

Le constitutionnalisme français

Introduction

Le constitutionnalisme est une doctrine politique qui vise à garantir la liberté politique, c'est-à-dire, la liberté dont on jouit vis-à-vis du pouvoir politique par opposition à la liberté civile, celle dont on jouit vis-à-vis de ses semblables. Comme Montesquieu l'a démontré dans des pages immortelles, la liberté politique n'est possible que si le gouvernement est modéré et, pour qu'il le soit, il faut que le pouvoir soit limité ou, comme il l'a dit lui-même, il faut que « par la disposition de choses, le pouvoir arrête le pouvoir ». Il faut donc séparer les trois puissances qu'il exerce, la puissance législative, la puissance exécutive et la puissance de juger, et faire en sorte que, par leur interaction réciproque, elles se contraignent mutuellement à la modération. Le constitutionnalisme est ainsi intimement lié à la séparation des pouvoirs dans la mesure où lorsque les pouvoirs sont séparés, le gouvernement est toujours modéré et les droits sont nécessairement garantis. D'un bon agencement de pouvoirs séparés dépend une garantie effective des droits et celle-ci n'est pas assurée si les pouvoirs ne sont pas séparés. Telle est la théorie qui est à la base du constitutionnalisme et qui est proclamée dans l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

Le livret une fois écrit, il a fallu le mettre en musique et chaque pays a joué sa partition en fonction de son histoire et de sa culture nationale, donnant au constitutionnalisme de l'État libéral plusieurs visages. Le constitutionnalisme français est l'un d'entre eux. Sa toute première caractéristique est qu'à la différence des autres, les vénérables constitutionnalismes anglais, américain, et même allemand car il en existait un au XIXe siècle outre-Rhin, le constitutionnalisme français est tout récent. Il n'a que soixante ans. Jusqu'en 1958, la France avait eu des constitutions (elle en avait eu tellement qu'on ne les comptait plus), mais elle ne connaissait pas le constitutionnalisme. C'est que de la théorie à la pratique, il y a souvent de la coupe aux lèvres.

La nécessité de pouvoirs séparés une fois posée, la difficulté est de savoir comment faire pour qu'ils le soient et surtout qu'ils le restent. A la fin du XVIIIe siècle, la sanction du principe se déclinait sur un mode essentiellement politique ; elle dépendait de mécanismes politiques, dont le plus important était la régularité d'élections libres qui placent les gouvernants sous le contrôle et dans la dépendance des gouvernés, ces derniers obligeant les premiers à s'autolimiter sous peine de perdre leurs suffrages. Tel était en substance le message que Montesquieu avait livré dans deux chapitres distincts de *De l'esprit des Lois* qui se répondaient l'un l'autre. Si le pouvoir excède ses limites en adoptant des lois restrictives des libertés ou en portant atteinte à l'indépendance de la magistrature, la sanction des urnes devrait, en principe, l'en dissuader parce que son titulaire sait qu'à persévérer, les élections amèneront de nouveaux gouvernants et avec eux une autre politique sera appliquée.

Telle qu'on la comprit à l'origine, la séparation des pouvoirs parut être une remarquable invention pour garantir un gouvernement modéré ; c'était une machine qui marchait toute seule. La difficulté était que Montesquieu ne la concevait réalisable que dans un État monarchique - « La démocratie et l'aristocratie ne sont point des États libres par leur nature », avait-il averti - car, sitôt qu'on passe en république et que le pouvoir le plus dangereux n'est plus le monarque, mais celui dans lequel repose la souveraineté populaire, autrement dit, l'assemblée élue, la machine ne marche plus toute seule. Ce fut la grande découverte des Américains. Méditant sur la théorie de Montesquieu, à la lumière de l'expérience acquise par les jeunes États républicains d'Amérique et que Jefferson avait présentée dans des Notes sur son propre État, la Virginie, Madison parvint à la conclusion que certes des élections régulières étaient une garantie essentielle d'une application effective de la séparation des pouvoirs, mais qu'il était nécessaire de prendre « des précautions supplémentaires » et, en particulier, d'établir des freins et contrepoids entre les pouvoirs, d'opposer l'ambition à l'ambition en utilisant, par exemple, le fédéralisme qui

décongestionne le centre et répartit les pouvoirs sur plusieurs niveaux, le bicaméralisme égalitaire qui ralentit le processus législatif, le droit de veto qui arrête le législatif définitivement ou pour un temps, selon qu'il est suspensif ou définitif. Hamilton y ajouta le contrôle judiciaire (judicial review) de constitutionnalité des lois, vieux principe de common law avancé par Coke au XVI^e siècle et que John Marshall ressuscita dans l'arrêt *Marbury v. Madison* pour remédier à l'inutilité des trois autres lorsqu'un même parti s'empare du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, comme l'expérience l'apprit aux Américains avec l'élection de Thomas Jefferson à la présidence des États-Unis en 1800.

Lors de l'élaboration de la constitution de 1791, les révolutionnaires français étaient au courant de ce qui s'était passé aux États-Unis de par leurs échanges avec Jefferson, à l'époque ambassadeur des États-Unis à Paris et dont, par ailleurs, certains d'entre eux, dont Lafayette, étaient très proches. Il est plus que probable qu'il les avait informés des évolutions qu'il avait pu observer en Amérique et des compléments apportés par Madison. Mais la situation française étant ce qu'elle était, il y avait trois freins qui leur étaient interdits : le fédéralisme qui aurait perpétué les multiples coutumes des provinces d'ancien régime qui faisaient qu'on changeait de lois comme on changeait d'attelage ; le bicaméralisme inégalitaire qui aurait maintenu la division de la société en ordres qu'ils rejetaient et imposé la création d'une chambre des « Communs », autrement dit, du Tiers-État, et une chambre aristocratique, composée des ordres privilégiés ; et le contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois qui aurait perpétué la toute-puissance des Parlements sous une autre forme. Ils ne retinrent que le droit de veto, au demeurant bien difficile à mettre en œuvre. L'usage maladroit qu'en fit Louis XVI pour faire obstacle à la loi qui imposait aux prêtres une prestation de serment à la constitution civile du clergé dressa l'Assemblée et le peuple contre lui. La Révolution bascula dans les extrêmes et ce fut la fuite en avant.

À partir de la Restauration et de la Monarchie de Juillet, le remède des freins et contrepoids passa de mode car ce n'était plus dans le peuple que gisait la souveraineté. La France était revenue à la monarchie et il était moins question de freiner la chambre basse que d'en faire le moteur de la réforme politique (la conquête du suffrage universel) sur le modèle du régime parlementaire anglais. L'ennui est que, privé des freins et contrepoids qui empêchaient en Angleterre la chambre des Communes « d'absorber tout le pouvoir dans son impétueux vortex », le régime républicain français finit par tomber dans le régime d'assemblée et il implosa en 1958 à l'occasion de la guerre d'Algérie. De la crise de 1958 est sortie une nouvelle constitution, fondatrice d'un nouveau régime et point de départ du constitutionnalisme français d'aujourd'hui.

*

Le constitutionnalisme français est né des circonstances. En 1958, il fallait sortir la France du régime d'assemblée, générateur de l'instabilité gouvernementale qui, à court terme, rendait impossible le règlement de la question algérienne et les réformes économiques nécessaires à la modernisation du pays, et qui, à long terme, condamnait le pays à aller d'un extrême à l'autre, du régime d'assemblée au régime de l'homme providentiel.

En 1958, comme l'expliqua Michel Debré quand il présenta en qualité de Garde des Sceaux le projet de constitution devant le Conseil d'État, il fallait trouver « une arme contre la déviation du régime parlementaire » ; autrement dit, il fallait empêcher le régime d'assemblée et donc réinventer les moyens de séparer les pouvoirs. Faute de pouvoir recourir aux correctifs politiques qui, dans les autres démocraties, freinent la propension de la chambre élue par le peuple à dominer les autres organes soit parce que, déjà essayés dans le passé, ils n'avaient pas produit les résultats escomptés (le bicaméralisme égalitaire était déconsidéré du chef de l'opposition obstinée du Sénat au vote des femmes sous la III^e République qui lui valut en 1946 d'être taxé d'institution antidémocratique), soit parce qu'ils étaient exclus au regard du principe de la souveraineté nationale (comme une cour suprême ou une cour constitutionnelle), le constituant eut recours à un correctif juridique, mais fort différent du contrôle de constitutionnalité des lois par un juge. S'inspirant de l'idée de « domaine législatif par nature » présente dans les avis du Conseil d'État depuis 1807 et dans les conclusions du commissaire du gouvernement

Romieu sur des arrêts du début du XXe siècle, le constituant limita le Parlement en lui assignant un domaine qui laisserait à l'Exécutif le sien de manière à ce « que le Gouvernement et le Parlement assument chacun pour sa part et sous sa responsabilité la plénitude de leurs attributions », le tout sous le contrôle d'un organe indépendant, le Conseil constitutionnel, chargé de veiller au respect du partage entre la loi et le règlement.

L'introduction du Conseil constitutionnel eut deux conséquences majeures. Tout d'abord, sur le plan politique, elle mit fin à la souveraineté parlementaire à la française puisque la conformité de la loi à la Constitution était désormais contrôlée et sanctionnée. Ensuite, sur le plan juridique, elle changea la notion de constitution, telle qu'on l'entendait traditionnellement en droit français, en lui donnant pleine valeur juridique, en en faisant du droit tout simplement, un vrai droit parce que sanctionné par le Conseil constitutionnel. En d'autres termes, le pays passa d'une constitution descriptive à une constitution normative et, quoique les critiques n'aient pas manqué, il n'est pas revenu en arrière. Soixante ans après l'adoption de la Constitution de 1958, le constitutionnalisme français a pris forme et est établi. Certes, des améliorations sont possibles et les propositions ne manquent pas. Mais personne n'envisage l'abolition de la constitution et l'élaboration d'une nouvelle sur des bases entièrement différentes. L'idée d'une VIe République qui serait un retour au parlementarisme classique avec suppression de l'élection du Président de la République au suffrage universel a fait long feu. Le constitutionnalisme français que la Constitution du 4 Octobre 1958 avait mis sur les rails a atteint sa vitesse de croisière. Un abondant contentieux constitutionnel s'est formé ; les tables analytiques de la jurisprudence du Conseil constitutionnel totalisent plus de 3700 pages ; c'est tous les jours que les juridictions des ordres judiciaire et administratif font usage du droit constitutionnel qui en est sorti ; il est au cœur des grandes batailles parlementaires ; les avocats doivent le connaître pour défendre leurs clients et les magistrats pour juger, au pénal comme au civil ; et dans les universités, une nouvelle branche de droit, le contentieux constitutionnel, s'est établie et les enseignants doivent y consacrer plusieurs cours obligatoires à différents niveaux des études juridiques. Comment expliquer cela ?

Par ce seul fait que, depuis soixante ans, le constitutionnalisme français est porté par une institution (I), le Conseil constitutionnel, dont la pratique (II) née des diverses missions que le constituant lui a confiées tournent toutes comme des planètes autour d'un soleil, la loi, conformément à l'esprit (III) de la culture juridique française qui garantit les droits par la loi plus que par le juge, de sorte que le constitutionnalisme français est législatif, non judiciaire.