrage paru initialement en 1955), p. 9 (ci-après « J.W. Gough »).

Jean Sans Terre (1167-1216), et un certain nombre de nobles. Aux termes de cette entente, le monarque s'était engagé à respecter certaines des prérogatives baronniales et, par le fait même, il avait consenti à une limitation de ses propres pouvoirs. La majorité des juristes affirmera cependant, à l'instar de Lord Coke (1552-1634), célèbre juriste du XVII^e siècle, que la *Magna Carta* n'était pas la source première de la loi fondamentale. Elle était plutôt *l'expression*, selon lui, de la loi fondamentale du royaume (« declaratory of the principal grounds of the fundamental laws of England »⁴¹). La source même de la loi fondamentale était donc antérieure à la Grande Charte de Jean Sans Terre.

Origine coutumière de la « loi fondamentale » : On s'entendait plutôt pour dire que l'origine de la loi fondamentale se perdait dans la nuit des temps anglo-saxons. Bref, la loi fondamentale avait une origine coutumière. L'autorité des règles dont elle était constituée tenait à la fois à leur ancienneté et à leur caractère raisonnable. Or, l'antiquité d'une norme coutumière faisait généralement présumer de son caractère raisonnable : « [...] 17th-century lawyers blended custom and reason into a single system of fundamental law. The two sources were not seen as in conflict—the old was the reasonable and the reasonable was the old »⁴².

« Loi fondamentale », common law et droit naturel : À partir du XVII^e siècle, la pensée et le vocabulaire du jusnaturalisme viendront coloniser les conceptions médiévales du droit anglais. Ainsi, la coutume raisonnable deviendra-t-elle la coutume conforme au droit naturel d'origine divine. Pour être valide, le droit positif devait donc être conforme aux règles du droit naturel. Par le moyen de la raison, il était possible de s'élever à la connaissance de ce dernier. Toutefois, Lord Coke devait préciser qu'il ne fallait pas entendre par « raison », la raison non éduquée du premier venu. Il fallait plutôt y voir la « raison artificielle » du droit

41. Cité par Thomas C. GREY, « Origins of the Unwritten Constitution : Fundamental Law in American Revolutionary Thought », (1978) 30 *Stanford Law Review* 852 (ci-après « T.C. Grey »).

42. *Id.*, p. 852-853.

(« artificiall reason »⁴³), cette raison médiatisée non seulement par le contenu de la coutume constatée par les juges, mais également par l'expérience et la connaissance particulière des juristes. Autrement dit, la « common law », ce système normatif formé de l'ensemble des règles de droit constatées et créées par les juges dans l'exercice de leur fonction judiciaire, constituait, en quelque sorte, l'expression la plus juste du contenu du droit naturel⁴⁴. Le contenu de la loi fondamentale devait donc être cherché au cœur de la common law.

Avènement d'un contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois au début du XVII^e siècle : Cette symbiose entre droit naturel, common law et loi fondamentale devait ouvrir la porte, au XVII^e siècle, à la reconnaissance d'une certaine forme de contrôle de constitutionnalité des lois. Lord Coke, dans un passage très célèbre, devait affirmer que « for when an Act of Parliament is against Common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the Common Law will controll it, and adjudge such Act to be void. »⁴⁵ Bien que l'on ait contesté que Lord Coke ait reconnu par là un pouvoir judiciaire *d'annuler* les lois du Parlement sous prétexte qu'elles contrevenaient aux lois fondamentales du royaume,⁴⁶ il est néanmoins possible d'affirmer que le droit anglais du début du XVII^e autorisait les tribunaux à *interpréter* les lois en conformité des règles du droit naturel constatées par la common law⁴⁷. Pourtant, chose curieuse, alors que tout était en place pour

43. *Prohibitions del Roy*, préc., note 39, p. 65 : « [C]auses which concerne the life, or inheritance, or goods, or fortunes of his Subjects; they are not to be decided by naturall reason, but by the artificiall reason and judgment of Law, which Law is an art which requires long study and experience, before that a man can attain to the cognizance of it; And that the Law was the golden metwand and measure to try the Causes of the Subjects; and which protected his Majesty in safety and peace... ».

44. T.C. GREY, préc., note 41, p. 854; J.W. GOUGH, préc., note 40, p. 53.

45. *Dr. Bonham's Case*, (1610), 77 Eng. Rep. 646, p. 652 (ci-après «*Dr. Bonham's Case* »).

46. J.W. GOUGH, préc., note 40, p. 39-56.

47. Quatre-vingts ans après le *Dr. Bonham's Case*, préc., note 45, J. LOCKE, préc., note 26, chap. 11, ¶135, allait faire écho aux propos de Lord Coke lorsqu'il affirmera : « The obligation of the law of nature cease not in soci-

l'éventuelle reconnaissance d'une véritable justice constitutionnelle, les événements historiques vont balayer cette possibilité au profit de la souveraineté parlementaire.

Consécration de la souveraineté du Parlement : Cette suprématie du Parlement devait résulter du dur combat mené par celui-ci contre les prétentions autocratiques des monarques anglais du XVII^e siècle. Ainsi, Jacques 1^{er}, sacré roi en 1603, s'acharnera, tout au long de son règne, à imposer la théorie du droit divin des rois. En se fondant sur la Bible, le roi était d'avis que, en tant que lieutenant de Dieu sur terre, il détenait un pouvoir de nature divine. En somme, il incarnait la loi. Responsable devant Dieu, il ne l'était pas devant ses sujets. Le Parlement n'avait d'autres fonctions, selon lui, que d'enregistrer ses ordonnances divines. Dans le respect du droit naturel, sa prérogative était absolue; elle l'autorisait à agir à son entière discrétion.

L'opposition entre les parlementaires et le roi alla en s'accroissant sous le règne de Charles 1^{er}, fils de Jacques 1^{er}. Des juges furent démis pour s'être opposés aux injonctions royales et les promesses faites au Parlement de mettre un terme aux mesures arbitraires ne furent pas tenues. En 1628, le Parlement exprime sa désapprobation en présentant la *Petition of Rights* qui rappelle les libertés anglaises et énonce que le pouvoir de lever une taxe ne peut être exercé par le Roi qu'avec le consentement de son parlement. Furieux, Charles dissout celui-ci et gouverne de façon tyrannique de 1629 à 1640. À cette date, il convoquera le Court Parlement afin de faire adopter certaines taxes (avril à mai 1640). Celui-ci deviendra la tribune où seront condamnés les abus des onze dernières années. Le roi le dissout à son tour. Toutefois,

ety, but only in many cases are drawn closer, and have by human laws known penalties annexed to them to enforce their observation. Thus the law of nature stands as an eternal rule to all men, legislators as well as others. The rules that they make for other men's actions must, as well as their own and other men's actions, be conformable to the law of nature, i.e. to the will of God, of which that is a declaration. And the fundamental law of nature being the preservation of mankind, no human sanction can be good or valid against it ».

(1765-1769), exprime l'opinion dominante à partir de cette époque lorsqu'il affirme⁴⁹ :

The power and jurisdiction of parliament, says Sir Edward Coke, is so transcendent and absolute, that it cannot be confined, either for causes or persons, within any bounds. [...] [Parliament] has sovereign and uncontrollable authority in the making, confirming, enlarging, restraining, abrogating, repealing, reviving, and expounding of laws, concerning matters of all possible denominations, ecclesiastical, or temporal, civil, military, maritime, or criminal: this being the place where that absolute despotic power, which must in all governments reside somewhere, is entrusted by the constitution of these kingdoms. [...] It can change and create afresh even the constitution of the kingdom and of parliaments themselves; as was done by the act of union, and the several statutes for triennial and septennial elections. It can, in short, do every thing that is not naturally impossible; and therefore some have not scrupled to call its power, by a figure rather too bold, the omnipotence of parliament. True it is, that what the parliament doth, no authority upon earth can undo.

Cette souveraineté du Parlement était, au surplus, conciliable avec la théorie du contrat social élaborée par Locke. La loi adoptée par cet organe était parée de légitimité du fait qu'elle émanait des représentants de la population. En d'autres termes, elle était l'expression de la volonté populaire (Locke : chap. 11; ¶ 134) :

This legislative [power] is not only the supreme power of the commonwealth, but sacred and unalterable in the hands where the community have once placed it; nor can any edict of anybody else, in what form soever conceived, or by what power soever backed, have the force and obligation of a law which has not its sanction from that legis-

49. William BLACKSTONE, *Commentaries on The Laws of England, A Facsimile of the First Edition of 1765-1769*, vol. 1—*Of the Rights of Persons*, Chicago, University of Chicago Press, 1979, p. 156. De manière à rendre le texte plus intelligible, l'orthographe a été modernisée.

lative which the public has chosen and appointed. For without this the law could not have that which is absolutely necessary to its being a law, the consent of the society, over whom nobody can have a power to make laws, but by their own consent, and by authority received from them.

Il faut toutefois se rappeler que, dans la perspective lockéenne, « if the legislators act contrary to the end for which they were constituted, ...[they] are guilty of rebellion » (Chap. 19; ¶ 227), cette rébellion conférant alors au peuple un droit de résister (chap. 13; ¶149) :

Though in a constituted commonwealth, standing upon its own basis, and acting according to its own nature, that is, acting for the preservation of the community, there can be but one supreme power, which is the legislative, to which all the rest are and must be subordinate, yet the legislative being only a fiduciary power to act for certain ends, there remains still in the people a supreme power to remove or alter the legislative, when they find the legislative act contrary to the trust reposed in them. For all power given with trust for the attaining an end, being limited by that end, whenever that end is manifestly neglected, or opposed, the trust must necessarily be forfeited, and the power devolve into the hands of those that gave it, who may place it anew where they shall think best for their safety and security. And thus the community perpetually retains a supreme power of saving themselves from the attempts and designs of anybody, even of their legislators, whenever they shall be so foolish, or so wicked, as to lay and carry on designs against the liberties and properties of the subject. For no man, or society of men, having a power to deliver up their preservation, or consequently the means of it, to the absolute will and arbitrary dominion of another; whenever any one shall go about to bring them into such a slavish condition, they will always have a right to preserve what they have not a power to part with; and to rid themselves of those who invade this fundamental, sacred, and unalterable law of self-preservation, for which they enter'd into society. And thus the community may be

said in this respect to be always the supreme power, but not as considered under any form of government, because this power of the people can never take place till the government be dissolved.

Blackstone, après avoir cité ce passage, désapprouve avec vigueur le point de vue de Locke⁵⁰ :

[H]owever just this conclusion may be in theory, we cannot adopt it, nor argue from it, under any dispensation of government at present actually existing. For this devolution of power, to the people at large, includes in it a dissolution of the whole form of government established by that people, reduces all the members to their original state of equality, and, by annihilating the sovereign power, repeals all positive laws whatsoever before enacted. No human laws will therefore suppose a case, which at once must destroy all law, and compel men to build afresh upon a new foundation; nor will they make provision for so desperate an event, as must render all legal provisions ineffectual. So long therefore as the English constitution lasts, we may venture to affirm, that the power of parliament is absolute and without control.

Dans cette perspective, un contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois est bien sûr impensable. Nulle autorité ne peut imposer sa volonté au Parlement; en théorie, aucune norme juridique n'échappe à son emprise, fut-elle de nature constitutionnelle. Blackstone rejette explicitement l'idée d'un contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois⁵¹ :

[I]f the parliament will positively enact a thing to be done which is unreasonable, I know of no power in the ordinary forms of the constitution, that is vested with authority to control it: and the examples usually alleged in support of this sense of the rule do none of them prove, that, where the main object of a statute is unreasonable, the judges are at liberty to reject it; for that were to set the judicial

50. Préc., note 49, p. 157.

51. *Id.* p. 91.

Contestation du pouvoir absolu du Parlement : Au cours du XIX^e siècle, l'emprise du Parlement ira toujours plus grande. Depuis lors, la suprématie parlementaire constitue un des fondements premiers du droit constitutionnel anglais. Elle constitue, encore aujourd'hui, le frein le plus puissant à la reconnaissance d'un véritable constitutionnalisme.

Mentionnons toutefois qu'un mouvement politique qui gagne en popularité demande à ce que soient enchâssés dans une constitution écrite les droits fondamentaux des citoyens. En 1991, des spécialistes britanniques ont publié un ouvrage intitulé *The Constitution of the United Kingdom* dans lequel ils proposent d'abandonner le dogme de la souveraineté parlementaire au profit d'une constitution écrite qui consacrerait, entre autres choses, la protection des droits de la personne. Enfin, même si le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois est un concept encore inconnu en droit interne anglais, l'adhésion de l'Angleterre à l'Union européenne a forcé les tribunaux anglais à se prononcer sur la conformité du droit anglais avec la *Convention (européenne) de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*⁵² et le droit communautaire⁵³. Sous l'impulsion de tous ces facteurs, on assiste même à une résurgence de l'approche adoptée par Lord Coke au début du XVII^e siècle. Plusieurs juges affirment en effet que l'activité législative du Parlement pourrait, dans certains cas, être limitée par les tribunaux si elle contrevenait à certains principes fondamentaux consacrés par la common law⁵⁴.

53. *Ep p. Factortame*, [1990] 1 A.C. 603.

54. Lord WOOLF, « Droit Public—English Style », (1995) *Public Law* 57, à la p. 69-70 et Sir John LAWS, « Law and Democracy », (1995) *Public Law* 72, à la p. 84-90. Voir également la décision de la House of Lords dans *R. (on the application of Jackson and Others) v. Attorney General*, [2006] 2 LRC 499; [2005] UKHL 56. Lord Steyn y affirmait ceci (§ 102) : « The classic account given by Dicey of the doctrine of the supremacy of Parliament, pure and absolute as it was, can now be seen to be out of place in the modern United Kingdom. Nevertheless, the supremacy of Parliament is

Enfin, signalons que, sans avoir embrassé l'idée d'un contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, la Grande-Bretagne a opté pour une solution fort originale en adoptant le *Human Rights Act 1998*⁵⁵. Le paragraphe 3(1) de cette loi établit que, dans la mesure du possible, l'interprétation donnée aux lois et règlements doit être compatible avec les droits reconnus par la *Convention (européenne) de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*⁵⁶. Dans l'éventualité où une telle interprétation est impossible, le tribunal doit prononcer une déclaration d'incompatibilité (« declaration of incompatibility » — paragraphe 4(2)). Une procédure de modification législative accélérée peut alors être mise en œuvre (art. 10). La mesure législative contestée n'est pas invalidée, ni son effet suspendu. Toutefois, il devient difficile pour le gouvernement, en raison du coût politique qui s'attacherait à son inaction, de ne pas intervenir pour corriger le vice. S'il persiste à ne pas vouloir intervenir, les tribunaux seront dans la fâcheuse position d'imposer le respect d'une norme dont la légitimité a été remise en doute. Quant à la partie plaignante, elle pourra en appeler éventuellement à la Cour européenne des droits de l'homme qui risque fort de lui donner

still the general principle of our constitution. It is a construct of the common law. The judges created this principle. If that is so, it is not unthinkable that circumstances could arise where the courts may have to qualify a principle established on a different hypothesis of constitutionalism. In exceptional circumstances involving an attempt to abolish judicial review or the ordinary role of the courts, the Appellate Committee of the House of Lords or a new Supreme Court may have to consider whether this is a constitutional fundamental which even a sovereign Parliament acting at the behest of a complaisant House of Commons cannot abolish. It is not necessary to explore the ramifications of this question in this opinion. » Voir aussi Lord Hope of Craighead (¶ 104) et la Baroness Hale of Richmond (¶ 159). Les six autres juges n'ont pas jugé utile de se prononcer sur cette question. À propos de cette décision, voir : Mark ELLIOTT, « Bicameralism, Sovereignty, and the Unwritten Constitution » (2007) 5 *International Journal of Constitutional Law* 370.

55. 1998, c. 42 (R.-U.).

56. Le texte exact du paragraphe 3(1) est le suivant : « So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights ».

raison⁵⁷. Comme l'affirme avec raison le Chancelier Lord Irvine of Lairg, la solution anglaise « reconciles the dual democratic imperatives of governance by the majority in a manner which respects minority interests »⁵⁸.

J'examinerai maintenant les raisons qui expliquent le lent avènement, en France, d'un constitutionnalisme encore très limité.

Paragraphe 2 — En France

Depuis la Révolution, la France a vécu sous le régime de plus d'une dizaine de constitutions écrites (treize pour la seule période 1789-1875). La dernière en date a été adoptée en 1958. Pourtant, aucun mécanisme de contrôle de la constitutionnalité des lois ne sera mis en place avant 1946. Après m'être attardé un instant sur le régime constitutionnel prérévolutionnaire, j'analyserai les motifs qui expliquent cet avènement tardif, en France, d'une justice constitutionnelle.

Nature et contenu des lois fondamentales de la monarchie : Pendant les quelque treize siècles qui séparent le baptême de Clovis (466-511) de la Révolution française de 1789, la monarchie française a été soumise à une constitution rigide fondée sur ce qu'on appelait alors les *Ordonnances du royaume* ou *Lois du royaume* — celles-ci doivent être distinguées des simples ordonnances royales ou lois du roi⁵⁹. Rigide, parce qu'elle liait le législa-

57. Sur toutes ces questions, voir : K. MALLESON, « A British Bill of Rights : Incorporating The European Convention on Human Rights », (1999) 5 *Choices/Choix* no 1, 21.

58. Lord Irvine of LAIRG, « Sovereignty in Comparative Perspective : Constitutionalism in Britain and America », (2001) 76 *New York University Law Review* 1, à la p.19.

59. Philippe SUEUR, *Histoire du droit public français XVe-XVIIIe siècle*, 4^e éd., Tome I, *La constitution monarchique*, Coll. « Thémis droit », Paris, PUF, 1989, p. 75 (ci-après « P. Sueur »).

teur ordinaire, en l'occurrence le roi, et qu'il ne pouvait donc pas la modifier unilatéralement⁶⁰. Les juristes français du XIII^e siècle citaient même avec approbation l'affirmation de Bracton, rapportée plus haut, voulant que le roi fût assujetti à Dieu et aux lois qui l'avaient fait roi⁶¹. L'expression *Ordonnances du royaume* ou *Lois du royaume* désignait un « droit oral, dégagé sous formes (sic) de coutumes constitutionnelles complétées par des lois royales et par des déclarations de principe des États généraux ou du parlement de Paris »⁶².

Au nombre des règles qui échappaient au pouvoir législatif du roi, on pouvait compter les normes relatives à l'investiture royale : l'hérédité de la monarchie, la dévolution de la couronne par ordre de primogéniture, l'exclusion des femmes. Il faudrait également y ajouter les règles qui prescrivaient l'inaliénabilité du domaine public et l'obligation faite au roi d'appartenir à la religion catholique. Plusieurs personnes, au cours des siècles, ont tenté d'allonger cette liste, bien souvent pour des motifs intéressés.

« *Lois fondamentales* » et *théorie contractualiste* : Comme aux États-Unis et en Angleterre, la théorie du contrat social viendra, pour reprendre l'expression de M. Duverger⁶³, continuer et rajeunir cette théorie des « lois fondamentales » du royaume. Celles-ci en viendront à être considérées comme l'ensemble des règles aux termes desquelles le peuple avait consenti à déléguer sa souveraineté au roi.

60. *Id.*, p. 116-117 : « ...à l'exception de Louis XIV [1638-1715] dont les violations constitutionnelles furent redressées après sa mort, aucun monarque ne fut vraiment l'auteur d'un coup d'État, à tel point que les ultimes réformes de Louis XVI [1754-1793] exigèrent la réunion des États généraux qui par un enchaînement d'événements et d'idées nouvelles aboutirent à la rédaction de la première constitution globale et formelle de la France ».

61. Maurice DUVERGER, *Les constitutions de la France*, 12^e éd., Coll. « Que sais-je? », Paris, PUF, 1991, p. 29 (ci-après « M. Duverger »).

62. P. SUEUR, préc., note 59, p. 75.

63. M. DUVERGER, préc., note 61, p. 32.

L'approche contractualiste marquera profondément la pensée révolutionnaire. Ainsi, après le 14 juillet 1789, les États généraux s'attribuèrent le titre d'« Assemblée constituante », convaincus qu'à titre de représentants du peuple, ils étaient les seuls autorisés à détenir le pouvoir constituant. Cette assemblée devait par la suite adopter la célèbre *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de juillet 1789. Cette constitution écrite viendra solennellement consacrer la liberté, l'égalité devant la loi et le droit de propriété comme limites au pouvoir du souverain. Elle affirmera également le caractère fondamental de la séparation des pouvoirs. Cette constitution représentait l'expression juridique du pacte social français.

Absence de contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois avant 1946 : Malgré l'enchâssement, dès 1789, des droits cités plus haut, aucun mécanisme efficace de sanction, qu'il soit politique ou autre, ne sera institué en France avant 1946 pour que soit assurée la conformité des lois avec la constitution (si l'on fait exception du droit à l'insurrection (art. 35 de la Constitution de 1793⁶⁴)). Bien sûr, aux termes des constitutions consulaires de 1799 et d'août 1802, le sénat avait été institué gardien de la constitution, mais Napoléon Bonaparte (1769-1821) en a vite fait un organe servile à ses volontés.

Cette absence de contrôle (et plus particulièrement, de contrôle judiciaire) découle à la fois du rôle prépondérant accordé à la loi comme instrument de protection des droits et libertés en droit constitutionnel français, et de la méfiance entretenue par le pouvoir politique à l'égard du pouvoir judiciaire.

Le rôle prépondérant accordé à la loi en tant qu'instrument de protection des droits et libertés : Dans la perspective rousseauiste, le peuple souverain exprime sa volonté par la bouche de la loi. La volonté générale ne peut exprimer que ce qui est juste et utile, « puisque nul n'est injuste envers lui-même »⁶⁵. Les citoyens

64. Dans les faits, cette constitution ne fut jamais appliquée.

65. ROUSSEAU, préc., note 27, *Du Contrat Social*, Livre II, chap. VI.

demeurent libres, même s'ils sont assujettis aux lois, « puisqu'elles ne sont que des registres de [leurs] volontés »⁶⁶. En conséquence, il n'existe pas de contradiction entre cette volonté générale et la liberté de chacun, puisque, participant à cette volonté générale, « [l]'homme n'est pas alors soumis à une volonté supérieure à lui-même »⁶⁷. La loi n'opprime personne, puisqu'elle a été agréée par tous.

Pour être libre, le peuple ne devait confier à personne d'autre que le législateur, la fonction de dire le droit. Pour Rousseau, puisque la loi est l'expression de la volonté générale, elle constitue la seule norme juridique empreinte de légitimité. On devine que l'idée d'un contrôle judiciaire était incompatible avec l'approche rousseauiste. Cette dernière est donc inconciliable, on l'aura compris, avec le constitutionnalisme tel qu'il est entendu aujourd'hui.

La théorie de la séparation des pouvoirs qu'embrasseront éventuellement les révolutionnaires français venait d'ailleurs contrebuter ce rôle exclusif attribué au législateur dans la détermination de ce qui était juste. En effet, les tribunaux, selon cette théorie, n'étaient autorisés qu'à *interpréter* la loi. Au soutien de cette théorie, on invoque souvent Montesquieu, lequel affirmait que « les juges de la Nation ne sont [...] que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur »⁶⁸.

En plus de nier toute possibilité d'un contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, cette sanctification de la loi devait conduire, dans les faits, à la reconnaissance non pas d'une souve-

66. *Id.*

67. J. ELLUL, préc., note 33, p. 245.

68. *De l'esprit des lois*, préc., note 34, Livre XI; chap. 6. Montesquieu concevait les lois comme des vecteurs de liberté. C'est pourquoi il ne jugeait pas nécessaire de contrebalancer le pouvoir législatif avec un pouvoir judiciaire fort. J.-Y. MORIN, préc., note 3, p. 76. Toutefois, même si Montesquieu confinait le pouvoir judiciaire à un rôle relativement passif, il ne s'est jamais fait le promoteur, comme je l'ai déjà mentionné (voir : préc., note 34), d'une séparation étanche des pouvoirs.

raineté nationale, mais d'une souveraineté des représentants du peuple siégeant à l'Assemblée nationale, autrement dit, une souveraineté parlementaire.

Méfiance affichée par le pouvoir politique à l'égard du pouvoir judiciaire : Le pouvoir judiciaire, en France, bien qu'il se soit opposé au pouvoir monarchique au cours du XVIII^e siècle, n'a jamais été perçu, à l'instar de son homologue anglais, comme le gardien des libertés des citoyens. Les parlements (tel était le nom des juridictions royales de l'Ancien Régime) ont plutôt été perçus, à juste titre d'ailleurs, comme les promoteurs des intérêts de classe de la noblesse de robe qui les composait. La vénalité des charges et la transmissibilité héréditaire de celles-ci conféraient une indépendance très grande aux parlementaires. À la fin des années 1780, lorsque le roi tentera de mettre en œuvre une réforme allant dans le sens d'une monarchie libérale, les parlements s'y opposeront féroce­ment dans le but de conserver leurs anciens privilèges et de maintenir l'inégalité des classes. Le 3 novembre 1789, l'Assemblée constituante s'empres­sera d'ailleurs de les « mettre en vacances »⁶⁹.

69. J. ELLUL, préc., note 33, p. 305. Comme l'affirme avec justesse John P. DAWSON, *The Oracles of the Law*, Buffalo, Wiliam & Hein & Co., Inc., 1986, p. 370 et 373 : « It should be plain that the French and American revolutions were sure to project quite different roles for the judges in these two societies. In both countries the judiciary had revived and reasserted some ancient ideals to justify resistance to political power. Partly as a result of this experience, there entered deeply into our own inheritance the conception of judges as guarantors of our liberties. Much more than in our own colonies [les futurs États-Unis], the courts in France under the old regime were the center of opposition to authoritarian government. In a very direct and immediate sense they brought on the French Revolution. But for this they earned no gratitude. They earned instead a lasting distrust, which in France is not yet overcome. [...] Held in check for a time by Louis XIV, the Parlements, led by the Parlement of Paris, became the leaders of the opposition to authoritarian government. By this stage the sale of offices had transformed them into powerful oligarchies. Irremovable and irresponsible, wielders of great and undefined power, they also claimed to represent the national interest. By their dogged defense of a privileged class—the nobility of which they became the leaders—they foreclosed all hope of moderate reform, ensured that the wave would engulf them, and earned for themselves a nation's wrath ».

Tout cela explique que les régimes politiques qui se sont succédé en France ont toujours craint la reconnaissance d'un « gouvernement des juges »⁷⁰. Par exemple, la crainte de l'arbitraire des juges était si grande que, durant les premières années de son existence (1790-1804), le Tribunal de cassation avait le devoir, en cas d'obscurité ou d'insuffisance d'un texte législatif, « de surseoir à statuer et d'en référer au Corps législatif pour qu'il fournisse les explications nécessaires »⁷¹. L'article 4 du *Code civil des Français* devait abolir ce référé direct au législateur. Dans un tel système, les juges ne peuvent créer le droit. Encore moins peuvent-ils contrôler la constitutionnalité des lois.

Avènement d'un contrôle judiciaire limité de la constitutionnalité des lois à partir de 1946 : Cette sanctification de la volonté générale devait aboutir non seulement aux errements du jacobinisme, mais plus généralement, à ce que René Carré de Malberg appelait le « parlementarisme absolu »⁷², soit une situation où la volonté des députés de l'Assemblée nationale s'impose à tous et prévaut sur l'esprit et même la lettre de la Constitution, tout spécialement, sur le principe de la séparation des pouvoirs.

70. L'expression « gouvernement des juges » serait l'invention d'Édouard Lambert (1866-1947), juriste français, qui a publié en 1921 un ouvrage intitulé *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, Éd. Marcel Giard.

71. Jean-Marie AUGUSTIN, « Les premières années d'interprétation du Code civil français (1804-1837) », dans *Le nouveau Code civil [:] Interprétation et application*, Montréal, Les Éditions Thémis Inc., 1993, p. 34.

72. René Carré de MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1931, p. 195-196 : « Et, pour tout dire, si, au départ, [le système parlementaire] avait commencé, après 1875, par être envisagé et par fonctionner comme un régime de séparation dualiste des pouvoirs entre les Chambres et l'Exécutif, aujourd'hui, il en est arrivé à un point de son développement où il est devenu bien proche du système qui place, en principe même, la puissance gouvernementale dans le Parlement. Il réalise en cela ce qu'on pourrait appeler le parlementarisme absolu, au sens intégral du mot, c'est-à-dire un régime dans lequel le Parlement, devenu maître sur toute la ligne, domine complètement l'Exécutif, par opposition au parlementarisme relatif ou dualiste, dans lequel il y a seulement limitation de la puissance gouvernementale par la puissance parlementaire ».

La décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 : En premier lieu, dans une décision rendue le 16 juillet 1971, le Conseil devait affirmer, à la surprise de plusieurs, que les principes énoncés dans la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789 avaient valeur constitutionnelle. Ces principes, selon le Conseil, avaient été incorporés par la Constitution de 1958 dont le préambule proclamait « l'attachement » du peuple français « aux Droits de l'Homme [...] tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789 [...] ». La doctrine avait toujours cru que le préambule de la Constitution de 1958 n'avait aucune valeur juridique et qu'il représentait, tout au plus, une référence polie aux célèbres principes de 1789. Ainsi, par cette interprétation audacieuse, à son rôle de « répartiteur des compétences »⁷⁴, le Conseil ajoutait celui de protecteur des droits et libertés.

Élargissement du droit de saisine : En deuxième lieu, l'opinion publique favorable à la décision de juillet 1971 devait entraîner un élargissement du droit de saisine du Conseil. Aux termes de la *Loi constitutionnelle du 29 octobre 1974*, le Conseil pouvait dorénavant être saisi, non seulement par les personnes mentionnées plus haut, mais également par un groupe de soixante députés ou soixante sénateurs. Par ce moyen, une voix était accordée à des préoccupations qui n'intéressaient pas nécessairement la majorité des parlementaires.

Création d'une exception d'inconstitutionnalité : L'article 29 de la *Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République* est venu ajouter un article 61-1 à la constitution de 1958. Ce dernier crée une exception d'inconstitutionnalité : « 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 »⁷⁵.

74. *Id.*

75. La mise en œuvre de l'article 61-1 était subordonnée à l'adoption d'une loi organique, laquelle a été adoptée en 2009 : *LOI organique n° 2009-*

Il s'agit là d'un élargissement très significatif du droit de saisine. Dorénavant, le contrôle judiciaire peut être exercé *a posteriori*. Que ce soit devant le juge administratif ou judiciaire, les justiciables sont autorisés à contester la légalité constitutionnelle des dispositions législatives qui ne seraient pas conformes aux droits et libertés garantis par la Constitution. Si le juge éprouve un doute en ce qui a trait à la constitutionnalité de la disposition, il pourra saisir le Conseil d'État ou la Cour de cassation qui, à leur tour, pourront saisir le Conseil constitutionnel. Une fois invalidée, la disposition ne trouve plus à s'appliquer au justiciable. En outre, l'invalidation par le Conseil entraîne son abrogation immédiate.

Sans être inexistant comme en Angleterre, le contrôle de constitutionnalité en France demeure encore bien timide en comparaison de celui qu'exercent les tribunaux américains. La différence la plus marquante entre les deux systèmes demeure le fait qu'aux États-Unis ce contrôle n'est pas exercé, comme en France, par un tribunal spécialisé et avant la promulgation de la loi. Ce sont plutôt les tribunaux ordinaires qui accomplissent cette tâche, et ce, une fois la loi mise en vigueur.

Dans la prochaine sous-section, je tenterai d'identifier les facteurs qui expliquent la mise en place, dès le début du XIX^e siècle, d'une véritable justice constitutionnelle aux États-Unis.

1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution. Elle précise les modalités d'application de cette exception d'inconstitutionnalité.

Paragraphe 3 — Aux États-Unis

Bien que profondément marqué par la tradition juridique britannique, le droit constitutionnel américain s'en distingue néanmoins par la place centrale qu'y occupe une constitution écrite et par la reconnaissance, dès le début du XIX^e siècle, d'un pouvoir pour les tribunaux de contrôler la constitutionnalité des lois.

Des motifs de nature philosophique et juridique expliquent l'avènement d'une justice constitutionnelle aux États-Unis. Dans un premier temps, les révolutionnaires américains marieront le concept de « loi fondamentale » propre au droit anglais avec les théories jusnaturaliste et contractualiste élaborées au XVIII^e siècle. Cette opération leur permettra de prétendre que l'exercice du pouvoir politique pouvait et devait être limité par une constitution écrite issue du consentement de personnes qui se sont librement constituées en société politique. Dans un deuxième temps, le contrôle judiciaire n'étant pas un phénomène inconnu aux États-Unis, compte tenu de son statut d'ancienne colonie, les tribunaux américains n'éprouvèrent pas les mêmes réticences que leurs homologues anglais à contrôler la constitutionnalité des lois. Enfin, la constitution adoptée en 1787 étant de nature fédérale, les tribunaux se trouvèrent tout naturellement appelés à régler les conflits de compétences entre les deux ordres de gouvernement.

Fondements philosophiques du constitutionnalisme américain : Sur le plan philosophique, il ne fait aucun doute que l'approche contractualiste lockéenne a directement inspiré les constituants de l'époque. Pour s'en convaincre, relisons à nouveau le deuxième paragraphe de la Déclaration d'indépendance des États-Unis du 4 juillet 1776 :

We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Lib-

erty and the pursuit of Happiness. That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed. That whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their Safety and Happiness.

L'idée d'un pouvoir politique issu d'un pacte social constaté dans une constitution écrite, et dont la fonction est de garantir les droits inaliénables des personnes, est clairement exprimée dans le passage ci-dessus. Fidèles à la promesse faite dans la Déclaration, les constituants américains adoptèrent en 1777 une première constitution écrite. Cette dernière, définitivement ratifiée en 1781, mettait en place un régime confédéral. Inadéquate, elle devait être remplacée par la Constitution fédérale du 17 septembre 1787 qui s'applique encore à ce jour. Ce document établissait un régime fédéral de type présidentiel. Pour calmer les inquiétudes de ceux qui dénonçaient l'absence de protection explicite des droits et libertés de la personne dans la Constitution de 1787, celle-ci fut modifiée, entre 1789 et 1791, par l'adjonction d'un *Bill of Rights*.

Le processus d'adoption de la Constitution fédérale de 1787 témoigne également de l'attachement des constituants à l'idée de contrat social. Dans un premier temps, des délégués de tous les États furent conviés à la « Convention » de Philadelphie. On y arrêta le texte de la constitution. Par la suite, on réclama et on obtint l'assentiment de conventions spéciales établies dans chaque État. L'approbation finale du projet de constitution a donc été le fait, non des législatures coloniales, mais de la population elle-même, s'exprimant par la bouche de ses représentants assemblés en conventions spéciales. Il ne faut pas toutefois s'exagérer l'importance de cet appui populaire, puisque bien peu de personnes avaient le droit de vote à l'époque.

Si les révolutionnaires américains se sont inspirés de Locke pour justifier leur droit à la sécession, ils puisèrent ailleurs les

arguments juridiques qui leur permirent de contester la validité constitutionnelle des lois impériales adoptées sans leur consentement⁷⁶.

En effet, tout en imposant à l'État le devoir de respecter les droits de la personne, Locke ne semblait pas penser que ces droits puissent servir de freins constitutionnels à l'activité législative du Parlement. Il semblait plutôt d'avis que leur violation accordait tout au plus à la population un droit *moral et politique* à l'insurrection (Locke : Chap. 14, ¶ 168)⁷⁷. Au fond, le contrôle proposé par Locke était de nature éthique plutôt que juridique. C'est pourquoi, les révolutionnaires américains s'inspirèrent-ils plutôt des œuvres de jusnaturalistes européens, comme Samuel von Pufendorf (1632-1694) et Emer de Vattel (1714-1767), pour contester la validité des lois impériales. En effet, ceux-ci affirmaient clairement que les principes du droit naturel liaient *juridiquement* l'autorité

76. Les informations à l'origine des deux paragraphes qui suivent sont tirées de T.C. GREY, préc., note 41.

77. LOCKE, préc., note 26, Chap. 19, ¶ 242, affirme : « If a controversy arise betwixt a prince and some of the people, in a matter where the law is silent or doubtful, and the thing be of great consequence, I should think the proper umpire in such a case should be the body of the people. For in cases where the prince hath a trust reposed in him, and is dispensed from the common ordinary rules of the law, there if any men find themselves aggrieved, and think the prince acts contrary to or beyond that trust, who so proper to judge as the body of the people (who at first lodged that trust in him) how far they meant it should extend? But if the prince, or whoever they be in the administration, decline that way of determination, the appeal then lies to nowhere but to heaven. Force, between either persons who have no known superior on earth, or which permits no appeal to a judge on earth, being properly a state of war, wherein the appeal to a judge lies only to heaven, and in that state the injured party must judge for himself when he will think fit to make use of that appeal, and put himself upon it ». En vérité, comme le souligne Jean-Jacques CHEVALLIER, *Les grandes œuvres politiques de Machiavel à nos jours*, Coll. «U», Paris, Éditions Armand Colin, 1996, p. 77, cet appel au Ciel n'est ni plus ni moins qu'une façon polie de reconnaître au peuple un droit à l'insurrection. Comme le disait si judicieusement le philosophe chinois Mencius (~372-~289) : « Heaven does not speak [...] Heaven sees as my people see; Heaven hears as my people hear » (cité par William Theodore DE BARY, « The 'Constitutional Tradition' in China », (1995) 9 *Journal of Chinese Law* 7, p. 13.

Forts de ces arguments jusnaturalistes et contractualistes, les Américains contesteront la validité constitutionnelle des lois impériales adoptées sans leur consentement. Par exemple, les lois fiscales adoptées par le Parlement impérial pour financer les dépenses encourues durant la Guerre de sept ans (le *Sugar Act* de 1764 et le *Stamp Act* de 1765) furent contestées aux cris de « no taxation without representation ». En effet, les Américains soutenaient que la common law, tout autant que le droit naturel, interdisait que la propriété d'une personne soit taxée sans son consentement. De telles atteintes étaient donc inconstitutionnelles, car elles contrevenaient à certaines règles fondamentales constatées par la common law. Ces allégations d'inconstitutionnalité fondées sur de prétendues violations des principes fondamentaux de la common law et du droit naturel ont été le fait, pour l'essentiel, de politiciens et de pamphlétaires. Néanmoins, il semble que des colons en ont tout de même parfois appelé avec succès aux tribunaux pour faire déclarer l'inconstitutionnalité de certaines interventions législatives impériales⁷⁹. Bref, dans l'esprit de certains, la sanction d'inconstitutionnalité n'était pas considérée comme relevant uniquement de la sphère de la moralité ou de la politique.

En somme, les fondements jusnaturalistes de la pensée politique américaine prérévolutionnaire ont permis l'éclosion et l'enracinement de l'idée d'une soumission du pouvoir étatique à des normes fondamentales constatées dans une constitution écrite, normes dont le contenu ne correspondait pas nécessairement au strict droit naturel. Enfin, ces mêmes théories jusnaturalistes avaient servi d'arguments pour justifier le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois impériales. On peut donc constater que, dès l'époque prérévolutionnaire, la table était mise pour l'établissement éventuel d'une véritable justice constitutionnelle.

Il importe de le souligner, dans l'esprit des colons américains, l'oppression étatique n'émanait pas simplement du pouvoir exécutif monarchique; elle était également le fait d'un pouvoir légis-

79. T.C. Grey, préc. note 41, p. 881.

slatif représenté ici par le Parlement impérial. Autrement dit, la toute-puissance du pouvoir législatif n'était pas perçue, à l'instar de la situation anglaise, comme un vecteur de liberté et de protection des droits des citoyens.

Fondements juridiques du constitutionnalisme américain : Sur le plan juridique, deux éléments vont contribuer à faciliter la reconnaissance d'un pouvoir pour les tribunaux américains de se prononcer sur la constitutionnalité des lois.

Absence de souveraineté parlementaire dans les colonies : Premièrement, la notion de souveraineté parlementaire ne s'était pas, au XVIII^e siècle, implantée avec autant de rigueur dans les colonies d'Amérique que dans la métropole. Les assemblées législatives coloniales n'avaient jamais bénéficié d'une pleine souveraineté. D'un côté, le parlement impérial pouvait adopter des lois qui avaient préséance sur les lois coloniales. De l'autre, les autorités métropolitaines étaient investies d'un pouvoir de réserve et de désaveu qui leur permettaient de se prononcer sur l'opportunité des lois coloniales.

Existence d'un contrôle judiciaire des lois coloniales : Deuxièmement, le concept même de contrôle judiciaire était familier aux colons américains du XVIII^e siècle. En effet, les tribunaux coloniaux, à l'instar de leurs homologues britanniques, ont été appelés à départager les responsabilités respectives des pouvoirs exécutif et législatif (délimitation de la frontière entre ce qui relève du pouvoir législatif et du domaine de la prérogative royale). Mais, plus important encore, ils ont été appelés à se prononcer sur la conformité des lois coloniales avec les lois impériales visant expressément les colonies. Ce contrôle judiciaire s'exerçait sous l'œil vigilant du conseil privé du Roi en Angleterre auprès duquel il était possible d'interjeter appel des décisions judiciaires coloniales.

Enfin, à l'action conjointe des idées philosophiques et de la pratique judiciaire coloniale s'ajoutera l'adoption de la constitution de 1787 consacrant non seulement une séparation des pouvoirs

exécutif, législatif et judiciaire, mais répartissant également les compétences législatives entre les paliers gouvernementaux fédéral et étatiques. L'institution d'une fédération supposait l'existence d'un arbitre des conflits entre les deux ordres de gouvernement. Cette tâche allait incomber tout naturellement aux tribunaux.

Bref, cette conjonction d'éléments explique que la Cour suprême des États-Unis n'ait pas hésité à reconnaître le pouvoir des tribunaux d'arbitrer les conflits constitutionnels. Dans l'arrêt *Marbury c. Madison*⁸⁰, le juge en chef Marshall devait affirmer que la Constitution était la loi suprême du pays. À ce titre, tout tribunal était tenu de l'interpréter comme il le ferait de n'importe quelle autre loi. En conséquence, un tribunal était autorisé à déclarer invalide toute loi contraire à la Constitution. Je reproduis ici un long extrait de cette décision souvent mentionnée et rarement lue⁸¹ :

That the people have an original right to establish, for their future government, such principles, as, in their opinion, shall most conduce to their own happiness is the basis on which the whole American fabric has been erected. The exercise of this original right is a very great exertion; nor can it, nor ought it, to be frequently repeated. The principles, therefore, so established, are deemed fundamental. And as the authority from which they proceed is supreme, and can seldom act, they are designed to be permanent.

This original and supreme will organizes the government, and assigns to different departments their respective powers. It may either stop here, or establish certain limits not to be transcended by those departments.

The government of the United States is of the latter description. The powers of the legislature are defined and limited; and that those limits may not be mistaken, or forgotten, the constitution is written. To what purpose are

80. Préc., note 3.

81. *Id.*, p. 176-180 (Cranch); p. 73-74 (U.S.).

powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing, if these limits may, at any time, be passed by those intended to be restrained? The distinction between a government with limited and unlimited powers is abolished, if those limits do not confine the persons on whom they are imposed, and if acts prohibited and acts allowed, are of equal obligation. It is a proposition too plain to be contested, that the constitution controls any legislative act repugnant to it; or, that the legislature may alter the constitution by an ordinary act.

Between these alternatives there is no middle ground. The constitution is either a superior paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislature shall please to alter it.

If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the constitution is not law: if the latter part be true, then written constitutions are absurd attempts, on the part of the people, to limit a power in its own nature illimitable.

Certainly all those who have framed written constitutions contemplate them as forming the fundamental and paramount law of the nation, and, consequently, the theory of every such government must be, that an act of the legislature, repugnant to the constitution, is void.

This theory is essentially attached to a written constitution, and, is consequently, to be considered, by this court, as one of the fundamental principles of our society. It is not therefore to be lost sight of in the further consideration of this subject.

If an act of the legislature, repugnant to the constitution, is void, does it, notwithstanding its invalidity, bind the courts, and oblige them to give it effect? Or, in other words, though it be not law, does it constitute a rule as operative as if it was a law? [...]

It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. [...]

So if a law be in opposition to the constitution; if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty.

If, then, the courts are to regard the constitution, and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature, the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply.

Those, then, who controvert the principle that the constitution is to be considered, in court, as a paramount law, are reduced to the necessity of maintaining that courts must close their eyes on the constitution, and see only the law.

This doctrine would subvert the very foundation of all written constitutions. It would declare that an act which, according to the principles and theory of our government, is entirely void, is yet, in practice, completely obligatory. It would declare that if the legislature shall do what is expressly forbidden, such act, notwithstanding the express prohibition, is in reality effectual. It would be giving to the legislature a practical and real omnipotence, with the same breath which professes to restrict their powers within narrow limits. It is prescribing limits, and declaring that those limits may be passed at pleasure.

That it thus reduces to nothing what we have deemed the greatest improvement on political institutions, a written constitution, would of itself be sufficient, in America, where written constitutions have been viewed with so much reverence, for rejecting the construction. But the peculiar expressions of the constitution of the United States furnish additional arguments in favour of its rejection.

The judicial power of the United States is extended to all cases arising under the constitution.

Could it be the intention of those who gave this power, to say that in using it the constitution should not be looked into? That a case arising under the constitution should be decided without examining the instrument under which it arises?

This is too extravagant to be maintained.

In some cases, then, the constitution must be looked into by the judges. [...]

[I]t is apparent that the framers of the constitution contemplated that instrument as a rule for the government of courts, as well as of the legislature. [...]

Thus, the particular phraseology of the constitution of the United States confirms and strengthens the principle, supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the constitution is void; and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument.

Ainsi habilités, les tribunaux sanctionneront non seulement les atteintes aux principes fédéraux consacrés par la Constitution de 1787, mais également les contraventions aux droits et libertés garantis par les dispositions du *Bills of Rights*. Au cours des XIX^e et XX^e siècles, ce pouvoir ira en augmentant.

Comme on a pu le constater, l'avènement du constitutionnalisme dans un État donné est tributaire des événements politiques qui en ont jalonné l'histoire, mais également des idées philosophiques et politiques qu'on y a prônées au cours des siècles.

Le droit constitutionnel canadien porte la marque indélébile des idées-forces décrites ci-dessus, mais telles qu'elles ont été médiatisées par un contexte historique bien spécifique. Ces idées ont exercé et exercent encore une influence directe non seulement sur le contenu des règles de notre droit constitutionnel, mais également sur leur mode de production.