Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 110 (1991)

Artikel: La Constitution, son contenu, son usage

Autor: Aubert, Jean François

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896239

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 04.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

JEAN-FRANÇOIS AUBERT

La Constitution, son contenu, son usage

Table des matières

INTRODUCTION 15

CHAPITRE PREMIER.
BREVE HISTOIRE DU MOT ET DE LA CHOSE. 17

1. Histoire du mot. 17

2. Histoire de la chose. 19

CHAPITRE II. LA NOTION DE CONSTITUTION. 28

A. De la constitution en général. 28

1. La constitution se rapporte à l'Etat. 28

2. La notion neutre de constitution. 30

3. De la distinction entre la matière et la forme. 33

4. De la constitution au sens formel. 37
   a) Critères de la constitution formelle. 37
   b) Primauté de la constitution formelle. 40
   c) Finalité de la constitution formelle. 45
   d) Présentation des constitutions formelles. 48
   e) Typologie des constitutions formelles. 49

B. De la constitution dans les régimes politiques pluralistes. 52

1. Du pluralisme politique. 52

2. Des conditions du pluralisme politique. 53

a) Des conditions non juridiques. 53
b) Des conditions juridiques. 56
1) La protection des droits fondamentaux. 56
2) La division des pouvoirs. 57
3) Le respect des minorités. 58

3. Du rapport entre le pluralisme et la constitution. 58
a) Le pluralisme vivifie la constitution. 58
b) La constitution fortifie le pluralisme. 59

C. De la constitution dans les systèmes politiques complexes 61

1. Les Etats fédéraux. 62

2. Les communautés supranationales. 64

CHAPITRE III. LE CONTENU DE LA CONSTITUTION. 68

1. Diversité du contenu des constitutions. 68

2. La partie instrumentale de la constitution. 71
a) Les règles sur la structure de l'Etat. 71
b) Les règles sur l'organisation de l'Etat. 73
c) Les règles sur la revision de la constitution. 75

3. La partie substantielle de la constitution. 75
a) Les garanties des droits des particuliers. 75
b) Les buts de l'Etat, les tâches de l'Etat, les mandats donnés par le constituant aux autorités constituées. . . . 80
c) Les principes de l'action de l'Etat. 85
d) Les symboles de l'Etat. 86

4. Autres règles soustraites à l'action du législateur ordinaire. 86

5. Le contenu des constitutions suisses. 88
a) Le caractère formel des constitutions suisses. 88
b) Le contenu de la Constitution fédérale. 91
1) Le contenu classique. 91
2) Le contenu spécialement suisse. 93
3) Les projets de revision. 98
c) Le contenu des Constitutions cantonales. 101

CHAPITRE IV. L'USAGE DE LA CONSTITUTION. 106

1. La connaissance de la constitution. 106

2. La résonance de la constitution. 107

3. L'application de la constitution. Rôle de l'autorité politique et du juge. 107

4. L'application de la constitution dans ses différentes parties. 111
   a) La structure. 111
   b) L'organisation. 114
   c) Les droits fondamentaux. 115
      1) La conception constitutive des droits fondamentaux. 117
      2) Les droits sociaux. 121
      3) La coexistence de deux niveaux de protection. 124
   d) Les buts, les tâches et les mandats. 127
   e) Résumé. 132
   f) Ce qui nous paraît souhaitable. 134

5. La constitution et la réalité politique. 136

Introduction.

1.* Sous le mot "constitution", les dictionnaires de la langue française donnent plusieurs acceptions. Une dizaine environ. C'est des acceptions politiques que nous allons parler ici, de celles qui se rapportent à la cité, aux citoyens, à l'Etat. Mais ces acceptions politiques sont, à leur tour, aussi assez nombreuses: on peut, en effet, voir dans la constitution d'une cité un phénomène réel, qui se prêterait aux examens les plus variés, de caractère sociologique, psychologique, économique, ou même simplement éthique; ou alors on la prendra plutôt comme un objet essentiellement normatif, une idée, ce qui doit être, la constitution au sens juridique de ce terme. D'une personne qui, depuis plus de trois décennies, est attachée à une Faculté de droit et qui est invitée aujourd'hui à s'exprimer devant la Société suisse des juristes, c'est probablement dans ce dernier sens qu'on attend que le sujet soit traité. Et c'est bien la constitution considérée comme une règle ou un ensemble de règles *juridiques* qui sera au centre du présent exposé. Au centre, disons-nous: elle n'en formera pas la totalité. Car le droit n'a de raison d'être que s'il est utile et il n'est utile que s'il est appliqué[1]; il faudra donc nous soucier aussi de l'*effectivité* des règles qui composent la constitution.

2. Nous avons délibérément choisi d'écrire ce rapport dans un style simple et d'en situer le degré d'abstraction à un niveau modeste. Nous n'avons pas essayé, à supposer que nous en fussions capable, d'intriguer quelques collègues par des réflexions rares ou un langage nouveau. C'est plutôt à nos étudiants que nous avons pensé et c'est avec eux que nous aimerions nous poser la question: à quoi sert une constitution?

* Je remercie Mme Colette Rossat-Favre et M. Yves Fiorellino, assistants à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, de toute l'aide qu'ils m'ont apportée dans la préparation de ce rapport.

1 S'il est appliqué (sous-entendu: en général), plutôt que dans la "mesure où" il est appliqué, comme nous étions d'abord tenté d'écrire: une certaine frange d'inapplication est probablement inséparable de la notion même du droit; la règle qui n'est jamais violée n'a pas besoin d'un renfort juridique.

3. Pour répondre à cette question, il nous a semblé que nous pouvions procéder en quatre temps, qui formeront les quatre chapitres du rapport.

Dans un premier temps, pour fixer les idées, nous esquisserons une brève histoire du mot constitution et de la chose qu'il désigne.

Dans un deuxième temps, nous chercherons à voir d'un peu plus près ce que peut signifier le terme juridique de constitution, d'abord quand il s'inscrit dans un cadre général, puis quand il est rapporté à la catégorie définie des sociétés pluralistes. Nous constaterons, chemin faisant, que, sauf de rares exceptions, la constitution des sociétés pluralistes n'a tout son sens que lorsqu'elle revêt une forme particulière. Nous verrons aussi qu'à des sociétés superposées peut correspondre une hiérarchie de constitutions.

Dans un troisième temps, nous ferons l'inventaire de ce qu'on met communément dans cette forme particulière qu'on appelle la constitution.

Dans un quatrième temps, qui devrait justement donner la réponse à la question posée, nous essaierons de voir si la constitution est connue, à qui revient le soin de l'appliquer, ce qu'il convient qu'on y mette et, finalement, si l'écart qui peut la séparer de la réalité politique a vraiment la signification qui lui est parfois prêtée.

Notre rapport se fonde sur l'expérience de diverses constitutions étrangères; mais il a pour objet principal la Constitution fédérale de la Confédération suisse et celles des cantons qui la composent.

Chapitre premier. Brève histoire du mot et de la chose.

1. Histoire du mot.

4. Le mot "constitution", appliqué au régime politique d'une cité ou d'un Etat, se rencontre dans quelques textes du seizième siècle[2]. Mais son apparition est très intermittente et le demeurera jusqu'au milieu du dix-huitième. D'ailleurs, le terme est employé plutôt comme une image, plus descriptive que normative, on parle de la constitution d'un royaume un peu comme on parlerait de la constitution ou de la conformation d'une plante ou d'un animal. Montesquieu est probablement l'un des premiers auteurs à l'avoir attaché directement au nom d'un pays: "De la constitution d'Angleterre" est, on s'en souvient, le chapitre le plus mémorable de l'Esprit des Lois (1748)[3]. Mais nous sommes toujours au stade de la description; le philosophe expose ce qu'il tient pour la pratique politique anglaise et il en tire de très fameux préceptes. Ce n'est que dans le Projet de constitution pour la Corse (1765), de Rousseau, que le mot prend la signification, essentiellement juridique, de "plan de gouvernement"[4].

5. Il n'y avait là, toutefois, que des emplois d'auteurs. Celui qui voudrait trouver une définition de la "constitution" se tournera plutôt vers les dictionnaires. Et alors là, il risque bien d'être déçu, les dictionnaires de

2 Pour la première fois, en italien, chez Machiavel. Probablement dans le chapitre II du premier livre des Discours sur la Première Décade de Tite-Live, écrit en 1513 et publié en 1531 (cf. Ernest Weibel, Machiavel, une biographie politique, Fribourg, 1988, p.179): "Je parlerai (des villes) qui se sont gouvernées par leurs propres lois, soit comme républiques, soit comme principautés. Leurs constitutions et leurs lois ont différé comme leur origine, etc."

3 De l'esprit des lois, livre XI, chapitre VI. Sur le caractère néologique du mot "constitution" chez Montesquieu, voir Robert Shackleton, Montesquieu, une biographie critique, traduction J.Loiseau, Grenoble, 1977, p.221.

4 Avant-propos du Projet: "On demande un plan de gouvernement pour la Corse. C'est demander plus que l'on ne croit, etc." Noter que la "constitution" est presque totalement absente du Contrat social (1762).

l'Ancien Régime ne lui apprendront pas grand'chose. Richelet, Furetière, le Trévoux entendent toujours le mot dans son sens, romain, d'ordonnance des princes et des pontifes[5]. L'Encyclopédie en fait de même en quelques lignes; après quoi, passant soudain à l'histoire moderne, elle rapporte le terme à l'Allemagne et remplit vingt colonnes d'informations vétilleuses sur le Saint-Empire dans les temps qui ont suivi la paix de Westphalie[6].

6. Finalement, la première idée claire, dans l'ordre chronologique, doit, semble-t-il, être demandée à un ouvrage de droit international. Le célèbre Traité de droit des gens d'Emer de Vattel (1757) a en effet tout un chapitre sur la "Constitution de l'Etat" et, dans ce chapitre, il y a un paragraphe intitulé justement "Ce que c'est que la Constitution de l'Etat"[7]. Et voici ce qu'on lit dans ce paragraphe: "Le règlement fondamental qui détermine la manière dont l'autorité publique doit être exercée est ce qui forme la Constitution. En elle se voit la forme sous laquelle la Nation agit en qualité de corps politique; comment et par qui le peuple doit être gouverné, quels sont les droits et devoirs de ceux qui gouvernent". Cette fois-ci, nous y sommes vraiment; c'est bien de règles normatives qu'il est question, et de règles dont l'objet deviendra bientôt le contenu traditionnel des constitutions, savoir l'organisation des autorités et les limites de leur pouvoir.

7. Dès le dernier quart du dix-huitième siècle, la langue française reçoit, sur le point qui nous occupe, un renfort d'Outre-Atlantique. La "constitution", prononcée à la manière anglo-américaine, vient doubler son homonyme d'Europe continentale[8]. Le préciser aussi, parce que, dans les

5 Cf., par exemple, Antoine Furetière, Dictionnaire universel, nouvelle édition, La Haye, 1727; Dictionnaire universel français et latin, vulgairement appellé (sic) Dictionnaire de Trévoux, nouvelle édition, Nancy, 1734; Pierre Richelet, Dictionnaire de la langue française, ancienne et moderne, nouvelle édition, Paris, 1769.

6 Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des Sciences, des Arts et des Métiers, Paris, 1751. L'article est dû à l'abbé Lenglet-Dufresnoy. — L'Académie française attendra la cinquième édition de son Dictionnaire, celle de l'An VII (1797-1798), pour signaler que la constitution peut se dire d'un Etat et indiquer la forme de son gouvernement, et la septième édition, celle de 1879, pour faire une allusion aux constitutions formelles.

7 Le droit des gens, etc., livre Ier, chapitre III, par. 27.

8 Sur l'histoire du mot *anglais*, qui a pris son sens juridico-politique en Angleterre déjà (et pas seulement en Amérique) dès le début du *dix-septième siècle*, c'est-à-dire avec cent cinquante ans d'avance sur le mot français, voir l'excellent article du Professeur Gérald Stourzh, dans Rudolf Vierhaus (éd.), Herrschaftsverträge, Wahlkapitulationen, Fundamentalgesetze, Goettingue, 1977, p.294-327. — On trouve maintenant l'équivalent pour le mot *allemand* (Verfassung), avec d'utiles indications sur le mot français, dans O. Brunner/W.Conze/ P.Koselleck (éd.), Geschichtliche Grundbegriffe, Historisches Staatslexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, vol.6, Stuttgart, 1990, Vo Verfassung I (Heinz Mohnhaupt), p.831-862.

colonies britanniques nouvellement libérées, le terme a pris un sens bien défini. Ainsi enrichi, le mot "constitution" s'installe durablement dans le vocabulaire juridico-politique français et même, avec la Révolution, dans le langage courant[9].

2. *Histoire de la chose.*

8. S'il est relativement facile de suivre le développement d'un mot dans un pays déterminé, il est beaucoup plus malaisé d'embrasser l'histoire de la chose que ce mot a fini par représenter, pour la raison que cette chose existait indépendamment du mot, dans d'autres pays et dans d'autres temps. On trouve en tout cas dans la Grèce antique et dans les cités qui l'entouraient des réglementations qui ressemblent fort à ce que nous appelons aujourd'hui des constitutions[10]. Mais nous n'avons pas l'ambition de remonter aussi haut. Quoi qu'aient pu observer Aristote et, plus tard, Polybe et Cicéron, ce qu'ils ont décrit et analysé a subi depuis lors une si longue éclipse qu'il est raisonnable de concentrer notre examen sur les temps modernes. De même, on peut certainement rencontrer des phénomènes de caractère constitutionnel dans les parties les plus diverses de la terre habitée. Mais, si nous voulons bien considérer que le présent rapport a pour objet de comprendre ce que *nos* constitutions signifient aujourd'hui, nous limiterons notre regard à cette région du monde d'où nous tenons la plupart de nos modes de pensée, qui est l'Europe occidentale et l'Amérique du Nord[11].

9 Qui pouvait être très concret: "On vend au Palais-Royal de petits gourdins qu'on appelle des constitutions", écrivait le Père Duchesne en 1793 (d'après Littré).

10 La "politie" (politeia) dont parle Aristote. Une "politie" est l'"ordre des diverses magistratures d'un Etat (polis), et spécialement de celle qui a la suprême autorité sur toutes les affaires", La Politique, traduction J. Tricot, 3ème éd., Paris, 1977, p.193 (III, 6, no 1278b).

11 On trouvera un aperçu de l'histoire de la notion de constitution et de ses applications chez Ernst-Wolfgang Böckenförde, Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung, Mélanges Rudolf Gmür, Bielefeld, 1983, p.7-19, et chez Georges Burdeau, Traité de science politique, 3ème éd., t.IV, Paris, 1984, p.49-96. Voir aussi les articles sur la constitution (Vo Verfassung) dans les Encyclopédies allemandes; par exemple dans l'Evangelisches Staatslexikon, Berlin, 1967 (Peter Badura); dans le Staatslexikon, 7ème éd., Fribourg en B., vol.5, 1989 (Dieter Grimm); 6ème éd., vol.8, 1963 (Ulrich Scheuner). Ce dernier article a été repris dans Ulrich Scheuner, Staatstheorie und Staatsrecht, Gesammelte Schriften, Berlin, 1978, p.171-184. Cf. encore le Historisches Lexikon précité (à la note 8), Vo Verfassung II (Dieter Grimm), p.863-899.

9. L'Europe occidentale et l'Amérique du Nord ont été, au dix-septième et au dix-huitième siècles, le théâtre d'un mouvement d'abord intellectuel, puis expérimental, qui a pris le nom de "constitutionnalisme"[12]. Ce mouvement a culminé dans la vingtaine d'années qui sépare la Déclaration d'Indépendance du Dix-Huit Brumaire. Il s'est perpétué aux Etats-Unis; il s'est rétabli, après bien des vicissitudes, en France; presque tous les pays du globe l'ont, un jour ou l'autre, accueilli chez eux, les uns par soumission, les autres par conviction, certains par pure imitation. Sa flamme, même si elle n'a plus la chaleur d'autrefois, ne s'est jamais éteinte et si, par exemple, quelques cantons suisses ont procédé naguère à une revision totale de leur constitution, c'est encore à lui qu'ils le doivent.

10. Le constitutionnalisme est d'une définition assez complexe, parce qu'il réunit *plusieurs* idées sous un même nom. Ces idées sont les suivantes:

a) Partant de la constatation que toutes les cités et tous les Etats ont des autorités et une organisation et que la plupart de ces organisations politiques obéissent à des règles plutôt qu'à une improvisation permanente, les adeptes du mouvement constitutionnaliste estiment que ces règles doivent être portées dans une *loi écrite* et accessible à tous, qui sera justement une constitution.

b) Mais le constitutionnalisme ne se borne pas à fixer dans un document les règles qui sont en vigueur au moment où la constitution est faite. Comme ces organisations politiques, telles qu'elles sont réglées par la tradition, donnent souvent un pouvoir excessif à une autorité unique, voire à une seule personne (un roi), les auteurs de la constitution s'efforcent d'introduire un *équilibre* dans un système qui en est dépourvu. L'équilibre est cherché, d'une part, dans une distribution du pouvoir entre plusieurs autorités qui se tiennent en respect; d'autre part, dans la reconnaissance, au bénéfice des particuliers, de droits et de libertés qu'ils peuvent opposer aux détenteurs du pouvoir.

c) Le progrès ainsi réalisé demeurerait incertain si le constitutionnalisme ne s'interrogeait pas aussi sur les sources mêmes de la légitimité politique. A la question de l'origine du pouvoir, il répond par l'affirmation de la *souveraineté nationale* ou *populaire*[13], qui a pu être temporairement

12 Sur le mouvement "constitutionnaliste", cf. notamment Charles Borgeaud, Etablissement et revision des constitutions en Amérique et en Europe, Paris, 1893, p.1-54; Georg Jellinek, Allgemeine Staatsrechtslehre, 3ème éd., Berlin, 1919, p.505-531.

13 La souveraineté nationale est une idée abstraite, qui permet des aménagements variés, y compris un cens électoral assez élevé. La souveraineté populaire est un terme beaucoup plus concret, qui mène nécessairement au suffrage universel (des hommes d'abord, puis des adultes des deux sexes).

usurpée par une ou par quelques familles, mais qui n'a pas pu être valablement aliénée. C'est donc au peuple, aux citoyens ou à leurs représentants, qu'il appartient de faire la constitution. Dans les Etats nouveaux (telles que des colonies libérées), le principe de la souveraineté nationale ou populaire s'impose évidemment.

d) Parmi les autorités qu'il établit, le constitutionnalisme réserve une place importante à l'assemblée législative, généralement composée de députés élus, qui sera chargée de faire les lois. Mais il entend que la constitution elle-même échappe aux atteintes de ce législateur. Il en résulte que la loi qui porte la constitution doit être *supérieure aux lois ordinaires*; qu'en d'autres termes le législateur, quand il fera une loi, devra obéir à la constitution.

e) Cette supériorité de la constitution sur la loi est particulièrement nécessaire dans les Etats fédéraux, faute de quoi les lois fédérales ordinaires pourraient priver les Etats fédérés de tous les avantages qu'ils se sont réservés quand ils se sont associés. Il faut donc que l'acte fédéral qui garantit la position juridique des Etats fédérés ne puisse pas être modifié sans que ces Etats aient pris part à la procédure, c'est-à-dire ne puisse pas être revisé autrement que par une procédure spéciale. Ce qui signifie que la création d'un Etat fédéral suppose l'adoption d'une vraie constitution, supérieure aux lois.

En résumé, le constitutionnalisme groupe au moins quatre idées: une constitution écrite; une constitution qui limite le pouvoir des autorités; une constitution qui vient des citoyens; une constitution supérieure aux lois ordinaires. A quoi il faut ajouter, pour la catégorie des Etats fédéraux: une constitution qui garantit la situation des Etats qui les composent.

11. Si maintenant nous recherchons l'origine historique de ces idées, c'est-à-dire le moment où elles ont été exprimées, nous trouvons ceci:

– L'idée qu'une constitution doit être écrite a pris naissance, assez paradoxalement comme on l'a parfois signalé[14], en Angleterre. Elle tient à la conception contractuelle que les puritains ont développée au début du dix-septième siècle et qu'ils ont mise en pratique lors de leur établissement dans le Massachusetts, puis au lendemain de la guerre civile: la constitution est un contrat conclu entre les membres de la société et il est sage que de tels contrats soient passés par écrit. La forme écrite se recommande aussi par ce qu'elle apporte de certitude et de stabilité à la relation sociale. Le souci de stabilité, assurée par l'écriture, réapparaît ensuite à plusieurs reprises chez Locke[15].

14 Jellinek, op. cit., p.512.

15 John Locke, Traité du gouvernement civil, traduction David Mazel, introduction Simone Goyard-Favre, Paris, 1984, par exemple au no 136 (p.283) et au no 142 (p.288).

– L'idée que le pouvoir politique ne doit pas être entièrement livré à une personne, mais qu'il doit être limité, c'est-à-dire partagé entre plusieurs autorités, est également très présente dans l'histoire anglaise du dix-septième siècle: voir les démêlés entre le Parlement et les Stuart. Mais c'est d'une affirmation du législatif qu'il s'agissait avant tout; la supériorité du législatif sur l'exécutif est clairement exprimée chez Locke[16]. Montesquieu, au siècle suivant, se montrera plus prudent et demandera que tous les pouvoirs se limitent mutuellement[17].

– L'idée que le pouvoir vient du peuple est très ancienne[18]. Elle a été notamment, dans les temps modernes, soutenue sans équivoque par Philippe Pot[19], par Althusius, par Pufendorf. Mais, si l'on pense à l'effet direct et concret des livres de philosophie, c'est surtout dans le Contrat social de Rousseau[20], puis dans la brochure de Sieyes sur le Tiers-Etat[21], que le constitutionnalisme prendra, sur ce point, son inspiration.

– L'idée d'un rapport hiérarchique entre les lois ordinaires et des principes qui leur sont supérieurs remonte à l'Antiquité. Aristote la mentionne à au moins deux reprises dans son Traité sur la Politique, sans toutefois en tirer de conséquence pratique[22]. Plus près de nous, les auteurs français classiques, à commencer par Bodin, placent certaines lois fondamentales au-dessus de la volonté des rois[23]. Mais ce sont, encore une fois, les puritains anglais, les lieutenants de Cromwell, puis Cromwell lui-même qui joindront à la notion d'une constitution écrite celle d'une constitution supérieure (voir, ci-après, no 15). D'ailleurs, ceux qui veulent faire de la constitution un instrument de limitation des pouvoirs ne peuvent qu'aboutir à la même conclusion: car, si l'on peut admettre que le pouvoir d'un roi soit limité par une simple loi, le pouvoir du législateur lui-même ne pourra l'être que par une règle qui soit plus forte que la loi.

16 Locke, op. cit., chapitre XI, De l'étendue du pouvoir législatif, nos 134 et ss (p. 279 et ss). Le même auteur dit aussi, sans aucune équivoque, que le législateur est limité par les droits naturels des particuliers; ibid., no 135 (p.281).

17 Montesquieu, De l'esprit des lois, livre XI, chapitre VI.

18 On la trouve déjà chez les Grecs, mais la société y était et y est restée tellement inégalitaire (avec ses esclaves, ses périèques, etc) que toute référence est artificielle.

19 "Qui ne sait et qui ne répète que l'Etat est la chose du peuple? S'il en est ainsi, comment le peuple peut-il en abandonner le soin? Comment de vils flatteurs attribuent-ils la souveraineté au prince qui n'existe lui-même que par le peuple? etc." Le discours de Philippe Pot aux Etats-Généraux de Tours (1484), rapporté par Masselin, mériterait d'être cité en entier. On le trouve reproduit chez Albert Chabrier, Les orateurs politiques de la France des origines à 1830, 4ème éd., Paris, 1905, p.18-20.

20 Voir, par exemple, le chapitre premier du livre II.

21 Qu'est-ce que le Tiers-Etat?, Paris, 1789; en particulier le chapitre V: "Si nous manquons de constitution, il faut en faire une; la nation seule en a le droit ...". Et, plus loin dans le chapitre: "Où prendre la nation? Où elle est; dans les quarante mille paroisses qui embrassent tout le territoire, tous les habitants et tous les tributaires de la chose publique; c'est là sans doute la nation". Ici, la souveraineté nationale est très proche de la souveraineté populaire (voir, ci-dessus, note 13).

22 La Politique, op. cit., p.221 (III, 11, no 1282b) et p.261 (IV, 1, no 1289a).

23 Jean Bodin, Le Premier livre de la République, 1576, chapitre 8 (Le serment fait par Philippe I, fils de Henri I), dans le tome Ier de l'édition de 1986 (faite d'après la 10ème éd., de 1593), p.197: "Quant aux lois qui concernent l'état du royaume..., le Prince n'y peut déroger, comme est la loi salique".

– Enfin, l'idée qu'une constitution supérieure aux lois est l'armature nécessaire du fédéralisme a été réalisée aux Etats-Unis sans longues discussions. Cette nécessité a dû être ressentie comme allant de soi car ni Madison, ni Hamilton, quand ils ont expliqué aux électeurs new-yorkais les règles sur les amendements à la Constitution, ne semblent avoir pris la peine de la signaler[24].

12. Le constitutionnalisme connaîtra aussi une variante non démocratique, quand certains monarques, sans renoncer à se prévaloir de la grâce de Dieu, jugeront néanmoins prudent de faire quelques concessions à leur opinion publique. Ils donneront donc des chartes écrites, génératrices d'assemblées parlementaires qui limiteront leur prérogative; ils admettront même que ces chartes ne pourront pas être révoquées ni modifiées contre la volonté de leurs Parlements[25]. Mais ils continueront à se tenir pour légitimés par la divinité et ils y trouveront un motif de se réserver d'importants pouvoirs.

13. Selon une version intermédiaire de la monarchie constitutionnelle, le roi, abandonnant toute référence à une puissance surnaturelle, passera un véritable contrat avec un Parlement préexistant. Il y aura donc aussi une charte écrite et un partage des pouvoirs, mais cette charte, loin d'être "octroyée" par un maître à ses sujets, sera fondée sur la concordance de deux volontés politiques distinctes.

14. Comme on le voit, la figure du contrat est étroitement liée à certains types de constitutions. Sans doute la constitution, au sens moderne du terme, appartient-elle à la catégorie des lois, c'est une loi d'un rang généralement supérieur, et l'on distingue d'habitude la loi du contrat en ce que la loi est un acte unilatéral et le contrat, un acte bilatéral ou multilatéral. Mais cette distinction, qui prend de l'importance quand il s'agit de déterminer la procédure de modification des actes, ne suffit pas à éclairer leur genèse. Tout compte fait, il nous semble qu'entre la constitution et le contrat on peut noter les relations suivantes:

– Quelques constitutions, aujourd'hui disparues, naissaient contractuelles et le demeuraient; c'était le cas de certaines chartes convenues entre un roi et un Parlement; à quoi on ajoutera les constitutions "césariennes", préparées par un consul et plébiscitées dans un référendum.

– D'autres constitutions se sont fondées sur un contrat et sont devenues des lois; c'est le cas des constitutions des Etats fédéraux formés par association.

– Les constitutions démocratiques des Etats unitaires ont été faites, dès l'origine, comme des lois; mais, quand il s'agit de comprendre par quelle alchimie une assemblée constituante, dont les membres ont nécessairement des opinions divergentes, finit par décréter une constitution et pourquoi les minorités acceptent de s'incliner devant la majorité, l'explication contractuelle s'impose assez naturellement à l'esprit.

24 Voir les livraisons 43 et 85 du Fédéraliste.

25 Sur la Charte de 1814 et l'opinion de Louis XVIII, voir Borgeaud, op. cit., p.270.

15. Après avoir recensé les idées qui sont à la base du constitutionnalisme, il nous reste à en montrer les applications.

– La première constitution écrite des temps modernes, à caractère encore franchement contractuel, pourrait bien être les "Ordonnances fondamentales du Connecticut", convenues en 1639 entre des puritains émigrés[26]; mais ces ordonnances demeuraient, en théorie tout au moins, soumises au droit de la métropole anglaise.

– Le premier essai de constitution "souveraine", de même nature contractuelle, mais d'un niveau qui n'admettait pas de supérieur, doit être cherché dans l'"accord populaire" imaginé par les soldats de Cromwell en 1649[27]; mais cet accord est resté à l'état de projet et n'a, autant que nous en puissions juger aujourd'hui, jamais produit d'effets juridiques.

– La première constitution achevée, d'où le principe contractuel est à vrai dire absent, est l'"Instrument de Gouvernement" donné par Olivier Cromwell en 1653[28]; ce texte, qui confirme l'autorité du Protecteur (Cromwell), établit une assemblée législative et distingue assez clairement les matières où cette assemblée a le pouvoir de décision de celles dont elle ne peut disposer qu'avec l'assentiment du Protecteur. Mais l'Instrument n'a eu qu'une vie éphémère et, s'il lui est échu d'intéresser plus tard maintes générations d'historiens et de juristes, il semble que son impact le plus évident sur le destin politique des Anglais ait été de les détourner durablement de la pratique des constitutions écrites.

16. Il était réservé à la fin du dix-huitième siècle d'accomplir ce que le siècle précédent n'avait fait qu'ébaucher.

– L'événement s'est produit, une nouvelle fois, en Amérique, lorsque les colonies se sont affranchies de la domination britannique (1776). Devenues autant d'Etats indépendants, il leur fallait maintenant construire leur gouvernement. Certaines garderont leur régime d'autrefois (Connecticut, Rhode Island), à ceci près qu'il reposait désormais sur leur seule volonté[29]. Mais d'autres se montreront plus ambitieuses, recréant tout à partir de zéro selon les règles de la démocratie: une assemblée élue faisait une constitution, qu'elle soumettait même parfois au vote populaire. Tels

26 Borgeaud, op. cit., p.13-15; Jellinek, op. cit., p.510.

27 "Agreement of the People"; Borgeaud, p.6-10; Jellinek, p.510-511. On peut en lire le texte chez Samuel Rawson Gardiner, The Constitutional Documents of the Puritan Revolution (1625-1660), 3ème éd., Oxford, 1962, no 81, p.359-371.

28 "Instrument of Government"; Borgeaud, p.10-11; Jellinek, p.511-512. Texte chez Gardiner, op. cit., no 97, p.405-417.

29 Borgeaud, op. cit., p.16 et 173.

furent, au sens le plus propre du terme, les premiers textes qui aient donné une forme *visible* et *durable* aux théories du mouvement constitutionnaliste. L'un d'eux est même encore en vigueur aujourd'hui[30].

– Ces textes devaient toutefois subir, quelques années plus tard, une sorte de déclassement lorsque les délégués des nouveaux Etats s'accordèrent à créer, au-dessus de leurs ordres juridiques locaux, une union fédérale: la Constitution des Etats-Unis du 17 septembre 1787, élaborée d'une manière franchement élitaire, mais ratifiée, dans chacun des Etats membres, sur un mode plus démocratique, et jamais remplacée depuis lors, est à l'heure actuelle le plus ancien exemple de constitution écrite d'un Etat souverain.

17. La suite de cette histoire, on le sait, se déroule en Europe. Et c'est la France qui, pour le meilleur et pour le pire, va servir de modèle principal dans l'art des constitutions.

– Si la Révolution américaine relève du droit international, en ce que des colonies ont décidé de rompre le lien qui les assujettissait à la métropole, la Révolution française, elle, est essentiellement intérieure. Alors que les constitutions américaines n'ont été que la *conséquence* de l'indépendance, la constitution française a été l'*occasion* même de la Révolution: c'est en s'arrogeant, en juin et juillet 1789, le pouvoir de fixer le régime politique du pays que le Tiers-Etat a fait, juridiquement, la révolution. Et cette révolution a été consommée quand l'assemblée ainsi transformée a voté la constitution et que le roi l'a acceptée (3 et 14 septembre 1791).

– C'est parce que la première constitution écrite des Français n'a pas fonctionné comme il était prévu que l'Assemblée nationale (législative) a fait, en août 1792, une deuxième révolution en convoquant, hors de sa compétence, une convention nationale. Et c'est cette convention, élue au suffrage universel, qui a inauguré la méthode républicaine classique d'adoption des constitutions: quand il apparaît que la France a besoin d'un nouveau régime, l'autorité provisoirement en place appelle le peuple à élire une assemblée qui fait la constitution soit souverainement, soit sous la réserve d'un référendum. La méthode a servi quatre fois: en 1792 précisément, puis en 1848, puis en 1871, puis en 1945 et 1946; il y a même toute une théorie sur la méthode. Seul le fondateur de la Cinquième République, qui supportait mal les assemblées de type parlementaire, a suivi une voie différente[31].

30 Constitution of the Commonwealth of the Massachusetts, de 1780.

31 Voir la loi constitutionnelle française du 3 juin 1958, qui donnait le pouvoir constituant au Gouvernement (De Gaulle) et au peuple, à l'exclusion du Parlement.

– Mais la France a aussi pratiqué les variantes non démocratiques du constitutionnalisme. La charte de 1814 est probablement le meilleur exemple d'une constitution accordée par un roi qui se limitait lui-même. Quant à la charte de 1830, elle forme, avec le Bill of Rights anglais de 1689, l'illustration la plus connue d'un partage contractuel des pouvoirs entre un Parlement et un roi.

– Enfin la France, rarement à court d'invention, a également créé le prototype des constitutions consulaires ou césariennes, où l'on voit un homme, tenu pour providentiel, faire fabriquer par son entourage un texte qu'il présente ensuite, par dessus tous les corps intermédiaires, directement au peuple. Les Bonaparte ont réussi cela au moins six fois, notamment en 1799 et en 1851[32].

18. Le développement du constitutionnalisme européen procède, pour une large part, des expériences françaises. C'est ainsi que la "méthode classique" a inspiré la Belgique en 1831, l'Allemagne de Francfort (1848) et de Weimar (1919), l'Autriche en 1920, l'Italie en 1947. Et que la charte de 1814 a été imitée, l'année suivante, par le roi des Pays-Bas et, plus tard, par le roi de Sardaigne, Charles-Albert, qui donna au Piémont le "statut" qui porte son nom (1848). On prendra garde, toutefois, de ne pas trop simplifier l'histoire; ce serait forcer la vérité que de voir partout des émules des Français. Plusieurs princes allemands, par exemple, ont passé dès avant 1830, avec une représentation de leurs sujets, des arrangements dont le caractère contractuel est difficilement niable[33]. Quant à la manière dont l'Allemagne s'est construite, en 1867, il est clair qu'elle ne doit rien à la France, car la France n'avait rien à montrer sur le chapitre du fédéralisme.

19. La Suisse, de son côté, doit beaucoup à la France; autant, sinon davantage, qu'aucun autre Etat d'Europe[34]. Et non seulement pour le fond des institutions, qui n'est pas en cause ici. Mais pour la forme dans laquelle ces institutions sont fixées. A vrai dire, dans un premier temps, c'est

32 Il est à peine besoin de préciser qu'en dépit de quelques ressemblances purement extérieures, la voie suivie par le Gouvernement De Gaulle en 1958 n'est pas comparable aux procédés des Bonaparte: non seulement le Parlement s'est mis en retraite par un vote régulier, donné assurément sous l'effet d'une certaine inquiétude, mais sans coup de force; mais encore les électeurs, *plus instruits et mieux informés qu'autrefois*, n'étaient pas aussi malléables que ceux du siècle précédent.

33 Borgeaud, op. cit., p.60, 61 et ss.

34 Voir, en particulier, Alfred Kölz, Die Bedeutung der Französischen Revolution für das schweizerische öffentliche Recht und politische System — eine Skizze, RDS 1989 I 497-516.

surtout à l'armée française que la Suisse "doit" quelque chose, qu'elle n'avait d'ailleurs pas vraiment demandé. Mais ce quelque chose qui lui a d'abord été imposé par la force, elle l'a, une fois passée la tourmente révolutionnaire, volontairement conservé: ce quelque chose est l'idée de la constitution écrite.

20. L'idée a fait, c'est bien connu, irruption en 1798: la première constitution écrite de la Suisse est la Constitution helvétique, faite à l'image de celle qui gouvernait alors la France. Cette constitution a été suivie d'une autre, puis d'une troisième (l'Acte de Médiation), qui contenait elle-même les premières constitutions écrites des cantons. Tout cela, on l'admettra, était encore assez artificiel. Ce qui est plus intéressant, c'est la suite. Quand la Suisse a recouvré son indépendance, quand elle a pu choisir, aussi librement qu'il était possible, son mode de gouvernement, elle est revenue à son ancien régime, mais elle a gardé l'idée française: tous les cantons ont été invités à réécrire une constitution et à la déposer aux archives fédérales (art. 15 du Pacte de 1815). Et tous les cantons s'exécuteront, avec plus ou moins de bonheur, même ceux qui étaient le plus éloignés de l'esprit constitutionnel. Nous aurons donc une juxtaposition de vingt-cinq documents, les uns déjà passablement modernes, d'autre plus archaïques, jusqu'à la constitution d'Uri, qui se borne à *décrire*, en quelques lignes, la manière de vivre du pays[35].

21. Mais c'est à partir de 1830 que l'idée française va véritablement triompher. Car, désormais, il ne s'agira plus seulement d'avoir une constitution. Il faudra encore la faire selon la bonne méthode, la "méthode classique", écarter les autorités existantes, élire une constituante et soumettre son projet au référendum populaire. C'est ainsi que les choses se passeront à Zurich, à Berne et dans plusieurs autres cantons du camp des Régénérés[36].

22. En revanche, quand il sera question de transformer la Suisse en un Etat fédéral, le modèle français n'apportera plus rien. C'est l'Amérique qui sera tout naturellement prise comme exemple, c'est le principe de la participation des cantons qui caractérisera la manière d'adopter et de modifier la constitution. Le seul "service" que la France rendra à la commission de revision du Pacte est de l'ordre de l'événement pur: la chute de Louis-Philippe, en dissipant la menace d'une intervention étrangère, a facilité la tâche des rénovateurs suisses.

35 Eduard His, Geschichte des neueren schweizerischen Staatsrechts, t.II, Bâle, 1928, p.43.

36 His, op. cit., t.II, p.74 et ss.

Chapitre II. La notion de constitution.

A. De la constitution en général.

1. La constitution se rapporte à l'Etat.

23. Il ressort des paragraphes précédents que la constitution, écrite ou non écrite, a pour premier objet de régler l'organisation d'un corps politique. Nous avons parlé quelquefois de cités et d'Etats; c'était pour disposer d'abord d'une notion qui convienne à une très longue période, Antiquité, Moyen Age et temps modernes. Mais, comme nous avons ensuite résolu de limiter notre examen aux temps modernes seulement, nous pouvons nous borner à retenir le corps politique moderne par excellence, qui est l'Etat. Il est d'ailleurs assez révélateur que le mot "Etat" apparaisse pour la première fois dans la langue italienne (Stato), et sous la plume de Machiavel[37], à une époque où le même auteur et quelques autres commencent aussi à utiliser, occasionnellement, le mot "constitution". Nous dirons donc que la constitution a pour objet primordial de régler l'organisation d'un Etat.

24. Si la constitution se rapporte nécessairement à l'Etat, s'il n'y a pas, au sens où nous prenons ce terme, de constitution sans Etat, on peut aussi dire, à l'inverse, qu'il n'y a pas, en temps normal, d'Etat sans constitution, parce qu'il n'y a pas d'Etat sans organisation, du moins sans un rudiment d'organisation, faute de quoi le corps politique ne serait qu'une collection d'individus plongée dans l'anarchie et impropre à former un Etat.

37 Il Principe (De Principatibus), de Machiavel, commence exactement par ces mots: "Tutti gli Stati ...", "Tous les Etats, toutes les seigneuries qui eurent et qui ont commandement sur les hommes furent et sont ou républiques ou principautés". L'ouvrage, écrit en 1513 (comme les Discours, ci-dessus, note 2), a été publié en 1531 (E. Weibel, cité dans la même note, p.175-176).

25. Cette correspondance entre la constitution et l'Etat nous oblige maintenant à définir l'Etat: une tâche qui, en d'autres circonstances, pourrait paraître insurmontable, mais qui est considérablement simplifiée par la nécessité dans laquelle nous sommes de chercher la définition *la plus générale*. Toutes les difficultés qui entourent la notion d'Etat viennent en effet du désir des auteurs d'expliquer l'Etat, voire de le justifier. Mais, si nous nous bornons à dégager les éléments qui permettent de reconnaître un Etat, d'identifier quelque chose comme étant un Etat, de dire: ceci est un Etat, cela n'en est pas un, sans nous demander pourquoi ces éléments additionnés suffisent à former un Etat ni pourquoi certaine manière de vivre en société a donné naissance à ce que nous appelons un Etat, nous pourrons, nous devrons même nous contenter de ce que le Professeur Isensee qualifiait naguère de définition "passe-partout" de l'Etat, qui est la définition qu'utilise la pratique du droit international public[38].

26. La définition internationale de l'Etat se réfère, c'est bien connu, à trois éléments: un territoire, une population, un pouvoir suprême, c'est-à-dire un réseau d'organes disposant d'un pouvoir en principe irrésistible et indépendant. C'est cette définition très commode qui fait qu'on peut dire qu'il existe aujourd'hui environ cent soixante-dix Etats sur la surface du globe terrestre. Naturellement, une définition aussi simple comporte une part inévitable de fiction. Le pouvoir suprême n'est pas toujours aussi indépendant et il n'est pas non plus, sur tous les points du territoire, aussi irrésistible que ne le veut la théorie. Les influences, les pressions, les rapports avoués de satellisation jalonnent l'histoire des relations internationales. A l'intérieur des pays les plus riches et les mieux équipés, il y a des zones (quartiers de villes, banlieues) où la police renonce pratiquement à exercer son contrôle[39]. Enfin, certaines situations sont tout à fait pathologiques, celle du Koweit, par exemple, au moment où nous écrivons ces lignes (décembre 1990). Tout cela doit naturellement rappeler les juristes à la modestie, mais ne nous paraît pas suffire à mettre en doute le caractère généralement opérationnel de la définition internationale de l'Etat.

38 Josef Isensee/Paul Kirchhof (éd.), Handbuch des Staatsrechts, t.I, Heidelberg, 1987, chapitre 13 (J. Isensee, Staat und Verfassung), nos 28 et ss, p. 602 et ss. Cf. encore Thomas Fleiner-Gerster, Théorie générale de l'Etat, traduction J.F.Braillard, Paris, 1986, p.154-156. Sur la querelle des *types* de définitions, voir les propos pleins de bon sens de Martin Kriele, Einführung in die Staatslehre, Reinbek/Hambourg, 1975, p.81-84.

39 Le Monde, du 17 octobre 1990, p.11: des policiers "interdits de séjour en Seine-Saint-Denis".

27. La correspondance entre l'Etat et la constitution a semblé si étroite à certains philosophes qu'ils ont proposé d'y voir une véritable équation: les deux substantifs, pris dans leur sens juridique, signifieraient la même chose, la constitution est l'Etat, l'Etat est la constitution, parce que la constitution organise le pouvoir de l'Etat et parce que le territoire et la population de l'Etat ne font que délimiter le champ d'action de la constitution; qu'ainsi tous les éléments qui composent l'Etat se trouvent dans la constitution[40]. Mais cette manière de voir ne tient pas assez compte des vicissitudes qui affectent la vie des Etats. Il y a des moments, dans l'histoire de certains Etats, où une organisation politique a pris fin avant qu'une nouvelle organisation se soit établie; autrement dit des périodes floues, pendant lesquelles les partisans de l'idée d'équation sont mis dans l'alternative de nier la continuité juridique de l'Etat ou de se satisfaire d'une notion vague de la constitution, puisqu'ils en voient une là où il n'y a justement pas encore de règle affermie. Assurément, tous les changements de régime ne créent pas un tel vide: on peut soutenir, par exemple, que la France a eu une constitution avec un roi et des Etats-Généraux jusqu'au 17 juin 1789[41] et que, de ce jour-là, elle a eu, sans aucun "temps mort", une constitution avec une Assemblée nationale et un roi. Mais les choses ne sont pas toujours aussi simples: on aurait notamment bien de la peine à trouver une constitution dans les jours qui ont suivi l'abdication de Louis-Philippe, davantage encore au lendemain de Sedan. Et pourtant, à la fin de février 1848 comme en septembre 1870, la France existait toujours. Finalement, on ferait mieux de reconnaître que, pour intime que soit le lien qui les unit, l'Etat est supérieur à la constitution, c'est lui qui la crée, il la précède et il arrive qu'il lui survive.

2. *La notion neutre de constitution.*

28. Nous revenons à la normale. Si, en temps ordinaire, tous les Etats ont une constitution, écrite ou non écrite, l'objet *commun* nécessaire à toutes les constitutions ne peut être que très limité. C'est une organisation politique, mais une organisation quelconque, fruste ou différenciée, despotique ou démocratique. C'est l'organisation d'une ou plusieurs autorités, à l'exclusion de toute disposition sur leur comportement; car, si l'Etat *doit* avoir une organisation, s'il faut au moins *une* règle juridique pour

40 Cf. Hans Kelsen, Allgemeine Staatslehre, Berlin, 1925, p.5, 16-17.

41 Ou, si l'on préfère, jusqu'au 27 juin 1789, qui est le jour où la cour a cédé.

désigner *une* autorité, toute l'action de l'Etat peut ensuite être abandonnée à la volonté politique de l'autorité "régulière".

29. Cette notion *minimale* de la constitution est le corollaire obligé de la notion très générale de l'Etat que nous avons choisie. S'il suffit, pour être un Etat, d'être reconnu comme tel par la communauté internationale et s'il suffit, pour être ainsi reconnu, qu'un pouvoir effectif soit exercé sur un territoire et une population donnés, à chaque pouvoir effectif ainsi exercé correspond une constitution — quelle que soit la manière dont le pouvoir est organisé, qu'il soit concentré en une personne ou distribué entre diverses autorités, que le peuple y prenne une part active ou qu'il n'ait d'autre sort que d'en subir les effets. Si maintenant nous admettons qu'à chaque changement profond de l'organisation politique correspond une nouvelle constitution, nous en tirons la conséquence qu'un même Etat peut avoir, successivement, plusieurs constitutions; il est notoire, par exemple, que la France en a eu une vingtaine en moins de deux cents ans. Enfin, si nous considérons tous les Etats qui se sont partagé la terre au cours de l'histoire moderne, ceux qui existent aujourd'hui et ceux qui ont disparu, et aussi les membres des fédérations, et si nous tenons compte des changements de régime politique souvent nombreux qui ont affecté la plupart d'entre eux, nous arrivons à la conclusion que, depuis que Machiavel a commencé d'en parler (ci-dessus, no 23), le monde a dû connaître plus de trois mille constitutions[42].

30. Trois mille constitutions, ou tout autre chiffre dans cet ordre de grandeur, c'est beaucoup. Trois mille constitutions, écrites ou non écrites, c'est-à-dire trois mille manières d'organiser un corps politique, cela signifie, malgré d'inévitables ressemblances pour plusieurs d'entre elles, toute une gamme de régimes politiques, une gamme où le pire côtoie le passable (qui est ce qu'on peut espérer de mieux dans nos sociétés imparfaites). Nous y trouvons, par exemple, pour la France d'autrefois, la monarchie absolue des Bourbon, avec des "lois fondamentales" de nature coutumière sur l'ordre de succession à la couronne et quelques autres points; une "loi", également non écrite, mais généralement acceptée, qui plaçait le roi au-dessus de toutes les règles de droit, à l'exception des lois fondamentales[43]; des "souvenirs", quasi-coutumiers, sur la composition et le rôle des Etats-Généraux, etc. Nous y trouvons, pour la Grande-

42 Sur la supputation du nombre des constitutions (matérielles), voir Karl Loewenstein, Verfassungslehre, 3ème éd., Tubingue, 1975, p.140.

43 Voir, ci-dessus, la note 23 (Jean Bodin).

Bretagne du dix-huitième siècle, une reconnaissance coutumière et judiciaire de la prérogative royale, une assise coutumière pour la Chambre des lords, mais aussi des lois écrites sur la dévolution de la couronne, sur l'élection et la durée de la Chambre des communes, sur la limitation de la prérogative royale par les deux chambres du Parlement, ainsi que des pratiques[44] en développement sur le rapport entre les ministres de la couronne et le Parlement. Nous y trouvons des constitutions écrites, en Amérique du Nord depuis 1776, en France depuis 1791, puis dans beaucoup d'autres pays d'Europe, puis en Amérique latine, puis sur tous les continents. Nous y trouvons des constitutions, d'abord non écrites, puis écrites, dans les cantons suisses; et des constitutions écrites pour la Suisse, d'abord de type unitaire, puis de type fédératif. Nous y trouvons des constitutions qui ont bien fonctionné, d'autres qui sont allées cahin-caha[45], d'autres qui n'ont pas marché du tout. Nous y trouvons des constitutions utopiques, nous y trouvons des constitutions raisonnables, mais nous y trouvons aussi des constitutions injustes.

31. Que toutes les constitutions contiennent une part d'injustice n'est pas une observation bien originale. Il y a des constitutions qui ont été carrément faites dans l'intérêt d'un petit groupe de personnes; d'autres qui répondent à une idée de la justice qui était peut-être acceptable à l'origine, mais qui a cessé de l'être; d'autres qui ont simplement mal réalisé l'idée de justice; d'autres auxquelles on peut tout au plus reprocher de préférer une idée de justice à une autre dans les domaines où il y a plusieurs manières de comprendre la justice. Mais ce ne sont pas ces injustices-là que nous avons à l'esprit. Nous voulons plutôt parler de ces régimes qui sont viciés de haut en bas, pervertis jusque dans la moëlle de leur pensée politique, essentiellement mauvais. Eux aussi ont leur constitution.

32. Il y a assurément quelque chose de paradoxal à associer la notion de constitution à de tels régimes. Le mot constitution évoque d'autres images,

44 Par ces "pratiques", nous entendons ce que la doctrine anglaise appelle les "conventions of the constitution". Sur les "conventions", voir Karl-Ulrich Meyn, Die Verfassungskonventionalregeln im Verfassungssystem Grossbritanniens, Goettingue, 1975; ainsi qu'un retentissant arrêt de la Cour suprême du Canada, *Reference Re Amendment of the Constitution of Canada*, du 28 septembre 1981, reproduit dans Neil Finkelstein, Laskin's Canadian Constitutional Law, 5ème éd., 1er vol., Toronto, 1986, p. 3-16, 94-108.

45 Comme disait le Président De Gaulle à propos des Etats-Unis, dans sa fameuse conférence de presse du 31 janvier 1964 (cf. Didier Mauss, Les grands textes de la pratique institutionnelle de la Vème République, 4ème éd., Paris, 1988, p.16, 17). Le mot est piquant, venant d'un Français.

la stabilité, l'équilibre, la sécurité, la paix, la rationalité d'une organisation profitable à l'ensemble d'une société. Et voilà qu'il est accolé à un système où la vie de la société dépend des caprices d'un seul homme et où la rationalité sert principalement à l'organisation de la terreur. Mais ce paradoxe a existé. L'Allemagne du IIIème Reich, par exemple, a eu des institutions juridiques. Il y a eu des professeurs de droit public qui ont expliqué, en des paragraphes soigneusement numérotés, la constitution du pays au temps du national-socialisme triomphant. On peut feuilleter, aujourd'hui encore, leurs écrits[46]. Ce degré zéro de la constitution n'est d'ailleurs pas une rareté propre à l'Europe occidentale. La Russie de Staline n'a pas fait mieux, sauf qu'elle avait deux constitutions, l'une qui était cachée et qui était monstrueuse, l'autre qui était imprimée et qu'on pouvait lire avec agrément. Et l'Asie a eu Pol-Pot, et l'Afrique a eu Bokassa. La notion neutre de la constitution a certainement son utilité: elle nous permet d'embrasser d'un regard un phénomène universel. Mais elle nous fait quelquefois descendre en enfer.

3. De la distinction entre la matière et la forme.

33. Jusqu'à maintenant, nous n'avons défini la constitution que par son objet, ou plus exactement par l'objet minimal qui est le sien quand on dit que tous les Etats ont une constitution. Nous verrons plus loin que, dans les Etats qui ont adopté l'esprit du constitutionnalisme, cet objet est à la fois plus large et mieux défini que celui qui consiste à se donner une organisation politique quelconque. Mais nous voulons aborder présentement la question de la *forme*. Nous y avons fait quelques allusions, quand nous avons parlé de constitutions qui étaient écrites et d'autres qui ne l'étaient pas et quand nous avons rappelé que le mouvement constitutionnaliste voulait des constitutions écrites qui fussent supérieures aux lois ordinaires (cf. no 10 a et d). Il nous faut voir cela d'un peu plus près[47].

46 Les lecteurs pressés trouveront un florilège chez Martin Hirsch/Diemut Majer/ Jürgen Meinck, Recht, Verwaltung und Justiz im Nationalsozialismus, Cologne, 1984, p.144-146, 147-152, 154-158; et chez Diemut Majer, Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtssystems, Stuttgart, 1987, p.87-95, 101-105.

47 Sur la notion formelle et la notion matérielle de la constitution, voir, par exemple, Adhémar Esmein, Eléments de droit constitutionnel, 6ème éd., Paris, 1914, p. 565-602; Georg Jellinek (cité à la note 12), p.531-539; Hans Kelsen (cité à la note 40), p.251-253; Carl Schmitt, Verfassungslehre, Munich, 1928, p.3-20; Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, t.I, 2ème éd., Munich, 1984, p. 69-78; Jacques Cadart, Institutions politiques et droit constitutionnel, t.I, Paris, 1979,

34. Une chose est de coucher par *écrit*, dans un ouvrage didactique, des règles constitutionnelles coutumières. Cette activité rédactionnelle, qui est souvent le fait de personnes privées, n'a d'autre but que d'informer les lecteurs et n'entre pas dans le cadre du présent exposé: les règles tirent leur caractère obligatoire de la coutume et le fait d'être reproduites dans un livre ne leur confère pas de force juridique supplémentaire.

Une autre chose est de porter des règles d'objet constitutionnel dans un acte écrit *officiel*, en général une loi, autrefois un contrat ou une charte donnée par un roi. Un tel acte, qui est écrit *pour être obéi*, relève davantage de notre examen. Mais, ne se distinguant pas de la forme législative ordinaire, il n'ajoute rien de spécifique à la notion de constitution. C'est à ce stade que s'est arrêtée, par exemple, l'Angleterre: le régime constitutionnel anglais repose sur des coutumes, sur des pratiques[48] et, pour ce qu'il a d'écrit, sur des lois ordinaires.

Le constitutionnalisme réclamait quelque chose d'encore différent: un acte écrit sans doute, un acte officiel, mais aussi un acte *solennel*, c'est-à-dire un acte dont les modifications ultérieures échappent à la routine du législateur.

35. Cette forme solennelle pouvait tenir à la *procédure* dans laquelle les modifications devraient se faire ou à l'*autorité* qui ferait les modifications. Ou bien la constitution, dans les dispositions qu'elle consacrait à sa propre revision, prévoyait que cette revision appartiendrait au législateur, mais statuant par exemple à une majorité qualifiée. Ou bien elle donnait le pouvoir de revision à une autorité supérieure au législateur, supérieure dans l'ordre de la démocratie, par exemple, ou dans l'ordre du fédéralisme, c'est-à-dire qu'elle prévoyait, pour faire la revision, l'élection d'une assemblée particulière (constituante), ou un référendum populaire, ou une ratification par les Etats membres de la fédération.

36. A l'origine, l'exigence d'une telle forme était étroitement liée à l'objet constitutionnel ou, comme on dit plus communément, à la *matière* constitutionnelle. Ce qui comptait, dans l'esprit du constitutionnalisme, c'était la matière constitutionnelle, les règles sur l'organisation politique

p.118-123; Pierre Pactet, Institutions politiques, droit constitutionnel, 8ème éd., Paris, 1986, p.67; Claude Leclercq, Droit constitutionnel et institutions politiques, 6ème éd., Paris, 1989, p.92-93; Zaccaria Giacometti, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zurich, 1941, p.23-37; Yvo Hangartner, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, t.I, Zurich, 1980, p.25-26; Ulrich Häfelin/Walter Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 2ème éd., Zurich, 1988, p.6-9.

48 Voir, ci-dessus, la note 44.

de l'Etat, sur une certaine organisation, rationnelle et équilibrée, démocratique au moins pour une part, ainsi que sur les rapports entre les particuliers et l'Etat, la protection de leurs droits les plus importants. C'est autour de cette matière que le constitutionnalisme s'est développé. La forme n'est venue qu'après. C'est parce que la matière était fondamentale qu'il a paru nécessaire de l'envelopper dans une forme spéciale, supérieure à la forme législative ordinaire. La forme spéciale ne devait évidemment servir qu'à changer cette matière, c'est-à-dire (nous sommes alors dans un temps d'optimisme) à perfectionner l'organisation et à étendre la protection des droits. Les théoriciens du constitutionnalisme auraient été bien étonnés d'apprendre qu'un jour la forme, suivant une évolution autonome, se détacherait du fond et serait employée à des fins plus variées.

37. Et pourtant la divergence était en germe dans le fait même que la matière et la forme étaient distinguées. Cette distinction, assurément inscrite dans la nature des choses, conduisait inévitablement à la création de deux notions, celle de la constitution au sens matériel et celle de la constitution au sens formel. Quelque soin qu'on pût mettre ensuite à les tenir ensemble, les deux notions avaient chacune son existence propre. La constitution au sens *matériel* se définissait par son *contenu*, c'est-à-dire par l'objet des règles qui la composaient, règles sur l'organisation politique de l'Etat, règles sur les rapports entre les particuliers et l'Etat, plus généralement *règles fondamentales relatives à l'Etat*. La constitution au sens *formel* se définissait par la *manière* dont elle était revisée, c'est-à-dire qu'elle se reconnaissait à ceci, qu'elle ne pouvait être revisée que d'une manière *plus difficile* que celle qui suffisait à faire les lois. La constitution matérielle, parce qu'elle se définissait par son contenu, demeurait une constitution matérielle quelle que fût la forme dans laquelle elle était passée, coutume, jurisprudence, règlement, loi ou constitution formelle. De son côté la constitution formelle, précisément parce qu'elle se définissait par sa forme, pouvait s'étendre à n'importe quelle matière sans cesser d'être une constitution formelle; c'était là surtout qu'on pouvait craindre quelques artifices.

38. Il n'y avait, en effet, rien d'étonnant qu'une constitution matérielle ne fût pas, ou pas entièrement, revêtue de la forme constitutionnelle. Après tout, jusqu'à la fin du dix-huitième siècle, c'est-à-dire jusqu'à l'invention définitive de la constitution formelle, c'était la condition normale des constitutions matérielles: on les trouvait dans des traditions orales, des coutumiers, au mieux dans des lois ordinaires. Et puis il y a autre chose:

la constitution matérielle n'est pas une notion bien délimitée. Des "règles fondamentales relatives à l'Etat", on voit à peu près ce que c'est, mais pas de façon vraiment précise. En particulier, il est difficile de distinguer ce qui est "fondamental" de ce qui ne l'est pas. Les règles sur la nationalité, par exemple, ou celles sur l'élection du Parlement sont-elles fondamentales? C'est presque une affaire de goût. Et alors, si la définition de la constitution matérielle dépend à tel point du jugement de celui qui la donne, il n'y a pas lieu de se demander, et cela n'aurait même pas grand sens, *dans quelle mesure* cette constitution doit être revêtue d'une forme solennelle. Tout ce qu'on peut dire, à ce sujet, c'est que le mouvement constitutionnaliste entendait qu'elle y fût mise pour une part *importante*.

39. Le rapport inverse se présente en des termes assez différents. La constitution formelle est une notion précise; quand on en rencontre une, on l'identifie en général très vite. Il n'est pas difficile, par exemple, de comparer deux procédures et de dire laquelle est la plus exigeante[49]. On pourrait donc réserver la procédure la plus exigeante aux matières communément reconnues comme constitutionnelles. On aurait alors, dans tous les Etats qui ont une constitution formelle, les deux relations suivantes: une partie de la constitution matérielle est dans la constitution formelle et la constitution formelle ne contient que des règles appartenant à la constitution matérielle. Ce serait une situation assez satisfaisante pour l'esprit, en tout cas très conforme à la théorie du constitutionnalisme. Mais la constitution formelle est un vêtement séduisant, apte à couvrir, du moins lorsqu'il n'est pas trop lourd, bien d'autres actes de l'Etat. On peut donc être tenté de l'utiliser à des fins étrangères à sa vocation initiale et de mettre au bénéfice de sa solennité, pour des raisons parfois purement occasionnelles, des règles mineures ou temporaires ou même de simples décisions qui ont leur place normale dans des formes subalternes.

49 Plusieurs cantons suisses, il faut bien le reconnaître, compliquent un peu la tâche des professeurs; ce sont ceux qui prescrivent le référendum obligatoire pour les lois ordinaires comme il est prescrit (par le droit fédéral) pour les revisions de la constitution. Chez eux, la différence de forme n'est pas très marquée; elle existe tout de même. Cf. no 152.

4. De la constitution au sens formel.

a) Critères de la constitution formelle.

40. Les critères au regard desquels on peut distinguer une constitution d'une loi ordinaire, autrement dit reconnaître le caractère formel d'une constitution, tiennent, ainsi que nous l'avons rappelé précédemment (no 35), à l'*autorité* qui agit ou à la procédure de son action. A vrai dire, le critère de l'*autorité* n'intervient que rarement à titre exclusif; il n'apparaît le plus souvent qu'en alternative ou en combinaison avec le critère de la procédure. En alternative, par exemple, dans toutes les constitutions des cantons suisses qui prévoient que la revision totale peut en être confiée, au choix des électeurs, soit au Parlement, soit à une assemblée constituante spécialement élue pour la faire (voir le no 153). En combinaison, dans les constitutions qui font faire la revision, partielle ou totale, par le Parlement, mais qui prévoient que l'oeuvre du Parlement sera encore soumise à l'exigence particulière d'un référendum populaire[50] ou, dans les Etats fédéraux, à celle d'une ratification par les membres de la fédération[51]. Ce qui se rencontre aussi, dans certains pays et même dans quelques cantons suisses, c'est que la revision appartient au Parlement, mais que celui-ci doit être intégralement renouvelé avant d'y travailler[52]. Toutefois le critère ordinaire est bien celui de la *procédure*: le même Parlement qui fait la loi fait aussi la revision de la constitution. Seulement, pour faire la revision, il doit agir d'une autre manière, procéder à plusieurs lectures, observer des délais, surtout statuer à une majorité qualifiée, par exemple à la majorité des deux tiers alors que la loi se décide à la majorité simple[53]. Ou encore: dans les Parlements à deux chambres, la deuxième chambre doit donner son accord à la revision, alors qu'elle n'a, contre la loi, qu'un veto qui peut être surmonté[54].

41. Mais nous ne pousserons pas plus loin l'exposé des règles sur la revision des constitutions. On les trouve sans peine dans tous les manuels de droit constitutionnel. Ce qui nous paraît plus important, ici, c'est de rappeler pourquoi la constitution formelle se reconnaît à la manière dont on la *revise*, plutôt qu'à la manière dont elle a été adoptée. L'adoption de

50 Constitution irlandaise, art.46 II; pour les cantons suisses, voir le no 152.

51 Constitution des Etats-Unis, art.V; Constitution australienne, art.128 V; pour la Confédération suisse, voir le no 148.

52 Constitution belge, art.131.

53 Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne, art.79 II.

54 Constitution française, art.89 II.

la constitution, c'est-à-dire l'acte originaire d'où la constitution est issue, est un fait historique qui n'est pas nécessairement propre à se reproduire. Il se peut que l'autorité qui a fait la constitution n'existe plus et qu'on ne puisse pas la recréer sans artifice. Il se peut aussi que la procédure initiale ait été entachée de défauts qu'il serait regrettable de perpétuer. Il n'y aurait, par exemple, aucune raison de rétablir, pour faire une revision, la Convention de Philadelphie, ou la Diète fédérale suisse, ou le Conseil parlementaire allemand; aucune raison non plus, pour reprendre le cas de la Suisse, de conserver la manière dont les cantons se sont prononcés pendant l'été 1848. D'ailleurs, l'idée qu'une constitution ne doit être modifiée que de la façon qu'elle a été faite suppose qu'il existe une règle applicable à toutes les constitutions, qui dirait précisément cela. Or une telle règle, qu'il faudrait chercher dans un ordre juridique supérieur à celui des Etats, n'existe pas. La règle implicite du droit international, c'est bien plutôt que le constituant, dans chaque Etat, fixe lui-même les règles de revision de la constitution qu'il a faite. Ce sont donc bien ces règles de *revision* qui indiquent le caractère de la constitution.

42. A cette raison systématique s'en ajoute une autre, plus pratique. Il arrive souvent que l'autorité qui fait la constitution fasse aussi *autre chose* que la constitution, règle un certain nombre de points dans des actes auxquels elle n'entend pas donner la même solennité qu'à la constitution. Par exemple, dans la constitution elle crée un Parlement et, dans un acte distinct, elle fixe le mode d'élection de ce Parlement. La constitution et cet acte distinct sont adoptés de la même manière; leur différence n'apparaît qu'à la façon dont ils pourront être revisés. C'est ainsi que l'Assemblée constituante italienne de 1947/1948 a édicté la Constitution du 27 décembre 1947, diverses lois constitutionnelles de même niveau que la Constitution, mais aussi une série de lois ordinaires[55]. Quand ils ont été adoptés, ces textes ne se distinguaient que par leur intitulé, Constitution et lois constitutionnelles d'un côté, lois tout court de l'autre. Mais cette différence dans le titre des actes n'avait de sens que si l'on pensait à leurs futures *revisions*: la Constitution et les lois constitutionnelles ne pourraient être modifiées qu'à la majorité des deux tiers dans les chambres ou sous réserve de référendum (art. 138 de la Constitution), tandis que les lois le seraient à la majorité simple et sans référendum.

43. Il y a peut-être une troisième raison, plus cachée, de se référer aux règles de revision. La constitution formelle est un document écrit, compo-

55 Voir, par exemple, Temistocle Martinez, Diritto costituzionale, 5ème éd., Milan, 1988, p.233.

sé de mots et de phrases. Pour changer ces mots et ces phrases, il faut suivre, en principe, une certaine procédure, celle-là même qui est au centre du présent paragraphe. Mais ces mots et ces phrases sont aussi un objet d'*interprétation*. Nous n'allons pas, ici, nous poser la question classique — si l'interprétation d'un mot n'équivaut pas, parfois, au changement même de ce mot. Nous partons de l'idée que la constitution est comprise d'une certaine manière, parmi d'autres possibles, par l'autorité compétente pour l'interpréter, par exemple par un tribunal; et nous supposons maintenant que le besoin se fasse sentir de changer cette interprétation. Qui peut le faire? Sans doute l'autorité qui l'a donnée: sous la réserve de certaines règles supérieures, telles que le principe de la bonne foi ou celui de la sécurité du droit, un tribunal peut toujours revenir sur sa jurisprudence. Mais sans doute aussi le constituant lui-même: il peut, par une revision appropriée, rendre impossible l'interprétation du tribunal. En revanche pas le législateur, qui doit normalement se conformer à la constitution telle qu'elle est interprétée par l'autorité compétente[56]. Résultant de tout cela: nous sommes en présence d'une règle qui appartient au niveau de la constitution formelle, en ce qu'elle ne peut pas être modifée selon la procédure de la législation ordinaire, mais bien selon la procédure de la revision constitutionnelle, et qui a ceci de particulier qu'elle peut aussi – dans les limites de l'interprétation et dans le respect des principes applicables aux revirements de jurisprudence – être modifiée par un tribunal. Il est toutefois clair que la volonté du tribunal, qui a été déterminante pour l'adoption de la règle, n'est pas opposable à sa revision[57].

44. On rencontre un phénomène comparable dans la reconnaissance de règles de droit constitutionnel "non écrit". Cette expression ne doit pas être mal comprise. Elle ne vise pas, malgré la similitude des termes, le droit constitutionnel matériel des Etats qui ont préféré s'en tenir à une réglementation coutumière et qui n'ont pas voulu se doter d'une constitution

56 On réservera toutefois le cas où le législateur, en adoptant sciemment une loi qui passe pour inconstitutionnelle, cherche à provoquer un revirement de jurisprudence.

57 Exemple: soit une constitution formelle qui garantit et le droit à la vie et la liberté personnelle. Le tribunal peut résoudre le conflit qui, pour une femme enceinte, résulte de ces deux garanties en disant que l'interruption de grossesse doit être permise dans les premiers mois qui suivent la conception. Cette solution ne peut pas être révoquée par le législateur. Elle peut l'être par le tribunal, s'il revient sur sa jurisprudence. Mais elle peut aussi l'être par le constituant, contre la volonté du tribunal, s'il décide de résoudre lui-même le conflit, d'une autre manière, par une règle précise. Sur les revisions constitutionnelles qui ont pour objet de surmonter une interprétation judiciaire considérée comme inopportune, voir la note 255.

formelle. Au contraire, dans les mots "droit constitutionnel non écrit", l'adjectif "constitutionnel" vise précisément une constitution entendue au sens formel, c'est-à-dire un système où il y a une constitution formelle supérieure aux lois. Et alors, dans un tel système, il arrive que les tribunaux considèrent certaines règles très importantes comme participant de la nature de la constitution formelle, quoiqu'elles ne figurent pas dans le document lui-même. Cette démarche s'observe notamment dans le domaine des droits fondamentaux: à côté des droits expressément garantis par la constitution, il y en aurait d'autres, "non écrits", que les tribunaux tiennent pour implicitement garantis. Le Tribunal fédéral suisse, par exemple, en a reconnu quelques-uns[58]. On peut se demander s'il pourrait "retirer" sa reconnaissance, estimant qu'il s'est trompé: l'hypothèse est un peu académique, pour ne pas dire bizarre. Le constituant, lui, le pourrait par une revision faite en bonne et due forme - si du moins on admet que son pouvoir de revision n'est pas assujetti à des limites matérielles. Le législateur ordinaire, lui, est lié[59].

b) Primauté de la constitution formelle.

45. L'existence, dans un Etat donné, d'une constitution formelle n'a de signification que si cet Etat a d'autres manières d'agir que par la revision de la constitution. En réalité, tous les Etats qui ont une constitution formelle ont bien d'autres formes d'action, plus simples, des lois, des ordonnances, des décisions de toute espèce, etc. Les formes les plus importantes sont d'ailleurs précisément réglées par la constitution. Pour nous en tenir aux lois, qui sont la forme ordinaire des dispositions générales de l'Etat: c'est la constitution qui crée le Parlement et qui lui attribue le pouvoir de faire les lois, en accompagnant parfois cette attribution de quelques règles sur la façon de les faire. Il y a donc, dans un tel Etat, une manière lourde de disposer, qui est la forme constitutionnelle, et une manière plus légère, qui est la forme législative. Par exemple, c'est le Parlement qui fait les deux choses, mais il revise la constitution à la majorité qualifiée des deux tiers et il fait la loi à la majorité simple. Seulement, la coexistence de ces deux formes serait elle-même dépourvue de sens s'il ne s'agissait que d'une juxtaposition et non d'une superposition, si donc la loi pouvait contrecarrer la constitution. Toute cette histoire de constitution formelle ne trouve sa justification que dans la *primauté* de la constitution sur la loi: la constitution peut contrecarrer la loi, mais la loi doit respecter la constitution. Ce qui ne peut être revisé qu'à la majorité des deux tiers ne doit pas l'être à la majorité simple: proposition triviale

58 Il y a maintenant une doctrine très riche sur cette question. Voir surtout Michel Rossinelli, Les libertés non écrites, Genève, 1987; André Grisel, Les droits constitutionnels non écrits, Mélanges U. Häfelin, Zurich, 1989, p.53-77.

59 Rossinelli, op. cit., p.244-246.

qui retentit depuis bientôt cent quatre-vingt-dix ans[60] et que nous répétons ici sans toutefois nous interroger encore sur le sort des lois inconstitutionnelles.

46. La superposition de la constitution à la loi peut d'ailleurs être compliquée par des degrés intermédiaires, en ce sens que la constitution peut très bien créer deux ou plusieurs niveaux de lois. Par exemple, la Constitution française de 1958 a prévu, pour régler certains domaines spéciaux, la catégorie des lois dites "organiques", soumises à une procédure légèrement plus difficile que celle des lois ordinaires et, par conséquent, supérieures à elles (art. 46)[61]. Mais ceci pose peu de problèmes. Une question plus délicate est de savoir si la primauté d'une règle sur une autre a pour condition nécessaire sa supériorité *formelle* ou si une primauté peut aussi s'instaurer entre des règles du même niveau formel, en raison du contenu respectif de chacune d'elles; si, par exemple, une loi ordinaire peut l'emporter sur une autre loi ordinaire parce qu'elle a une plus grande importance *matérielle*.

47. On objectera peut-être que cette question délicate ne se pose que rarement, à cause de deux idées qui sont inhérentes à la conception moderne du droit, du moins en Occident; l'une de ces idées étant qu'il n'y a, en principe, pas de règle qui soit immuable; l'autre, qu'il n'y a pas non plus de règle qui ne souffre des exceptions. De ces deux idées, les juristes ont tiré deux adages: que la loi nouvelle déroge à la loi ancienne et que la loi spéciale déroge à la loi générale; et il faut bien convenir que ces deux adages permettent de résoudre la plupart des conflits. Quand ils se contredisent, c'est une affaire d'interprétation de faire prévaloir l'un sur l'autre. Autrement dit, quand la loi spéciale est la plus ancienne, c'est l'autorité d'application qui décidera, en se fondant par exemple sur des arguments historiques ou systématiques, si elle est opposable ou non à la loi nouvelle qui, par hypothèse, est plus générale[62]. Enfin, quand les deux

60 *Marbury v. Madison*, 1803. Cet arrêt de la Cour suprême des Etats-Unis est reproduit dans tous les ouvrages américains d'enseignement du droit constitutionnel. Voir, par exemple, W.B.Lockhart/Y. Kamisar/J.H.Choper/ S.H.Shiffrin, Constitutional Law, 6ème éd., Saint Paul, 1986, p.1, 5-7.

61 Voir aussi, en Allemagne, la différence qui est faite entre les lois qui dépendent du consentement du Bundesrat (Zustimmungsgesetze) et les autres, art.77 de la Loi fondamentale.

62 C'est une question de ce genre qui s'est posée récemment en Suisse (mais à l'intérieur de la *Constitution* fédérale), dans l'affaire des droits politiques des femmes d'Appenzell; voir un arrêt du Tribunal fédéral, du 27 novembre 1990, non encore publié (*Neue Zürcher Zeitung*, du 28 novembre 1990, no 277, p.21).

adages sont inopérants, parce que deux règles entrées en vigueur simultanément sont elles-mêmes contradictoires, sans que l'on puisse dire que l'une est spéciale par rapport à l'autre, c'est également l'interprète qui devra décider laquelle il faut préférer[63].

48. Il y a tout de même des situations où le recours aux adages, quoique logiquement possible, n'est pas satisfaisant; où il peut paraître juste qu'une loi générale plus ancienne l'emporte sur une loi plus récente, générale ou spéciale. C'est la "question délicate" qui était posée plus haut. Notre sentiment, c'est qu'en effet une telle prépondérance de l'ancien sur le nouveau est parfois légitime, mais qu'elle se fonde alors, au moins implicitement, sur une règle du niveau constitutionnel. Quand, par exemple, une loi crée un droit qui ne peut plus être supprimé sans juste motif et sans indemnité (on parle parfois d'un "droit acquis"), ce droit est protégé non par la loi, qui n'a fait que le créer, mais par la garantie constitutionnelle de la propriété ou par celle de la bonne foi; d'ailleurs, comme on vient de le laisser entendre, la loi peut fort bien être modifiée ou abrogée, avec le droit qu'elle instituait, pourvu qu'un intérêt public le justifie et qu'une indemnité correcte soit payée[64]. Quand, autre exemple, le Conseil constitutionnel français décide qu'une loi qui interdit de soumettre les associations à l'exigence d'une autorisation préalable ne peut pas être modifiée par une loi qui introduit précisément une telle exigence, c'est parce qu'il estime que cette interdiction légale ne fait, en réalité, qu'exprimer une interdiction constitutionnelle implicite[65].

49. En revanche, là où il n'est pas possible de les mettre au bénéfice d'un ancrage constitutionnel, les mandats que le législateur d'aujourd'hui prétendrait donner au législateur de l'avenir n'auraient qu'une valeur politique ou morale. C'est du moins ce que nous pensons des mandats

63 Voir, par exemple, ATF 111 Ia 201, *Wyss*, du 2 octobre 1985, où le Tribunal fédéral lève une apparente contradiction entre deux textes de la Constitution bernoise.

64 Il y a aussi, en Suisse, une doctrine très riche sur les droits acquis. Voir, parmi les ouvrages récents: Alfred Kölz, Intertemporales Verwaltungsrecht, RDS 1983 II 101-249; Marco Borghi, Il diritto amministrativo intertemporale, ibid., 385-531; Beatrice Weber-Dürler, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Bâle, 1983; Kathrin Klett, Verfassungsrechtlicher Schutz "wohlerworbener Rechte" bei Rechtsänderungen, Berne, 1984.

65 Décision du 16 juillet 1971: la loi de 1901 sur les associations, quand elle soustrait la création d'une association à tout contrôle préalable d'une autorité administrative ou judiciaire, énonce un "principe fondamental" élevé au rang constitutionnel par le Préambule de la Constitution de 1946, lui-même applicable en vertu du Préambule de la Constitution de 1958. Voir Louis Favoreu/Loïc Philip, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel, 5ème éd., Paris, 1989, p.231.

négatifs. Si une loi dit: la présente loi ne pourra pas être modifiée (sur tel point) par une autre loi, et que le législateur fasse néanmoins une loi de modification, cela montrera simplement qu'il s'est ravisé; on ne saurait lui contester ce droit sans mettre en cause, au nom d'une simple loi, une compétence qu'il tient de la constitution. Nous serions peut-être moins catégorique pour les mandats positifs. Si la loi dit: une autre loi fera ceci ou cela, avec des indications précises sur ce qui devra être fait, et qu'ensuite le législateur, par négligence plutôt que par volonté, omette de faire la loi complémentaire, on peut alors concevoir que l'autorité d'application cherche à exécuter elle-même le mandat.

50. Les constatations que nous avons faites au sujet des lois peuvent, maintenant, être transposées à la constitution elle-même. Peut-il y avoir, à l'intérieur de la constitution, une hiérarchie formelle? La réponse est évidemment oui. Et peut-il y avoir une hiérarchie matérielle? Le point est plus difficile à trancher.

51. Tout d'abord, sur la question de la hiérarchie formelle. On peut très bien imaginer que le constituant établisse aussi diverses procédures de revision, de difficulté graduée. Par exemple, une procédure principale, qui requiert un vote du Parlement à la majorité qualifiée; et, au-dessus, pour certaines règles particulières, une autre procédure, qui ajoute à cette condition l'exigence d'un référendum populaire ou, dans les Etats fédéraux, celle d'une ratification par les Etats qui les composent. Avec la conséquence que les règles adoptées selon la procédure principale doivent être conformes à celles qui se revisent selon la procédure particulière. Une telle figure est assurément assez rare; on en trouve pourtant des illustrations[66].

52. Quant à l'autre question, celle de la hiérarchie matérielle, une fois qu'on l'a dégagée de tous les problèmes d'interprétation qui l'entourent et parfois l'obscurcissent, elle se ramène évidemment au point de savoir s'il y a, dans la constitution, des règles opposables à toute revision, c'est-à-dire qui non seulement ne peuvent pas être elles-mêmes abrogées ou altérées, mais encore empêchent l'adoption d'autres textes qui ne s'accorderaient pas avec elles. Nous rencontrons ainsi l'un des thèmes

66 Voir les art.38 à 49 de la loi constitutionnelle canadienne de 1982, elle-même Annexe B de la loi (britannique) de 1982 sur le Canada; ces dispositions sont reproduites dans le JBöRG, vol.32, 1983, p.636-637 et 643-644. Cf. encore Peter W. Hogg, Constitutional Law of Canada, 2ème éd., Toronto, 1985, p.56-70; André Tremblay, Précis de droit constitutionnel, Montréal, 1982, p.25-28.

majeurs du droit des constitutions, qui est celui des limites matérielles autonomes qu'elles peuvent fixer à leur propre revision[67]. Nous n'avons pas l'intention de le traiter ici, mais nous aimerions toutefois, en passant, le réduire à sa juste dimension: l'origine concrète du débat est *toujours* une divergence de vues entre deux autorités, celle qui est compétente pour reviser la constitution et celle qui serait compétente, à supposer qu'on les admette, pour dire où passent les limites matérielles; et la portée pratique de la reconnaissance de telles limites revient *toujours* à préférer l'opinion de la seconde autorité à la volonté de la première. Dans ces circonstances, on comprend que l'issue de la discussion pourrait bien dépendre des autorités en présence; et qu'elle ne sera pas nécessairement la même si un tribunal affronte un Parlement[68] ou si un tribunal ou un Parlement affronte le peuple[69].

53. Avant de clore ce paragraphe sur la primauté des constitutions formelles, nous jetterons encore un regard sur le système adopté par la Grande-Bretagne. Nous sommes ici en présence de l'un des rares Etats du globe qui n'ait pas voulu revêtir ses institutions d'une forme écrite supérieure à celle des lois. Ce cas très particulier mérite qu'on s'y arrête un instant[70].

– On commencera par se demander s'il n'y a vraiment là-bas, comme le veut la théorie, aucune loi écrite supérieure aux autres, aucune loi qu'une autre loi ne puisse modifier ou abroger. Et on éprouvera quelques doutes en pensant aux traités d'où le Royaume-Uni tire son existence, plus spécialement au traité d'Union passé, en 1707, entre l'Angleterre et l'Ecosse[71]. Est-ce que le Parlement de Westminster pourrait véritablement supprimer toutes les clauses de sauvegarde qui s'y trouvent, étendre par exemple l'anglicanisme aux Ecossais?

67 Voir déjà l'"Agreement of the people", cité au no 15, où une distinction était faite, à la fin de la dixième et dernière section, entre les dispositions "fondamentales" de l'Accord, qui étaient énumérées et déclarées intangibles, et celles qui étaient simplement "utiles", et qu'on pouvait changer; cf. Gardiner, (cité à la note 27), p.371.

68 C'est le cas en Allemagne; cf. l'art.79 III de la Loi fondamentale. Pour un exemple où les juges ont dû dire si une phrase ajoutée en 1968 à l'art.10 II de la Loi fondamentale et concernant la procédure des écoutes téléphoniques était elle-même compatible avec certains grands principes de la même Loi fondamentale, voir BVerfGE 30 1, du 15 décembre 1970. La compatibilité a été affirmée par cinq voix contre trois (l'opinion de la minorité est reproduite aux p. 33 et ss du volume).

69 Rappelons que le Conseil constitutionnel français ne s'est pas reconnu le droit d'affronter le peuple: décision du 6 novembre 1962 (concernant l'usage problématique du référendum présidentiel pour reviser la constitution); voir L. Favoreu/L. Philip (cité à la note 65), p.170. — En droit fédéral suisse, la question revient *pratiquement* à demander si l'Assemblée fédérale peut soustraire une initiative populaire au vote du peuple et des cantons.

70 Nous n'examinerons pas ici la question de la nature de la règle qui fonde la "souveraineté" du Parlement britannique, savoir si le Parlement peut la changer (voir le no 86). Pas davantage la question du rapport entre le droit britannique et le droit des Communautés européennes (voir le no 95).

71 Ces doutes sont très clairement exprimés dans un arrêt d'une cour supérieure écossaise, de 1953, *MacCormick v. The Lord Advocate*; mais la cour a estimé que

– En admettant qu'il faille s'en tenir à l'idée de la souveraineté du Parlement, on constatera que ce Parlement s'impose une extrême retenue à l'égard de certaines lois particulièrement vénérables; qu'il est peu probable qu'il porte, par exemple, une main sacrilège sur les règles essentielles du Bill of Rights ou, comme on vient de le suggérer, sur celles du traité d'Union; qu'on peut voir, dans cette retenue, au moins une sorte de "pratique constitutionnelle"[72].

– On rappellera aussi qu'à certaines époques de l'histoire d'Angleterre, les juges n'ont pas hésité à refuser d'appliquer des lois qui leur paraissaient contraires à des principes juridiques supérieurs non écrits, pratiquant ainsi une manière d'agir comparable à un contrôle de constitutionnalité[73].

– Enfin, on relèvera qu'il y a des façons d'interpréter les lois, contre leur texte strict, à la lumière de principes supérieurs, qui se rapprochent aussi beaucoup des méthodes de la juridiction constitutionnelle[74].

c) Finalité de la constitution formelle.

54. De ce que les Etats ne sont pas tous dotés d'une constitution formelle, il résulte que la décision d'en avoir une repose sur un choix politique. Ce choix appartient aux organes qui, dans l'Etat, auraient le titre politique le plus fort à faire une telle constitution. A l'époque contemporaine, il ne peut s'agir que du corps des citoyens ou de l'assemblée qui le représente. Comme il y a un choix à faire, on peut supposer qu'il se fera selon une certaine rationalité. Sans doute beaucoup d'Etats ont-ils adopté une constitution formelle par simple imitation de ce qui se faisait ailleurs. Mais il faut admettre que les Etats qui leur ont servi de modèle se sont, eux, inspirés d'une argumentation rationnelle. Or cette argumentation ne peut se fonder que sur ce qui caractérise la constitution formelle, qui est la difficulté qu'il y a à la reviser. En d'autres termes, s'ils ont choisi d'avoir une constitution formelle, c'est qu'ils ont estimé qu'il était utile de donner

les tribunaux n'étaient pas compétents pour juger du cas d'espèce. Voir O. Hood Phillip/Paul Jackson, Leading Cases in Constitutional and Administrative Law, 6ème éd., Londres, 1988, p.32.

72 Au sens qui a été vu précédemment; cf. la note 44.

73 Voir, par exemple, un arrêt *Dr Bonham v. Royal College of Physicians of London*, 1610, où le juge Edward Coke a opposé à deux lois, de 1525 et 1553, qui donnaient au Collège le pouvoir d'infliger des amendes aux médecins dissidents, le principe "nul ne peut être juge dans sa propre cause". Sur cet arrêt, cf. Mauro Cappelletti, Le pouvoir des juges, traduction René David, Aix-en-Provence, 1990, p.190-191 et la note 38; Rudolf Vollmer, Die Idee der materiellen Gesetzeskontrolle in der englischen Rechtsprechung, Bonn, 1969.

74 Voir *Anisminic Ltd v. Foreign Compensation Commission*, 1969 (Chambre des Lords), où un recours a été reçu contre une décision qu'une loi déclarait définitive; O.Hood Phillip/ P.Jackson (cité à la note 71), p.389.

à certaines règles juridiques une stabilité supérieure à celle des lois ordinaires et de leur assurer ainsi une plus longue durée[75].

55. A vrai dire, cette stabilité est une notion relative. Tout d'abord, on l'imagine aisément, la difficulté qu'il y a à faire la revision[76] varie selon les règles qui ont été adoptées à ce sujet, en particulier celles qui se rapportent aux majorités nécessaires. Mais encore, et ceci est peut-être plus intéressant, la facilité ou la difficulté d'une revision ne dépend pas seulement de dispositions juridiques; elle peut aussi résulter de circonstances étrangères au droit, telles que les habitudes politiques ou la conjoncture historique. Il y a donc lieu de distinguer deux échelles de valeurs, celle du fait et celle du droit, la première étant, en fin de compte, plus importante que la seconde. Voici quelques exemples pour illustrer cette dualité:

– La Constitution des Etats-Unis est, juridiquement, difficile à reviser et les revisions ont été effectivement très rares: dix-sept en deux cents ans[77]. Cela fait que ce document est devenu, au sens plein du terme, un monument; mais cela fait aussi que, la vie sociale s'accommodant mal de l'immobilité, l'action des juristes s'est reportée du monument lui-même sur son interprétation.

– La Loi fondamentale allemande est, juridiquement, assez difficile à reviser. Cela ne l'a pas empêchée de subir trente-quatre revisions en un quart de siècle (1951-1976)[78], ce qui s'explique, pour une douzaine d'entre elles, par l'existence d'une coalition gouvernementale entre les grands partis (1966-1969) et, pour les autres, par des arrangements occasionnels, notamment lorsqu'il s'agissait de prendre les dispositions que réclamait le rétablissement de la souveraineté nationale.

– La Constitution française est, juridiquement, assez facile à reviser[79]. C'est presque une tradition chez eux. Mais les Français ont une attitude plutôt méfiante devant les revisions. Depuis qu'un mouvement revisionniste a failli, il y a un peu plus d'un siècle, emporter la République, le monde politique a contracté, à l'égard du mot lui-même, une véritable allergie: entre 1890 et 1940, la procédure n'a été utilisée qu'une fois, sur un point d'ailleurs tout à fait secondaire (cf. no 143), avant qu'une nouvelle revision ne consacre la mort du régime (cf. no 113). La Constitution de la Quatrième République n'a de même été revisée qu'une fois avant les événements qui ont précipité sa fin. Quant à la Cinquième République, pourtant plus sûre d'elle-même, elle n'a fait, en trente-deux ans, que cinq revisions, dont deux seulement ont eu des conséquences notables[80].

– La Constitution fédérale suisse, enfin, est de revision facile à la fois en fait et en droit. Elle a connu environ cent vingt modifications en cent vingt ans, dont plus de vingt au cours des dix dernières années. Sans doute les arrêtés de revision demeurent-ils beaucoup moins

75 C'est le lieu de rappeler que les mots "Etat", "constitution" et "stabilité" ont une racine commune.

76 Dans les développements suivants, la revision dont il s'agit est évidemment la revision partielle: c'est elle, en effet, et non la revision totale, qui caractérise pratiquement la primauté de la constitution formelle.

77 Il y a eu vingt-six amendements. Les dix premiers ont été adoptés ensemble (cf. no 77); les seize suivants séparément.

78 Depuis quinze ans, il est vrai, la fièvre est tombée (deux revisions seulement).

79 Surtout quand la droite est majoritaire à l'Assemblée nationale: le Sénat, lui, est toujours à droite.

80 Sur l'élection du Président de la République (1962) et sur la saisine du Conseil constitutionnel (1974).

nombreux que les lois ordinaires: en cela, la notion de stabilité constitutionnelle est vérifiée. Ils sont cependant assez fréquents pour que l'idée que nous avons, chez nous, de la Constitution soit différente de celle qu'on peut en avoir en France ou aux Etats-Unis. En Suisse, la revision constitutionnelle est un mode usuel de l'action politique[81].

56. Mais l'existence d'une constitution formelle a une autre conséquence: la primauté de la constitution sur la loi rend possible le développement d'une juridiction constitutionnelle[82]. Ici non plus, il ne s'agit pas d'une nécessité logique, mais d'un choix politique. De même qu'un Etat peut choisir d'avoir ou de ne pas avoir de constitution formelle, l'Etat qui a décidé d'en avoir une peut encore choisir d'avoir ou de ne pas avoir de juridiction constitutionnelle. L'absence, dans un tel Etat, de juridiction constitutionnelle peut être ressentie comme insatisfaisante, ce n'est pas, pour autant, une absurdité. En revanche, il n'y a guère de place pour une juridiction constitutionnelle dans les Etats qui n'ont pas de constitution formelle. Bien entendu, même dans ces Etats, les juges peuvent contrôler la conformité des lois aux règles d'un droit *extérieur*, tel que le droit international. Mais, s'ils s'avisent de contrôler la conformité des mêmes lois à des règles supérieures du droit *interne*, cela ne peut être qu'à des règles non écrites, ou à des règles écrites dont la supériorité ne se remarque à aucun signe formel; ce qui signifie qu'ils s'arrogent, sans qu'aucun constituant les y ait autorisés, un très grand pouvoir.

57. L'Etat qui, ayant choisi d'avoir une constitution formelle, choisit de surcroît d'avoir une juridiction constitutionnelle prend là une décision qui n'est pas innocente. Avec la constitution formelle, les autorités politiques soumettent leur activité législative ordinaire à des *règles de droit*; avec la juridiction constitutionnelle, elles soumettent leur activité à des règles de droit *telles qu'elles sont comprises par des tribunaux*. La constitution formelle, c'est la politique soumise au droit; la juridiction constitutionnelle, c'est la politique soumise au juge. On peut aimer cela, on peut le craindre, on ne peut pas le tenir pour indifférent.

81 Comme elle l'est aussi dans la plupart des Etats américains (cf. no 144). — C'est le lieu de dire qu'il ne nous semble guère probable que le peuple suisse renonce, au bénéfice d'une nouvelle constitution fédérale, à utiliser la revision partielle de la constitution comme instrument ordinaire de la politique. La revision totale, si elle se fait, n'aura donc vraisemblablement, du point de vue de la forme (clarté, "beauté", etc.), qu'un effet temporaire.

82 Cf. Rainer Wahl, Der Vorrang der Verfassung, Der Staat, 1981, p.485-516, spécialement p.485-487.

d) Présentation des constitutions formelles.

58. Nous avons, en un autre endroit, évalué à environ trois mille le nombre des constitutions qui ont existé, sur le globe terrestre, depuis le temps de Machiavel (cf. no 29). Il s'agissait, dans cette formule, de constitutions entendues au sens matériel. A partir de la fin du dix-huitième siècle, l'habitude s'est prise de fixer les régimes politiques dans des documents écrits et solennels. Presque tous les Etats l'ont fait. Et c'est aussi au cours des deux derniers siècles que les changements de régime se sont multipliés. Cela fait que le nombre des constitutions entendues au sens formel doit être largement supérieur à deux mille.

59. A notre connaissance, aucun éditeur ne s'est jamais hasardé à publier la totalité des constitutions formelles du présent et du passé. Ce serait d'ailleurs une entreprise dont l'utilité scientifique ne justifierait probablement pas la dépense. Personne n'a même essayé de dresser la liste de ces constitutions. Mais il y a eu, de temps en temps, des ouvrages qui présentaient plusieurs constitutions, soit d'un même pays à travers l'histoire, soit de plusieurs pays considérés comme importants ou simplement intéressants[83]. Certaines collections, qui se voulaient plus complètes, sont restées inachevées. Enfin, depuis une vingtaine d'années, nous avons le Blaustein-Flanz.

60. Le Blaustein-Flanz est un ensemble de dix-neuf classeurs intitulé "Constitutions of the Countries of the World" et publié à New York, sous forme de feuilles volantes, à partir de 1971. Il y a deux ou trois mises à jour par année. La série contient les constitutions, actuellement en vigueur, de tous les Etats souverains du globe, en tout 170, rangés par ordre alphabétique[84]. Le premier classeur commence avec l'Afghanistan, le dernier s'achève sur le Zimbabwe. La plupart des constitutions sont données en anglais; quelques-unes le sont dans leur langue originale; chacune est précédée d'une notice historique et accompagnée d'une bibliographie. Les rares Etats qui n'ont pas de constitution formelle sont présentés avec leurs lois politiques les plus significatives. Les constitutions des Etats membres des fédérations ne sont, en revanche, pas reproduites.

83 Voir, par exemple, Amos J. Peaslee, Constitutions of Nations, 4ème éd., 3 vol., 1986; Paolo Biscaretti di Ruffia, Costituzioni straniere contemporanee, 4ème éd., 2 vol., Milan, 1988; Peter Cornelius Mayer-Tasch, Die Verfassungen Europas, 2ème éd., Munich, 1975; Maurice Duverger, Constitutions et documents politiques, 12ème éd., Paris, 1989; Pierre Pactet, Textes de droit constitutionnel, Paris, 1989; Yves Mény, Textes constitutionnels et documents politiques, Paris, 1989. — Sur les recueils de constitutions, voir P. Biscaretti di Ruffia, Introduzione al Diritto costituzionale comparato, 6ème éd., Milan, 1988, p.42-48.

84 Sur la date d'entrée en vigueur de toutes les constitutions actuelles, voir Albert P.Blaustein, The Making of Constitutions, JBöRG, vol.35, 1986, p.699-702.

e) Typologie des constitutions formelles.

61. Devant une telle masse de constitutions, la tentation était grande de les répartir entre diverses catégories. Plusieurs auteurs y sont donc allés de leur "typologie". Pour des constitutions entendues au sens matériel, on peut proposer toute sorte de classements selon leur contenu: régimes pluralistes ou monistes, régimes plus ou moins démocratiques, à pouvoirs plus ou moins séparés, régimes unitaires, plus ou moins décentralisés, ou fédératifs, régimes parlementaires ou présidentiels, etc. Pour des constitutions entendues au sens formel, les typologies les plus intéressantes sont probablement celles qui se rapportent au caractère plus ou moins réel de leur supériorité, c'est-à-dire qui se fonde sur la réponse donnée à la question: pourquoi l'Etat a-t-il une constitution formelle? Voici deux exemples.

62. Au milieu du siècle, le Professeur Loewenstein a présenté une typologie qu'il qualifiait d'"ontologique"[85]. Après avoir consacré une dizaine de lignes à expliquer le sens de l'adjectif, l'auteur proposait une division en trois classes: les constitutions étaient normatives, nominalistes ou sémantiques. Les bonnes constitutions, celles du moins qui méritaient leur nom, appartenaient évidemment à la première classe, c'étaient celles qui contenaient de véritables règles de droit, des règles qui, avec une marge tolérable d'inobservation, étaient appliquées. M. Loewenstein les voyait surtout en Occident. Les constitutions nominalistes formaient une classe un peu bizarre, il s'agissait de textes inspirés de ceux de la première catégorie, mais adoptés par des Etats qui n'avaient pas (encore) la culture politique qu'il faut pour pratiquer vraiment une constitution; formule commode, un peu condescendante aussi, qui devait permettre de réunir sous une même étiquette les constitutions de la plupart des Etats qui accédaient alors à l'indépendance. La troisième classe était un bric-à-brac de fort méchantes constitutions, dont on ne sait pas très bien si le défaut était de n'être qu'une façade ou, au contraire, d'organiser cyniquement une dictature — large catégorie assurément, où Bonaparte voisinait avec Staline et Battista[86]. Tout cela était sans doute un peu sommaire, mais l'entreprise avait le mérite d'inviter les juristes à se défaire d'une conception trop formaliste des textes constitutionnels.

63. Dans les années quatre-vingt, le Professeur Bryde a imaginé un

85 Karl Loewenstein, Verfassungslehre, 3ème éd., Tubingue, 1975, p.151-157 (la première édition date de 1958).

86 Op.cit., p.155-156.

classement plus différencié, fondé sur trois oppositions, qui se rapportent respectivement à l'effectivité, à la pertinence et à la normativité des constitutions[87]. Une constitution est effective quand elle est généralement appliquée (une certaine marge d'inobservation étant, répétons-le, tolérable); elle est "symbolique" quand elle n'est là que pour l'apparence. Elle est pertinente quand elle règle les aspects déterminants d'un régime politique; elle est "rituelle" dans le cas contraire. Elle est normative quand elle exige des acteurs politiques des comportements qui ne vont pas de soi; elle est simplement "descriptive" quand elle se borne à reproduire, par écrit, les pratiques du pouvoir. La combinaison de ces trois oppositions permet de distinguer plusieurs sortes de constitutions. Probablement pas huit, comme le voudrait l'arithmétique, parce qu'il y a des arrangements qui paraissent impossibles (on ne voit pas, par exemple, ce que pourrait être une constitution qui serait à la fois symbolique et descriptive); mais sans doute une demi-douzaine. C'est surtout pour les Etats dictatoriaux que cette typologie marque un progrès sur celle de M. Loewenstein. Soit un dictateur inamovible qui prend appui sur un parti unique. Si la constitution dit qu'il y a un parti unique et un Président nommé à vie, elle est effective, pertinente et descriptive - en un mot "honnête" dans ce qu'elle a de détestable[88]. Si, en revanche, elle parle d'élections et de compétition entre plusieurs partis, elle est assurément normative; mais symbolique s'il n'y a pas d'élections du tout[89] et rituelle s'il y a des élections où le parti du dictateur et le dictateur lui-même ne trouvent pas de compétiteurs ou alors des adversaires si faibles qu'ils les écrasent[90]. On admettra qu'une constitution pourrait aussi, selon les chapitres, appartenir à deux ou à

87 Brun-Otto Bryde, Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden, 1982, p.27-41. Les oppositions sont "normative und symbolische", "relevante und ritualistische", "anspruchsvolle und deskriptive Verfassungen". Nous traduisons "normativ" par effectif et "anspruchsvoll" par normatif.

88 Extrait de la Constitution du Zaïre (version mise à jour en 1988):
"Art.32: En République du Zaïre, il n'existe qu'une seule institution, le Mouvement populaire de la Révolution.
Art.33: Le MPR est la Nation Zaïroise organisée politiquement. Sa doctrine est le mobutisme. Tout Zaïrois est membre du MPR."
Cf. JBöRG, vol.38, 1989, p.555. Voir Wilfried Rather, Die Verfassungsentwicklung und Verfassungswirklichkeit Zaïres (1960-1989), ibid., p.525-563.

89 Pour cause d'état d'urgence, d'état de nécessité, etc.

90 Extrait de la Constitution de l'ancienne République démocratique allemande, de 1974:
"Art.54. La Chambre du Peuple est composée de 500 députés, élus pour cinq ans au suffrage direct, libre, universel, égal et secret."

plusieurs catégories: elle pourrait être, par exemple, effective pour les règles qui concernent l'organisation, mais symbolique pour celles qui prétendent protéger les droits fondamentaux, ou l'inverse.

64. Nous ne nous hasarderons pas à inventer à notre tour une nouvelle classification. C'est un genre difficile et il nous semble que celles qui ont été présentées au cours du vingtième siècle sont assez nombreuses et variées pour satisfaire les esprits les plus exigeants. Il y a toutefois une division sur laquelle nous aimerions insister et qui déterminera la suite de cet exposé: c'est la division entre les constitutions des régimes politiques *pluralistes* et celles des régimes politiques qui ne le sont pas. Nous considérons comme pluraliste le régime politique d'un Etat où les partisans de programmes politiques différents peuvent s'affronter librement et pacifiquement avec une espérance raisonnable de succès. C'est, on s'en doute, dans les régimes pluralistes que les constitutions ont la signification juridique la plus élevée, c'est là qu'elles ont, pour reprendre les termes de M. Bryde, le plus de chance d'être effectives, pertinentes et normatives. Cela ne veut pas dire que les constitutions des régimes monistes soient dénuées d'intérêt. Mais elles en présentent surtout pour les historiens, les politologues, ou les spécialistes de l'ethnologie ou de la sémiologie. Elles en ont moins pour les juristes. Car, si elles traduisent exactement la réalité, elles seront probablement frustes (il y a un chef, ou un petit groupe, qui peut décider de tout); et, si elles sont subtiles et nuancées, elles risquent fort de n'avoir que la valeur d'un symbole ou d'un rite.

65. Les constitutions dont il sera traité dans le reste de l'exposé sont donc les constitutions des régimes pluralistes. Et ce sont les constitutions prises dans leur sens formel. C'est normal, si l'on se rappelle la question que nous nous sommes posée au commencement de ce rapport: à quoi sert une constitution? Appliquée à une constitution matérielle, la question n'aurait évidemment aucun sens. Puisque tous les Etats ont une constitution matérielle, il serait vain de se demander pourquoi ils en ont une. On examinerait plutôt si elle est respectée, si elle est bonne ou mauvaise, s'il y a lieu de l'améliorer et si c'est facile de le faire. C'est de la constitution formelle qu'on peut chercher à savoir s'il est bon d'en avoir une et ce qu'il convient qu'on y mette.

B. De la constitution dans les régimes politiques pluralistes.

1. Du pluralisme politique.

66. Nous l'avons défini tout à l'heure comme la marque d'un régime où les partisans de programmes politiques différents peuvent s'affronter avec une espérance raisonnable de succès. Ces partisans qui s'affrontent font inévitablement penser aux adeptes de *partis* politiques. Et c'est bien ainsi qu'il faut en général le comprendre: le régime est pluraliste quand il admet la compétition de plusieurs partis. Cette idée de partis s'impose d'ailleurs aussi en considération de l'objet même de la compétition. Il s'agit de *programmes*, donc d'action et finalement de pouvoir: le pluralisme n'est pas réalisé du seul fait que le régime autoriserait des divergences de vues de caractère purement spéculatif; la liberté politique réclame davantage que le libre débat des philosophes — encore que l'histoire moderne nous ait appris que celui-ci n'est souvent que le précurseur de celle-là. Ajoutons que les programmes doivent être réellement différents; il n'y a évidemment pas de pluralisme si les partis en présence disent tous à peu près la même chose. Il n'est toutefois pas nécessaire que cette différence soit une pure antinomie, que les partis extrêmes soient diamétralement opposés. Il peut très bien y avoir, dans une société donnée, des points sur lesquels tout le monde est d'accord. Enfin, ce qui fait le véritable pluralisme, c'est que le même parti ou le même groupe de partis ne soit pas assuré de l'emporter, à long terme, dans toutes les compétitions; ou, du moins, qu'à défaut d'alternance le parti dominant trouve en face de lui des partis (minoritaires) assez forts pour l'obliger à introduire dans son action politique des éléments importants de leurs programmes.

67. Le pluralisme, c'est donc, normalement, une pluralité de partis qui ont une vocation à faire ou à influencer la politique du pays. Il suffirait même d'une dualité. Pour qui se rappelle que la question est de savoir dans quelles circonstances une constitution prend toute sa signification juridique, il apparaît en effet clairement que les mécanismes constitutionnels les plus subtils s'accommodent fort bien de la pratique du bipartisme. — Ainsi compris, on peut dire qu'aujourd'hui plus de la moitié des Etats de la planète connaissent le pluralisme.

68. Il ne faut d'ailleurs pas s'arrêter aux mots: même un parti unique ne serait pas nécessairement incompatible avec l'idée de pluralisme, s'il était composé de tendances ou de courants différents qui auraient chacun la possibilité de se faire entendre et des chances sérieuses de gagner la direction du parti. La conséquence serait qu'alors les dispositions constitutionnelles relatives aux élections générales perdraient leur "pertinence" au profit des règles sur l'organisation intérieure du parti, qui pourraient instituer des élections (primaires)

véritablement disputées[91]. Il est vrai que cette vue optimiste ne correspond guère à la réalité. Dans la plupart des partis uniques, il y a une petite clique qui étouffe les manifestations d'indépendance. Mais c'est l'existence de cette clique, davantage que le caractère unique du parti, qui tue le pluralisme.

69. On peut aussi concevoir qu'un parti dominant impose sa volonté à l'ensemble d'une nation, mais qu'un autre parti soit majoritaire dans certaines régions du pays. S'il y a, entre la nation et les régions, un partage de compétences de type fédératif et que ce partage soit strictement respecté, il pourrait s'ensuivre que, dans les affaires qui sont du ressort des autorités régionales, la politique qui y est pratiquée oppose un réel contrepoids à la politique nationale. Mais, ici encore, il est peu vraisemblable que le parti national accepte de jouer longtemps le jeu d'un vrai fédéralisme.

70. Enfin, il faut bien admettre qu'une distinction comme celle du pluralisme et du monisme, de même que toutes celles qui sont à la base des typologies, indique des gradations entre deux pôles davantage qu'une opposition tranchée. Nous voulons suggérer, par là, que même un régime moniste pourrait montrer un certain respect pour certaines parties de sa constitution: il n'est notamment pas inimaginable qu'un homme fort, qui fait litière des règles sur les élections et sur la séparation des pouvoirs, s'incline devant les arrêts des tribunaux qui protègent les droits fondamentaux de la population. Ce que nous devrions dire, en conséquence, c'est que la signification juridique des constitutions est *d'autant plus grande* que les Etats dans lesquels elles s'appliquent observent le pluralisme.

2. *Des conditions du pluralisme politique.*

a) Des conditions non juridiques.

71. Si l'on tient compte de la diversité des opinions politiques et du désir, probablement naturel, des hommes à voir leurs opinions politiques prises en considération, on devrait plutôt se demander pourquoi certains régimes ne sont *pas* pluralistes, pourquoi certaines sociétés acceptent de se soumettre à la volonté politique d'un seul homme ou d'un seul parti. Cette question légitime a reçu plusieurs réponses, dont un juriste est bien en peine de dire si elles sont fondées. Voici tout de même ce qu'on entend dire parfois:

– Il y a l'explication psychologique. S'il est dans la nature de l'homme de souhaiter d'être libre et reconnu, il est peut-être aussi dans sa nature, c'est-à-dire dans une autre partie de sa nature (qui doit être fort complexe), d'avoir un chef, de lui obéir, de le suivre, aussi longtemps du moins que la politique du chef assure au groupe la richesse et la gloire.

91 Il y aurait une compétition, dans le parti, pour savoir qui sera candidat. Le candidat une fois désigné serait sûr de l'emporter ensuite dans l'élection "proprement dite". On peut aussi imaginer que le parti présente directement à l'élection plus de candidats qu'il n'y a de sièges à repourvoir.

– Il y a l'explication physique, quasi pathologique. La population n'a pas réclamé de chef, mais une personne s'est découvert une âme de chef et, entourée de quelques fidèles et secondée par une bonne police, elle l'a fait sentir à la population.

– Il y a l'explication culturelle. Pour fonctionner, la liberté politique, la démocratie, la séparation des pouvoirs, les droits fondamentaux supposent que soit répandue dans la population une certaine tournure d'esprit qui n'est probablement pas innée et qui s'acquiert plutôt par l'effet de l'expérience; cette tournure s'appelle la tolérance. Il faut accepter que l'autre pense autrement que vous; il faut même accepter qu'il puisse avoir raison contre vous. Celui qui est convaincu de détenir la vérité et de la détenir exclusivement n'a aucune raison de ménager ses adversaires. Il n'a que faire de la séparation des pouvoirs, la dignité humaine n'a pas grand sens pour lui. Les choses se présentent encore plus mal si celui qui a la vérité la tient directement de Dieu.

– Il y a l'explication économique. Les principes constitutionnels conviennent bien aux sociétés qui sont sorties de la misère, en particulier à celles qui sont dotées d'une solide classe moyenne de gens intéressés à la manière dont les affaires publiques sont conduites. Au-dessous d'un certain seuil de pauvreté, ces principes sont des objets de luxe, qui ne rencontrent que l'indifférence ou dont l'emploi par des mains inexpertes risque de causer plus de mal que de bien.

– Il y a enfin l'explication qu'on pourrait, assez paradoxalement, qualifier de nationaliste. Dans certains Etats, le chef du parti unique motive en effet son souci d'unité par la crainte de voir éclater le pays si tous les habitants pouvaient voter comme il leur plaisait. Ici, le pluralisme est associé au tribalisme[92], le tribalisme à la désagrégation de la nation.

72. Que répliquer à tout cela? Rien, sans doute, sur les deux premiers points. L'hypertrophie de l'instinct grégaire, l'amour irrefréné du guide sont évidemment inconciliables avec l'esprit d'une constitution. Si une population ne connaît pas de sort plus enviable que de marcher derrière un chef, Locke, Montesquieu et les autres n'ont rien à voir dans cet exercice collectif. Quant à l'oppression d'un peuple par un dictateur et ses séides, c'est une tragédie à laquelle seule la communauté internationale pourrait mettre un terme. Restent les trois dernières explications, qui sont, on l'a senti, autant d'essais de justification.

73. L'explication culturelle a ceci de très plausible que, pour prospérer, un droit politique a besoin, davantage qu'un droit plus technique, d'un terrain qui lui soit favorable et que le transfert d'une constitution dans un environnement intellectuel et moral étranger est une opération assez peu prometteuse. Il est certain qu'il y a, de temps en temps et en divers points

92 Le tribalisme est évidemment donné ici pour un phénomène plus général, qui comprend tous les mouvements séparatistes, quel qu'en soit le principe.

du globe, des sociétés éprises d'absolu, c'est là une donnée de l'histoire contre laquelle il n'y a rien à faire. Tout ce qu'on peut souhaiter, pour ces sociétés-là, c'est que l'idée s'y développe, comme jadis dans les royaumes européens, de l'existence de deux cités, l'une spirituelle, l'autre temporelle, et que la cité temporelle soit progressivement libérée du principe d'unité qui semble devoir dominer dans l'autre.

74. L'explication économique est un peu courte. On peut bien répéter que les populations qui vivent dans la pénurie ont des soucis plus pressants que la discussion politique. Mais cela est vrai aussi de gens plus fortunés: les citoyens des pays industrialisés placent en général leurs affaires privées bien avant celles de l'Etat. En outre, pour le dire dans un langage mesuré, on n'a pas constaté que les dictatures aient été, à long terme, plus profitables à leurs peuples que n'auraient pu l'être des régimes moins autoritaires. Enfin, même si l'on pouvait démontrer qu'un pouvoir politique concentré était nécessaire pour prévenir des désordres, s'il était donc établi que les règles d'organisation du constitutionnalisme occidental sont mal adaptées à des situations d'extrême pauvreté, il n'y a aucune raison de penser qu'il doit en aller de même de l'autre volet traditionnel de ce constitutionnalisme, qui est la garantie de certains droits fondamentaux: on ne voit pas, en effet, pourquoi des populations privées de nourriture devraient être, de surcroît, juridiquement privées de liberté.

75. L'explication nationaliste est peut-être de toutes la plus facile à comprendre. Il s'agirait de prévenir, par une forte centralisation, d'innombrables mouvements centrifuges. Mais justement, si c'est de cela qu'il s'agit, on pourrait penser qu'une structure étroitement unitaire, ouvertement antifédéraliste ("jacobine"), suffirait à maintenir ensemble les différentes parties de l'Etat[93]. Est-il en outre nécessaire que le centralisme se confonde avec la dictature, est-il inconcevable que l'autorité centrale soit elle-même l'objet d'un concours, faut-il qu'elle soit abandonnée tout entière aux mains d'un chef unique et inamovible? Il est vrai que, près de chez nous, la France a subi Robespierre et les Bonaparte. Mais les trois expériences ont mal fini et leur échec même montre assez que l'idée de la nation ne réclame pas le sacrifice de la liberté. D'ailleurs, cette France moderne dont nous parlons a vécu deux cents ans de centralisation et moins de quarante ans d'absence de pluralisme (en y comptant encore le temps, tout à fait anormal et par conséquent peu significatif, de la seconde guerre mondiale): autre preuve que le souci d'unité ne justifie pas la dictature. Et puis tout le problème devrait être repris à la base: à supposer qu'une nation ne soit qu'une somme de tribus qui se détestent, on peut se demander si, passé un certain degré de haine, une telle "nation" a encore sa raison d'être. Là est le côté un peu paradoxal de l'argument. Sans doute n'est-il pas question que les autorités d'un Etat plient devant le premier mouvement de sécession, sinon le monde entier tomberait dans une agitation permanente. Mais, quand des signes répétés montrent que les diverses parties d'un pays ne désirent pas poursuivre la vie commune, est-il juste, est-il même utile de les contraindre à vivre ensemble?

93 On peut d'ailleurs aussi se demander si, à l'opposé, une politique délibérément fédéraliste ne serait pas la plus propre à satisfaire les mouvements centrifuges sans mettre en péril l'existence de l'Etat.

b) Des conditions juridiques.

76. Si les conditions non juridiques du pluralisme: un fond culturel de tolérance, une certaine prospérité économique, un lien national solide etc., sont toutes plus ou moins contestables, on voit bien, en revanche, quelles sont les règles de droit qui sont nécessaires pour permettre une véritable compétition politique. Ce sont celles qui protègent les droits fondamentaux, celles qui divisent le pouvoir, celles aussi qui assurent le respect des minorités.

1) La protection des droits fondamentaux.

77. La première condition, la plus importante, presque suffisante à elle seule, c'est la liberté des acteurs politiques, qui les affranchit de la crainte et qui donne à chacun d'eux un espoir raisonnable de voir triompher ses idées. C'est donc d'abord ce que nous appelons aujourd'hui la liberté personnelle ou individuelle, et principalement cette partie essentielle de la liberté personnelle que les Anglais ont cherché de longue date à garantir par l'"habeas corpus" et que les Français de l'âge classique nommaient la "sûreté" — la certitude de n'être pas arbitrairement jeté en prison parce qu'on a déplu au détenteur actuel du pouvoir. C'est ensuite la liberté d'expression, le droit de manifester ses convictions, dans l'ordre de la cité temporelle, mais aussi dans les choses de la foi (où l'intolérance est particulièrement redoutable). La nécessité de ces deux libertés est évidente. Celle des libertés économiques, liberté d'entreprendre, propriété, l'est peut-être un peu moins. On pourrait, très théoriquement, imaginer une compétition politique dans un système d'économie collective. Mais les expériences faites jusqu'ici n'ont pas donné de bons résultats. Ce qui fait qu'il est prudent de ne pas marquer de différence de principe entre des libertés qu'on qualifierait de spirituelles et d'autres qu'on tiendrait pour simplement matérielles. Seules les restrictions qu'il est permis d'apporter aux diverses libertés pourraient n'être pas les mêmes dans l'une et dans l'autre des deux catégories.

78. A la protection des libertés, il y a lieu d'ajouter, pour assurer la loyauté de la compétition politique, la garantie de l'égalité. L'idée de l'égalité a conduit au suffrage universel et à la démocratie, ce qui n'est déjà pas mal du tout. Et pourtant, cette question d'égalité ne peut recevoir qu'une réponse incomplète: l'égalité juridique protège les citoyens devant les autorités, rarement dans leurs rapports avec les autres citoyens — alors que la liberté juridique peut être opposée aux autres citoyens aussi bien qu'aux autorités. Cette dissymétrie, qui résulte de l'idée même de la

liberté[94], a pour conséquence que l'égalité juridique n'assure nullement l'égalité sociale et financière et que la compétition politique risque d'être faussée par la disparité des moyens engagés.

2) La division des pouvoirs.

79. La deuxième condition juridique du pluralisme est la division des pouvoirs. Si, en effet, tous les pouvoirs étaient concentrés dans une seule autorité, la liberté politique aurait bien un sens au moment où cette autorité est élue, mais elle serait ensuite mise en veilleuse jusqu'à l'élection suivante[95]. Bien entendu, dans l'intervalle, la critique, de la presse par exemple, demeurerait possible, mais, pour ce qui est des actes de l'Etat, ils seraient, pendant plusieurs années, le fait d'une même majorité toute puissante. C'est dire que le pluralisme produira des effets plus constants si les pouvoirs sont partagés entre plusieurs autorités, élues ou nommées selon des modes différents, ou à des moments différents, ou à des niveaux différents. Or les procédés de partage ne manquent pas: garantie de l'indépendance des tribunaux, distinction entre un Parlement et un Gouvernement, division du Parlement en deux chambres, référendum populaire, fédéralisme, régionalisme, attribution de compétences aux municipalités. Tous ces procédés ont pour dénominateur commun d'augmenter les chances d'efficacité du pluralisme. Pour ne donner qu'un exemple: un Gouvernement libéral nomme des juges libéraux pour une longue durée; les élections politiques suivantes remplacent le Gouvernement libéral par un Gouvernement conservateur; mais ce Gouvernement conservateur trouve en face de lui un tribunal libéral.

94 En ce sens que l'égalité imposée aux citoyens dans leurs rapports avec leurs semblables porterait à leur liberté une atteinte qui, sauf circonstances particulières, est considérée comme excessive: chacun, par exemple, est libre de soutenir le parti de son choix. Il ne reste plus dès lors au législateur qu'à essayer de limiter le montant des libéralités individuelles ou à subventionner lui-même les partis; mais il n'y a pas de solution qui n'ait ses inconvénients; cf., par exemple, B. Weber-Dürler, Chancengleichheit und Rechtsgleichheit, Mélanges U.Häfelin, Zurich, 1989, p.205-222, spécialement p.219-220.

95 Selon la célèbre formule: "Le peuple anglais 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", J.J.Rousseau, Du contrat social, livre III, chapitre XV. L'exemple est, à vrai dire, un peu forcé. A cette époque, les Anglais *qui avaient le droit de vote* étaient probablement plus libres que ne le voulait l'auteur.

3) Le respect des minorités.

80. A ces deux conditions généralement incontestées, nous croyons devoir en ajouter une autre, plus floue, moins définissable, qui se rapporte aux minorités. Non pas aux fortes minorités, qui sont les majorités du lendemain, celles-là sont de toute façon prises en considération, il suffit d'ailleurs d'un léger changement dans l'opinion publique pour les porter au pouvoir. Nous pensons ici aux minorités vraiment faibles, à celles qui n'ont, à vues humaines, aucun espoir de jamais triompher, celles qui sont condamnées à rester des minorités. Elles sont évidemment au bénéfice des droits fondamentaux, leurs porte-parole s'expriment librement, ils ne craignent pas la prison; mais nous ne sommes pas sûr que cela soit tout à fait suffisant. On les laisse parler sans les entendre. Ou bien on les entend sans les écouter. En fin de compte, leurs demandes sont systématiquement écartées, leurs opinions constamment écrasées. Le pluralisme nous semble plus riche, plus complet, là où des mécanismes sont mis en place qui intègrent dans la formation des décisions aussi les avis les plus marginaux. On peut voir de tels mécanismes dans la faculté d'initiative populaire ou dans certaines procédures de consultation. Mais, à vrai dire, plus encore qu'une réglementation juridique, c'est une disposition d'esprit qu'il faudrait développer ici.

3. Du rapport entre le pluralisme et la constitution.

81. Il ressort d'autres paragraphes du présent exposé que ce rapport est celui d'une action et d'une réaction. La constitution a besoin du pluralisme pour produire tous ses effets; mais, en retour, le pluralisme a besoin de la constitution, prise dans son sens formel, pour se protéger de certains risques d'altération qui le menacent.

a) Le pluralisme vivifie la constitution.

82. Ici, la démonstration peut être très courte, tellement la proposition va de soi. A quoi sert-il d'organiser des élections, s'il n'y a qu'un seul parti, au demeurant homogène, et un seul candidat par siège? A quoi sert-il de prescrire des majorité différentes, simples ou qualifiées, si le Parlement est toujours unanime? A quoi bon les référendums, si la population est embrigadée? A quoi bon le fédéralisme, si tous les législateurs, celui de l'Etat central et ceux des Etats fédérés, disent exactement la même chose, qui est la volonté du parti? A quoi bon la liberté, s'il n'est pas permis d'en

user contre le sentiment du parti et si les tribunaux sont au service du pouvoir? Inutile d'allonger la liste: la constitution serait réduite à n'être qu'un chiffon de papier (chiffon "symbolique" ou chiffon "rituel", ici le point n'a guère d'importance), si les procédures et les garanties qu'elle prévoit n'étaient pas vivifiées par la pratique d'un véritable pluralisme.

b) La constitution fortifie le pluralisme.

83. Ce qui vient d'être dit valait pour toutes les constitutions, quelle qu'en soit la forme. Ce qui suit, en revanche, ne s'applique pleinement qu'aux constitutions formelles. Ce sont les constitutions qui donnent les conditions juridiques du pluralisme, mais ce sont les constitutions *formelles* qui en garantissent le mieux l'existence. Ceci se vérifie aussi bien pour la protection des droits fondamentaux que pour la division des pouvoirs.

84. Si, dans un pays, les droits fondamentaux sont consacrés par la coutume ou par la législation ordinaire et si, dans ce pays, la loi ordinaire est considérée comme la forme supérieure du droit, le risque ne peut pas être entièrement écarté qu'une loi nouvelle ne vienne — dans la mesure du moins où le droit international n'a pas de règle qui l'empêche — abolir ce que la coutume ou la loi plus ancienne avait établi. Bien sûr, il est peu probable que le Parlement britannique supprime l'habeas corpus, mais cette assurance qu'il ne le fera pas vient davantage de ce que nous savons du sens moral de ce Parlement que d'une argumentation juridique. Ou alors il nous faut recourir à d'hypothétiques principes qui ne sont écrits nulle part. Il est beaucoup plus simple de les écrire dans une constitution.

85. Que l'adoption d'une constitution formelle soit la manière la plus commode de protéger les droits fondamentaux, c'est ce que prouve abondamment l'histoire des Etats-Unis. Non seulement la plupart des colonies libérées ont choisi cette voie-là, qui était pourtant nouvelle à l'époque, mais l'absence de telles garanties dans la Constitution de l'Union a été ressentie par plusieurs comme une impardonnable lacune, bientôt comblée d'ailleurs par l'adjonction du Bill of Rights fédéral de 1791. Ce qui s'est passé en France en 1789 est également révélateur. La Déclaration est essentiellement un hymne à la volonté générale, incorporée dans la loi. Mais les constituants ont pris bien soin de dire que le législateur, quelque confiance qu'on pût avoir dans la sagesse de ses résolutions, ne devait pas franchir certaines limites. "La Loi, était-il écrit, n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société" (art. 5 I).

"Elle doit être la même pour tous" (art. 6 III). "La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires" (art. 8 I), etc. Preuve qu'aux yeux des rédacteurs, si la liberté était bien protégée par la loi, elle l'était encore mieux par une constitution supérieure à la loi[96].

86. L'examen des règles sur la division des pouvoirs nous conduit à une conclusion semblable. Certaines de ces règles trouvent assurément une garantie suffisante dans la forme de la loi: cette forme convient très bien, par exemple, à l'attribution de compétences à des communes. Mais il y a d'autres règles qui perdraient une partie de leur valeur si elles n'étaient pas passées dans une forme supérieure. Ce sont en particulier les règles qui visent le législateur dans ses rapports avec les autres organes de l'Etat. Une loi ordinaire du Parlement qui partagerait les compétences entre le Parlement et le Gouvernement ne donnerait au Gouvernement que des pouvoirs précaires, révocables en tout temps. Une loi du Parlement qui organiserait un référendum sur un sujet déterminé ne confèrerait au peuple que le droit de donner un avis, puisqu'une autre loi du même Parlement pourrait ensuite prévoir le contraire de ce que le peuple a souhaité[97]. On trouve aussi des exemples dans les rapports de type fédératif. Si la forme d'action supérieure, dans un Etat fédéral, est la loi votée par le Parlement fédéral, les compétences des Etats membres ne valent guère mieux que celles d'une municipalité[98]. En résumé: si c'est le Parlement qui est le législateur ordinaire, la position juridique du Gouvernement, celle des

96 Sans que soit préjugée, ici, l'existence d'une juridiction constitutionnelle. Cette juridiction n'a été instituée, en France, que sous la Cinquième République: la première décision judiciaire française qui a censuré une loi au motif qu'elle était contraire à la Déclaration date du 27 décembre 1973.

97 C'est le problème qui s'est posé, en Grande-Bretagne, lorsqu'une loi du 9 mai 1975 a organisé un référendum sur la question du maintien du Royaume dans les Communautés européennes (vote du 5 juin 1975). — Il faut tout de même préciser que la question se présenterait peut-être sous un jour différent si le Parlement législateur décidait, par une loi, d'associer désormais *durablement* un autre organe à la *confection* même des lois. Par exemple en attribuant un droit de veto au Gouvernement ou un droit de référendum au peuple. On voit mal, en effet, que la loi d'attribution puisse ensuite être abrogée sans veto ou sans référendum. Mais il ressort de ces exemples mêmes que l'inscription de tels droits dans une constitution formelle est une solution plus claire.

98 On se rappellera ici que la "déconstitutionnalisation" du partage des compétences entre la Confédération et les cantons a été l'un des points les plus critiqués de l'avant-projet de Constitution fédérale pour la Suisse, de 1977 (art.52 I, cf. FF 1985 III 187, et ci-dessous, note 188).

Etats fédérés, celle même du corps électoral[99] ne sont vraiment solides que lorsqu'elles sont fixées dans une constitution supérieure à la loi.

87. C'est, au fond, cette double relation entre le pluralisme et la constitution, le pluralisme nécessaire à la constitution, la constitution nécessaire au pluralisme, qu'indique l'art. 16, toujours cité, de la Déclaration française de 1789: "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution". Cela veut dire en effet, telle est la première interprétation qui vient à l'esprit, qu'une constitution qui manque à son devoir de garantir la liberté et de séparer les pouvoirs n'est pas une bonne constitution, qu'elle ne mérite pas le nom de constitution: la bonne constitution doit protéger la liberté et diviser les pouvoirs et, par là même, assurer les conditions juridiques du pluralisme. Mais il y a une autre manière de lire la phrase, une manière en quelque sorte à l'envers. Il ne s'agirait pas tellement de dire ce qui doit être, mais ce qui est: à savoir, qu'il ne sert à rien d'écrire une constitution si, dans la société qui doit être constituée, la liberté n'est pas garantie et les pouvoirs ne sont pas partagés. Une telle société, d'où le pluralisme est absent, "n'a point de constitution" parce qu'elle ne *peut* pas en avoir une.

C. De la constitution dans les systèmes politiques complexes.

88. Jusqu'ici, parlant d'Etats, nous avons surtout pensé à des Etats-nations, à la France, à la Grande-Bretagne. Attention, l'Etat-nation n'est pas mort, il est peut-être plus coriace qu'on ne croit. Mais enfin il n'est pas seul au monde. Depuis longtemps, il y a des Etats-nations *composés* d'Etats, c'est-à-dire des Etats fédéraux, mais aussi des Etats divisés en régions, qui en sont comme une forme atténuée. Depuis trente ans, il y a des Etats-nations *groupés*, des communautés supranationales. Ce qui fait qu'il faut compter au moins trois niveaux où le phénomène constitutionnel peut se produire. Au-dessous du niveau des Etats "souverains", des cent soixante-cinq qui forment les Nations Unies et de quelques autres, il y a les Etats membres de fédérations et, dans certains autres Etats, les régions, en tout quelques centaines. Au-dessus du niveau des Etats souverains, il y a, en Europe, une structure nouvelle, qui pourrait un jour susciter des répliques dans d'autres continents. Celui qui s'intéresse aux constitutions doit donc aussi considérer ces deux autres niveaux.

99 A quoi on peut ajouter évidemment la position juridique des *tribunaux*. C'est l'objet d'une controverse intermittente, aux Etats-Unis, de savoir dans quelle mesure le Congrès peut limiter les pouvoirs des juges fédéraux sans violer l'art.III de la Constitution. Cf. A. Auer, The Supreme Law of the Land, Bâle, 1990, p.32-33.

1. Les Etats fédéraux.

89. Sans qu'il soit nécessaire de proposer ici une définition exhaustive du fédéralisme, nous pouvons dire de chaque Etat fédéral qu'il est un Etat composé d'Etats; qu'en d'autres termes, les membres d'un Etat fédéral ont gardé une autonomie suffisante, notamment dans la manière de s'organiser, pour que la qualité d'Etat ne puisse pas leur être contestée. Ils ont en effet une compétence législative, qui peut être assez étendue; c'est à cela qu'on reconnaît le mieux le fédéralisme. Ayant une telle compétence, il s'ensuit qu'ils ont aussi un organe législatif et même une organisation politique développée, avec un Gouvernement et une administration. Il se trouve enfin que, sous réserve de quelques principes communs qu'il leur impose, le droit de l'Etat fédéral les laisse libres d'agencer à leur guise les rapports entre leurs organes. Tout cela fait que chacun des Etats fédérés se donne *sa propre constitution*, entendue au moins au sens matériel du terme. Nous ne nous demanderons pas si, dans des Etats dont la structure est moins décentralisée, les parties peuvent également se donner une constitution. Cela ne se conçoit guère de simples départements, mais cela peut être vrai de certains types de régions[100]. Nous en resterons, pour notre part, au cas des Etats fédéraux.

90. Dans les Etats fédéraux, la forme la plus élevée du droit interne est la constitution fédérale. Cette constitution est en effet toujours, l'expérience le montre et la raison l'explique, une constitution formelle; cf. no 10 e. C'est cette constitution qui reconnaît la qualité d'Etats aux collectivités qui composent l'Etat fédéral, c'est elle qui leur garantit une compétence législative étendue, ainsi qu'une large autonomie dans leur organisation politique. Il en résulte que l'Etat fédéral est supérieur aux Etats fédérés, en ce sens que le droit fédéral, dans la mesure où il est conforme à la constitution fédérale (et au droit international), est supérieur au droit des Etats fédérés. Ce rappel nous permet d'aborder maintenant deux questions relatives aux constitutions de ces Etats.

91. La première question est de savoir si un Etat fédéré est obligé d'adopter une constitution *formelle* ou s'il peut y renoncer et se contenter de "faire l'Anglais". La réponse se trouve dans le droit fédéral, le plus souvent dans la constitution fédérale. La plupart des Etats fédéraux, du

100 Les régions françaises n'ont pas davantage de constitutions que les départements. Les régions italiennes et les communautés espagnoles ont des statuts distincts, qui sont formellement supérieurs aux lois locales ordinaires, mais dont le contenu est presque entièrement défini par le droit national.

moins en Occident, imposent à leurs membres l'adoption d'une constitution formelle. C'est très clair, par exemple, en Autriche[101], c'est probable en Suisse[102] et en Allemagne[103]. Il ne semble pas, en revanche, que la Constitution des Etats-Unis exige cela de ses Etats. Dans un tel cas, c'est-à-dire lorsque le droit fédéral est muet, il appartient naturellement à l'Etat fédéré lui-même de faire le choix. Aux Etats-Unis, tous les Etats ont choisi d'avoir une constitution formelle; mais certains n'en ont adopté une que longtemps après qu'ils avaient adhéré à l'Union (cf. no 16).

92. La deuxième question a pour objet le rapport entre le contenu de la constitution de l'Etat fédéré et le contenu du droit fédéral. Il est facile de répondre ici, en termes généraux, que la constitution de l'Etat fédéré doit être conforme à la constitution fédérale et au reste du droit fédéral, s'il est lui-même valable. Mais le problème a des aspects particuliers, qui ne doivent pas être négligés. Supposons, ce qui est le cas ordinaire, que la constitution de l'Etat fédéré contienne des règles d'organisation, des garanties de droits fondamentaux et quelques autres dispositions matérielles. Les surfaces de friction avec le droit fédéral sont, à vrai dire, peu nombreuses en ce qui concerne les règles d'organisation: il suffit que l'Etat fédéré observe certains principes, tels que la démocratie ou la séparation des pouvoirs, qui admettent d'ailleurs des applications très variées, pour que les conflits soient écartés. En revanche, les risques de collision sont plus grands en ce qui concerne les dispositions matérielles; par exemple, les règles sur les buts ou sur les tâches de l'Etat, ou celles sur la protection des droits fondamentaux, en particulier lorsqu'il y a lieu d'opérer une pesée entre deux de ces droits. Pour être concret, mais sans entrer maintenant dans le détail: la contradiction entre la liberté d'expression d'un groupe de manifestants et la propriété d'un tiers sur le terrain duquel le groupe désire manifester peut-elle être résolue de façon *différente* par la constitution fédérale et par celle d'un Etat fédéré? Le Professeur Auer nous a entretenus récemment, de manière fort intéressante, d'un mouvement jurisprudentiel qui s'est développé aux Etats-Unis depuis les années soixante-dix et qui, parce qu'il cherche à revigorer les constitutions des Etats, a reçu le nom de "nouveau fédéralisme" ou de "fédéralisme judiciaire"[104]. Nous reviendrons sur ce sujet à la fin du présent exposé; cf. nos 227 et ss.

101 Art.99 de la Constitution fédérale.

102 Art.5, 6 et 85 7o et 8o de la Constitution fédérale; cf. no 155.

103 Art.28 de la Loi fondamentale.

104 A. Auer, Le référendum et l'initiative populaires aux Etats-Unis, Bâle, 1989, p.131-134; The Supreme Law of the Land (cité à la note 99), p.33.

2. Les communautés supranationales.

93. Vers le milieu du vingtième siècle, quelques Etats européens ont jeté les bases d'une construction juridique audacieuse, qui est devenue, après s'être diversifiée, approfondie et élargie, l'ensemble des trois Communautés que nous connaissons aujourd'hui[105]. Ces Communautés sont fondées sur un certain nombre de traités internationaux, notamment celui qui, conclu à Rome en 1957, a institué la Communauté économique européenne (CEE). Seulement, au lieu qu'en général les relations entre les parties à un traité international demeurent soumises au droit international, les traités fondateurs des trois Communautés ont créé, pour régler les rapports entre les Etats contractants, un *droit d'un type nouveau*[106], qui n'est *pas* le droit international[107]. Ils se rapprochent en cela des alliances fédérales, qui ont précisément pour particularité de faire naître entre leurs membres un ordre juridique distinct de l'ordre international: le droit communautaire ressemble ainsi davantage au droit constitutionnel d'un Etat fédéral qu'au droit qui régit, par exemple, une confédération d'Etats. Selon une autre manière de présenter les choses, on pourrait dire que les traités fondateurs ont la même double nature, contractuelle et légale, qui caractérise les constitutions des Etats fédéraux, lors du moins que ces Etats se sont formés par association (cf. no 14). L'analogie est peut-être un peu occultée par le fait que la revision des traités requiert le consentement de tous les membres de la Communauté, alors qu'une majorité (simple ou qualifiée) suffit le plus souvent pour reviser les constitutions fédérales. Mais cette différence, dont on ne saurait méconnaître l'importance politique, n'est pas décisive quand il s'agit de procéder à la qualification juridique d'une règle.

94. La nature "constitutionnelle" des traités fondateurs apparaît d'ailleurs très bien dans la réglementation même de la revision. Si, comme on vient de le rappeler, le consentement de tous les membres en est une condition nécessaire, il est loin de suffire. Pour reviser les traités, il faut suivre au contraire toute une procédure, faite de projets, de consultations, d'avis et de conférences (voir, par exemple, l'art. 236 du Traité CEE), à

105 Pour les textes importants, voir par exemple Louis Dubouis/Claude Gueydan, Grands textes de droit communautaire, Paris, 1988.

106 Un "ordre juridique propre", d'une "nature spécifique originale", etc.: Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), du 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. ENEL*; Dubouis/Gueydan, p.181-183.

107 Olivier Jacot-Guillarmod, Droit communautaire et droit international public, Genève, 1979, en particulier p.41-42.

défaut de laquelle l'accord des Etats membres est inopérant[108]: même un traité conclu dans les formes du traité fondateur serait sans effet sur lui.

95. La supériorité du droit communautaire (valablement édicté) sur les droits nationaux n'est en général pas contestée. C'est plutôt la *source* de cette supériorité qui fait l'objet de conceptions différentes[109]. Les Anglais, qui font traditionnellement dépendre de leur droit national l'application du droit international, chercheront sans doute dans leur législation interne la règle qui incorpore le droit communautaire[110]. Dans d'autres pays, on mettra l'accent sur telle disposition constitutionnelle précise, qui habilite les autorités nationales à céder certaines compétences étatiques à un ordre supranational[111]; ce qui est correct, en tout cas, d'un point de vue historique. Mais la Cour de justice des Communautés, elle, n'hésite pas à considérer qu'une fois achevée la conclusion du traité, qui n'a pu se faire évidemment qu'en vertu du droit de chaque partie contractante, la supériorité du droit communautaire se déduit du droit communautaire lui-même[112]: nouvelle confirmation de l'analogie entre la structure des Communautés et celle d'un Etat fédéral, où nul n'aurait l'idée de prétendre que la supériorité du droit fédéral dérive des constitutions des Etats fédérés. Quoi qu'il en soit, les opinions sont loin d'être fixées: il est piquant de constater qu'en France, par exemple, la Cour de cassation, à l'image des juges communautaires, se réfère depuis seize ans au traité fondateur[113], là où le Conseil d'Etat, venu plus tard à la reconnaissance de la supranationalité, invoque encore la seule constitution nationale[114].

108 CJCE, du 8 avril 1976, *Gabrielle Defrenne c. SA belge de navigation aérienne SABENA*, nos 56 à 58, 60, 66 et 67; Dubouis/Gueydan, p.437-438. Il y a eu, à l'origine, quelques déviations avec le Traité de 1951 instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA); cf. Jean Boulouis, Droit institutionnel des communautés européennes, Paris, 1984, p.130; O.Jacot-Guillarmod, op.cit., p.12.

109 On trouve un exposé de différentes conceptions dans la première partie de l'ouvrage de M.Claudius Alder, Koordination und Integration als Rechtsprinzipien, Bruges, 1969. L'auteur se distance d'ailleurs de ces vues, qu'il qualifie de formelles, et préfère expliquer la supériorité du droit communautaire par une approche plus "téléologique".

110 House of Lords, *Duke v. Reliance Systems Ltd.*, 1988; cf. O.Hood Philipps/P. Jackson (cité à la note 71), p.52 et ss, 61-62.

111 Voir l'art.24 I de la Loi fondamentale allemande.

112 Voir l'arrêt *Costa* (1964), précité.

113 *Administration des douanes c. société Cafés Jacques Vabre et société J.Weigel et Cie*, du 24 mai 1975; Gazette du Palais, 1975 (2ème semestre), p.470 et ss, notamment 477; cf.J.F.Touchard, Revue du droit public, 1990, p.802, 804, 807. Il est vrai que la Cour se réfère aussi à l'art.55 de la Constitution française, qui reconnaît (ou établit?) la supériorité des traités internationaux sur les lois nationales. Mais cette référence, apparemment superfétatoire, marque surtout que la France est entrée valablement, au regard du droit constitutionnel (actuel), dans le système du droit communautaire.

114 *Nicolo*, du 20 octobre 1989; Semaine juridique, 1989, no 48, 21371; Revue universelle des droits de l'homme (RUDH), 1989, p.269: ici, l'art.55 de la Constitution est donné comme seule base de l'arrêt. Sur ce revirement de jurisprudence, voir Daniel Ludet et Rüdiger Stotz, Die neue Rechtsprechung des französischen Conseil d'Etat zum Vorrang völkerrechtlicher Verträge, EuGRZ, 1990, p.93-98.

96. Comme le ferait une constitution, les traités fondateurs ont créé tout un ensemble d'autorités, avec des règles sur leur composition et sur leurs compétences. Il est vrai que l'organigramme qui se dégage de ces textes est très éloigné de la manière ordinaire de séparer les pouvoirs: la législation, par exemple, n'appartient pas (si ce n'est dans une mesure infime) au Parlement européen, mais bien au Conseil et à la Commission. Seulement, ici encore, cette spécificité politique, explicable par le souci de ménager la souveraineté des parties contractantes, n'affecte pas la nature juridique de la Communauté. Ce qui, en revanche, est remarquable, c'est que les "règlements" édictés par le Conseil ou par la Commission s'appliquent directement *dans les Etats* (art. 189 II du Traité CEE). Or la subordination des personnes à deux législations superposées fournit, depuis deux cents ans, l'un des signes les plus manifestes du fédéralisme.

97. Ajoutons encore, pour parfaire la similitude, que le soin de faire respecter le droit communautaire n'incombe pas seulement au juge des Communautés, mais à *toutes les autorités nationales* chargées de l'application du droit. Ce qui veut dire qu'en vertu de l'interprétation que la Cour de justice des Communautés donne des traités fondateurs, il appartient au juge national engagé dans un procès de faire prévaloir, s'il y a lieu, le droit communautaire sur celui de son pays[115] - de la même manière que le juge d'un Etat fédéré doit refuser d'appliquer les lois de son Etat, s'il constate qu'elles sont contraires au droit fédéral.

98. Enfin, et ce dernier point n'est pas le moins instructif, les traités fondateurs semblent avoir fait une place à la notion de *pouvoirs implicites*. S'il est vrai, en effet, que les autorités communautaires n'ont que les compétences qu'elles ont reçues des traités et de leurs revisions ultérieures (celle, en particulier, de 1986), ces compétences incluent aussi, comme le précise une clause de chaque traité fondateur, le pouvoir de prendre les dispositions qui apparaissent nécessaires pour réaliser les objets de la Communauté (voir, par exemple, l'art. 235 du Traité CEE). Sans doute le Conseil, quand il se réclame d'un tel pouvoir, doit-il statuer à l'unanimité. Sans doute ne lui a-t-on pas non plus, jusqu'à maintenant, reproché des abus. Mais cette faculté introduit dans la construction communautaire un principe "évolutif" qui n'est plus tout à fait contractuel et qui la rapproche, une fois encore, de la structure fédérative.

99. Pour conclure, nous admettrons que les Communautés européennes sont des espèces de fédérations spécialisées dans l'accomplissement de

115 CJCE, du 9 mars 1978, *Administration des finances de l'Etat c. Société anonyme Simmenthal,* nos 16 à 24; Dubouis/Gueydan, p.183-185. Un arrêt du 22 juin 1989, *Fratelli Costanzo SpA c. Commune de Milan*, nos 28 à 33, étend même cette obligation aux autorités *administratives.*

certaines tâches ou dans la poursuite de certaines finalités et que les traités qui les ont établies *leur tiennent lieu de constitutions*. La comparaison s'impose d'ailleurs avec une telle évidence que la doctrine parle couramment, à ce sujet, de "traités institutifs", ou de "traités constitutifs", voire de "traités-constitutions"[116]. Il y a là plus qu'une métaphore: nous verrons, en passant, que ces traités ont suivi une évolution assez semblable à celle des constitutions des Etats; cf. no 136.

100. Addendum: La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conclue à Rome en 1950 sous les auspices du Conseil de l'Europe, n'a pas institué de communauté supranationale. Elle n'a pas créé d'ordre juridique nouveau, elle n'a pas de règles particulières sur sa revision, elle n'a pas établi d'organes politiques communs aptes à légiférer à la place des Etats qui l'ont ratifiée. Mais elle a institué des organes judiciaires, dont la juridiction ressemble à celle de la Cour de justice des communautés. Or la jurisprudence de ces organes, jointe à l'obligation de s'y conformer dans laquelle se trouvent les Etats contractants, ont donné aux garanties contenues dans la convention une sorte d'"autonomie", qui fait d'elles comme des morceaux de constitution planant au-dessus des constitutions des Etats.

116 Le Professeur Jean-Victor Louis dit tout simplement "Constitution communautaire": L'ordre juridique communautaire, 5ème éd., Bruxelles, 1990, p.72.

Chapitre III. Le contenu de la constitution.

1. Diversité du contenu des constitutions.

101. Si nous passons en revue, rapidement, quelques dizaines de constitutions formelles, en feuilletant les recueils qui nous les présentent, constitutions d'autrefois et constitutions d'aujourd'hui, la première impression qui se dégage d'un tel aperçu est celle d'une grande diversité dans les apparences. Certaines constitutions sont courtes, quelques pages d'un livre de format ordinaire, d'autres sont cinq ou dix fois plus longues. Les divisions utilisées diffèrent de l'une à l'autre, on voit des titres, des parties, des chapitres, des sections, des articles, des alinéas. Il y a même des constitutions formées de plusieurs documents. L'article est, en général, la cellule de base. Mais lui aussi peut être d'une taille très variable, de quelques lignes à plusieurs pages. La Constitution française a cent dix articles qui tiennent en une trentaine de pages; la Constitution de la Californie, avec une trentaine d'articles, remplit cent vingt-cinq pages: l'article californien "vaut" donc quinze articles français[117]. Bien sûr, ce genre de constatations est un peu puéril; pour dire, sur deux textes, quelque chose de fondé, il faudrait commencer par les lire avec soin. Et pourtant, si superficielle que soit l'impression, on peut tout de même conjecturer que les constitutions les plus longues sont, du moins dans certaines de leurs parties, les plus détaillées et qu'un style détaillé peut avoir pour conséquence de réduire la liberté du législateur ordinaire — et peut-être aussi celle du juge chargé de contrôler la constitutionnalité des lois.

102. Si maintenant nous regardons d'un peu plus près ce qui est écrit dans les constitutions, nous arrivons progressivement à l'idée que la

117 L'ancienne Constitution de la Louisiane (1921-1975) était proprement éléphantesque: vingt-trois articles et quatre cents pages du même format (dans une collection où la Constitution des Etats-Unis, avec ses amendements, couvrait elle-même seize pages); l'article louisianais valait alors quatre articles californiens.

plupart des dispositions qui s'y trouvent peuvent être réparties en deux catégories: celle des règles *instrumentales* et celle des règles *substantielles*[118]. Cette distinction, est-il besoin de le relever, n'a rien à voir avec l'opposition traditionnelle entre la constitution formelle et la constitution matérielle (cf. no 37). Elle s'applique en effet à l'une aussi bien qu'à l'autre. Parmi les règles fondamentales relatives à l'Etat (constitution au sens matériel), il en est d'instrumentales et il en est de substantielles. De même, dans la loi supérieure aux lois (constitution au sens formel), il peut y avoir des dispositions instrumentales et il peut y en avoir de substantielles.

103. Nous considérons comme *instrumentales* les règles qui fixent le *mode de production* des actes de l'Etat, c'est-à-dire celles qui ont pour objet la structure et l'organisation de l'Etat. Par structure de l'Etat, nous entendons la division de l'Etat en collectivités (généralement territoriales) qui se superposent, les rapports entre la collectivité centrale et les collectivités régionales, locales, fédérées, la distribution des pouvoirs de l'Etat entre ces diverses collectivités. Par organisation de l'Etat (Etat central ou Etat fédéré), nous entendons la composition et la désignation des organes de l'Etat, y compris le corps électoral, le partage des compétences de l'Etat entre ces organes, la procédure selon laquelle ils opèrent.

104. Nous considérons comme *substantielles* les règles qui affectent le *contenu* des actes de l'Etat, à savoir celles qui délimitent le pouvoir de l'Etat, en d'autres termes le domaine où l'Etat peut agir, celles qui protègent les particuliers contre l'action de l'Etat, celles qui, au contraire, leur donnent un droit à l'action de l'Etat, celles qui, plus généralement, marquent les principes de cette action, ses finalités, son ampleur.

105. Naturellement, comme il arrive toujours avec ce genre de classifications, la frontière est quelquefois un peu floue. Il y a en particulier des règles instrumentales qui présupposent l'observation de certaines règles substantielles. On n'imagine guère, par exemple, l'élection d'un Parlement au suffrage universel, non plus que le recours au référendum populaire, sans que soient respectés, et même jusque dans leurs conséquences les plus exigeantes, le principe d'égalité, celui de loyauté et la liberté d'expression (cf. no 82). Le partage des compétences, dans un Etat fédéral, se fait parfois en considération des buts que les pouvoirs publics sont

118 Nous ne traitons pas, dans le présent rapport, de certaines phrases constitutionnelles qui ne contiennent aucune règle juridique, ni générale ni particulière. C'est le cas, notamment, des narrations (telles qu'on en peut lire, par exemple, dans les deux premiers paragraphes du Préambule de la Constitution portugaise de 1976/1982) et des aphorismes (comme les affectionnait, par exemple, le constitutionnalisme français de la fin du dix-huitième siècle: on en voit un bel exemple dans l'art.14 du Titre premier de la Constitution helvétique de 1798).

chargés d'atteindre (cf. no 172). Inversement, il y a des règles substantielles qui prennent une tournure tout à fait différente selon l'autorité qui les applique, ce qui signifie que leur portée dépend largement de la façon dont est conçue la partie instrumentale de la constitution. Pour prendre l'un des problèmes majeurs du droit constitutionnel, qui est la détermination de l'intérêt public et de ses rapports avec les droits fondamentaux, il se peut fort bien qu'il ne soit pas résolu de la même manière s'il doit l'être par le peuple, par le Parlement ou par un tribunal. Et pourtant, malgré ces retouches nécessaires, il nous semble que la division de base est correcte: les règles instrumentales désignent les acteurs de la vie publique et distribuent les emplois, mais la pièce sera jouée selon l'inspiration du moment, au gré des majorités politiques; les règles substantielles vont plus loin; elles cherchent à définir la pièce qui pourra être jouée; elles en indiquent parfois le canevas; les plus ambitieuses en écrivent littéralement les répliques[119].

106. S'il y a une affirmation qu'on peut formuler sans grand risque de se tromper, c'est que le développement des constitutions s'est fait dans le sens d'un *accroissement de leur partie substantielle*. Ceci doit s'entendre non seulement des textes constitutionnels eux-mêmes, mais aussi de la manière de les comprendre: certaines constitutions ont été complétées par des *dispositions* substantielles, d'autres ont simplement reçu, sans modifications formelles, une *interprétation* substantielle. A l'origine du constitutionnalisme et pendant le dix-neuvième siècle, une constitution était tenue pour normale lorsqu'elle contenait des règles sur les principaux organes de l'Etat et un catalogue des droits fondamentaux conçus comme autant de barrières contre les abus de la puissance publique (voir le fameux art. 16 de la Déclaration de 1789, no 87): autrement dit, il lui fallait une partie instrumentale, à quoi s'ajoutait sans doute une partie substantielle, mais entendue de façon essentiellement négative. Le vingtième siècle a été marqué par une double tendance: l'inscription, dans la constitution, de principes, de buts, de tâches, de mandats; une interprétation beaucoup plus positive des droits fondamentaux[120].

119 Si, aux comparaisons littéraires, on préfère les métaphores alimentaires, nous dirons que la constitution instrumentale est un *moulin* bien agencé, mais où rien n'est dit de la farine qui en sortira; tandis que la constitution est substantielle quand elle contient des précisions sur le *grain* qui sera moulu.

120 Le Professeur P. Häberle a récemment montré, dans un exposé extrêmement nuancé, la richesse inouïe des constitutions modernes: Artenreichtum und Vielschichtigkeit von Verfassungstexten, eine vergleichende Typologie, Mélanges U.Häfelin, Zurich, 1989, p.225-255.Il s'en dégage la même idée d'une "marche vers le substantiel". Dans un sens analogue, cf. Dominique Rousseau, Une résurrection: la notion de constitution, Revue du droit public, 1990, p.5-22 (où l'auteur insiste en particulier sur l'oeuvre créatrice du Conseil constitutionnel français).

2. La partie instrumentale de la constitution.

a) Les règles sur la structure de l'Etat.

107. Nous commençons par la structure de l'Etat, parce qu'elle précède logiquement son organisation, lors du moins que les parties composantes de l'Etat sont des collectivités dotées d'autorités propres et de compétences importantes. Car, dans un tel Etat, quand on traite du Parlement ou d'un référendum, qui sont des questions d'organisation, il faut d'abord savoir, pour prévenir les équivoques, si l'on entend le Parlement ou un référendum national ou s'il s'agit plutôt de ceux d'une collectivité plus "locale". Par exemple, aux Etats-Unis, quand on parle du Sénat, il faut d'abord préciser s'il est question du Sénat des Etats-Unis ou de celui de la Californie ou de l'Oregon. — Historiquement, toutefois, il est bien certain que les choses ne se sont pas passées ainsi et que les constituants des premiers Etats (les colonies américaines devenues indépendantes), qui n'avaient pas grand'chose à dire de la structure, ont concentré leurs efforts sur les problèmes d'organisation.

108. A plusieurs reprises, nous avons eu l'occasion de rappeler que la constitution formelle est l'instrument le plus propre à servir de base à la *construction d'un Etat fédéral* (cf. nos 10 e, 11 et 90). C'est ainsi que les fondateurs du premier Etat fédéral des temps modernes, qui sont les délégués réunis en Convention à Philadelphie il y a un peu plus de deux siècles, ont choisi tout naturellement cette forme (inconnue en droit britannique) pour régler les rapports entre l'Union et les Etats et les diverses procédures par lesquelles les Etats participent aux activités de l'Union. Il est vrai qu'en ce qui concerne le partage des compétences, ils n'ont pas voulu faire la distinction qui vient d'être indiquée et qu'ils ont sciemment combiné le problème de la structure avec celui de l'organisation: ils ont utilisé le *même* texte pour séparer les pouvoirs entre le Congrès et le Président (règle d'organisation) et pour répartir les compétences législatives entre le Congrès et les Parlements des Etats (règle de structure)[121]. Mais il faut dire aussi qu'étant des pionniers, on ne pouvait pas leur demander de se comporter comme des professeurs: ils avaient une tâche politique à remplir, la théorie pouvait attendre. Depuis le dix-neuvième siècle, les créateurs d'Etats fédéraux font en général la différence.

109. Aujourd'hui, sauf erreur, tous les Etats fédéraux, l'Allemagne, l'Autriche, le Canada, l'Australie, l'Inde, etc. ont une constitution for-

121 Il s'agit de l'art.Ier, sect.8.

melle, dans laquelle plusieurs dispositions sont consacrées à la réglementation de la structure fédérative de l'Etat: nature de l'Etat fédéré, création et suppression de tels Etats, participation de l'Etat fédéré à l'exercice du pouvoir constituant fédéral, c'est-à-dire à l'adoption et à la revision de la constitution fédérale (ci-après, no 116), ainsi qu'à l'exercice du pouvoir législatif fédéral, partage des compétences entre l'Etat fédéral et l'Etat fédéré, rapport entre le droit fédéral et le droit de l'Etat fédéré, rapports des Etats fédérés entre eux, etc. Même s'il est difficile de les régler de façon claire et complète, ces matières appartiennent assurément à la constitution: comme la constitution, dans la plupart des Etats fédéraux, ne se revise guère sans le consentement d'au moins la majorité des Etats fédérés, il est manifeste que la forme constitutionnelle fortifie ces Etats, tandis qu'en déclassant les règles structurelles du niveau de la constitution à celui de la loi, qui est l'affaire du seul Parlement fédéral, on n'obtiendrait rien d'autre qu'un affaiblissement du fédéralisme au profit du pouvoir central (cf. no 86). C'est tellement évident que, par un mouvement contraire, quelques Etats fédéraux ont décidé, vers le milieu du vingtième siècle, de renforcer la position de leurs membres sur certains points, en inscrivant par exemple dans la constitution des dispositions plus détaillées qu'auparavant sur le régime des finances.

110. D'autres Etats, qu'on ne peut pas qualifier de fédéraux, mais qui cherchent à pratiquer une certaine décentralisation par la création de *régions*, ont jugé utile de donner une protection juridique accrue à ces régions en mettant, eux aussi, dans leur constitution les plus importantes des règles qui les concernent[122]. Même s'il apparaît que certaines de ces règles limitent l'autonomie des régions autant qu'elles la garantissent, il est remarquable que des Etats qui, à l'inverse de ce qui caractérise habituellement le fédéralisme, passaient d'une structure unitaire à une structure qui l'était moins aient choisi la constitution plutôt qu'une loi ordinaire pour opérer leur mutation.

111. La France nous montre une autre conception. Crainte de mettre en danger cette "indivisibilité" dont elle se réclame depuis deux cents ans, elle renvoie assez systématiquement au niveau de la loi ordinaire tout ce qui concerne la décentralisation. Rares ont été les constitutions françaises qui ont consacré plus d'un ou deux articles aux "collectivités territoriales" ou "locales". Les communes et les départements y ont été, il est vrai, souvent mentionnés en termes exprès. Ils le sont, par exemple, dans la constitution actuelle (art. 72 I 1); ce qui fait qu'ils ne peuvent pas être supprimés, en tant que catégories, sans une revision constitutionnelle. Mais la constitution ne nous dit rien de l'étendue de leurs compétences et

122 L'Italie et l'Espagne, par exemple.

se borne à indiquer (depuis 1946), dans une formule volontairement vague, qu'ils s'"administrent librement". Ce sont des lois qui, usant de clauses générales ou énumératives, nous apprennent sur quelles matières porte cette "administration libre". Ajoutons que la constitution, sans donner de précisions, permet au législateur d'instituer d'"autres" collectivités territoriales (art. 72 I 2). C'est notoirement en vertu de cette habilitation qu'une loi de 1982 a créé les régions. Mais cela signifie aussi que la région française est une notion purement législative. Elle n'aurait eu un ancrage direct dans la constitution que si le référendum proposé en 1969 par le Président De Gaulle avait eu une issue favorable.

112. Cette prépondérance (quantitative) de la loi sur la constitution dans la réglementation de la structure de la République française a même eu une conséquence sur le plan de l'enseignement. Il est en effet de tradition que l'étude de la décentralisation, absente des ouvrages de droit constitutionnel, soit réservée aux ouvrages de droit administratif.

b) Les règles sur l'organisation de l'Etat.

113. C'est là véritablement le dénominateur commun de *toutes* les constitutions formelles, passées et présentes: toutes les constitutions ont eu, toutes celles d'aujourd'hui ont des règles sur les organes de l'Etat, sur leur composition, sur leurs compétences, voire sur leur manière d'agir. Les plus indigentes se sont même limitées à cela. Les plus brèves, qui sont peut-être aussi les plus inquiétantes, se sont résumées en une délégation massive de pouvoirs au Gouvernement, ce qui est encore une manière, très fruste assurément et dangereuse pour le pluralisme, d'"organiser" l'Etat. – L'exemple d'école de l'indigence pourrait bien être l'ensemble formé par les trois lois constitutionnelles françaises de 1875, qui ont fondé la Troisième République. Ici, pas d'envolée lyrique, pas de substance, pas de chair sur les os; c'est un squelette, une mécanique, avec un Président, des ministres, une chambre, un Sénat, les électeurs à l'arrière-plan, à charge, pour tous ces acteurs, de faire la politique du pays et, pour commencer, de fixer leurs rapports, qui n'étaient même pas réglés clairement dans les textes: on ne savait pas si le régime serait présidentiel ou parlementaire[123]. Encore faut-il observer que, malgré tous ses défauts, la Constitution de 1875 n'est pas celle qui a le moins bien marché. – L'exemple d'école de la brièveté inquiétante se situe précisément à la fin de cette République: votée dans des circonstances tragiques, la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 tient en un seul article de six lignes par lequel le Parlement remettait tous ses pouvoirs à un vieux maréchal[124].

123 Comme on sait, il a fallu une crise (le "Seize-Mai" 1877) pour éclaircir ce point; cf. Jean-Jacques Chevallier, Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à nos jours, 6ème éd., Paris, 1981, p.293-311.

124 A noter que cette formidable délégation avait aussi son petit côté "substantiel": travail, famille, patrie. — Pour l'Allemagne, voir la loi constitutionnelle d'habilitation, du 24 mars1933.

114. Il s'en faut cependant que la partie organique des constitutions soit toujours aussi défectueuse. Les deux exemples proposés montraient des extrêmes, le second même était morbide. En général, les constituants mettent beaucoup de soin à régler la question du pouvoir, car les dispositions qu'ils y consacrent sont destinées à remplir trois fonctions capitales. D'abord, ce sont elles qui permettent à l'Etat d'exister en qualité d'Etat, qui lui donnent l'unité d'action ou tout au moins la cohérence à défaut de laquelle la vie politique d'une société ne serait qu'une somme d'impulsions désordonnées, voire contradictoires: ce sont elles, en effet, qui nous apprennent qui a le droit de parler au nom de l'Etat, quelles sont les personnes physiques dont les actes sont imputables à l'Etat. Ensuite, c'est de ces dispositions d'organisation que dépendent, pour une part, la justice et l'efficacité de l'action de l'Etat: toutes les autorités ne sont pas également bien "placées" pour exercer les diverses fonctions d'un Etat[125]. La manière dont elles sont composées, la procédure qu'elles doivent suivre ont pour conséquence que certaines sont plus aptes à légiférer ou à planifier, que d'autres sont mieux faites pour décider dans l'immédiat, d'autres encore pour juger. Enfin, c'est à ces dispositions qu'il appartient de produire, en usant de formules traditionnelles ou originales, cet équilibre entre les pouvoirs qui forme l'un des principaux postulats du mouvement constitutionnaliste (cf. no 10 b).

115. Les règles sur l'organisation de l'Etat nous donnent, au surplus, une idée de la densité variable des constitutions. Ainsi, toutes les constitutions formelles (des régimes pluralistes) ont des dispositions sur le Parlement. Mais certaines seulement contiennent des précisions sur la durée de la législature, ou sur le nombre des députés, ou sur la manière de les élire. La constitution française, par exemple, ne dit rien de cela; la constitution allemande n'a qu'une règle sur la durée[126]; la constitution italienne en a sur la durée et sur le nombre[127]; la constitution autrichienne, sur la durée et sur le mode d'élection[128], etc. Ces variations sont parfois dues à des raisons historiques. Mais il est probable qu'elles tiennent souvent aux hasards des délibérations de l'autorité constituante.

125 L'influence de l'organisation (de la "structure", pour adopter le langage de ceux qui abordent ce thème) sur la légitimité des décisions est devenue un sujet de prédilection de la doctrine constitutionnelle moderne. Cf., par exemple, Jörg Paul Müller, Grundrechtliche Anforderungen an Entscheidstrukturen, Mélanges K. Eichenberger, Bâle, 1982, p.169-181; voir aussi René A. Rhinow, Rechtsetzung und Methodik, Bâle, 1979, p.244 et ss.

126 Art.39.

127 Art.56, 57 et 60.

128 Art.26 et 27.

c) Les règles sur la revision de la constitution.

116. Comme les constitutions dont nous parlons ici sont des constitutions formelles, elles doivent prévoir des règles sur leur propre revision. Ces règles ont, dans la plupart des pays, une nature comparable à celle des règles d'organisation. Mais, dans les Etats fédéraux et dans quelques Etats composés de régions, elles peuvent aussi présenter un aspect structurel; c'est le cas, par exemple, lorsque la revision est subordonnée à la ratification des Parlements des parties composantes.

3. La partie substantielle de la constitution.

a) Les garanties des droits des particuliers.

117. Avec les garanties des droits, nous entrons dans la partie substantielle des constitutions, parce qu'il s'agit là de règles qui influencent le contenu des actes de l'Etat, en ce qu'elles interdisent par exemple au législateur de faire une certaine loi ou qu'elles obligent le juge à se comporter d'une certaine manière ou à statuer dans un certain sens. Dans cette mesure, les constitutions formelles ont eu une partie substantielle depuis l'origine, elles ont toujours, conformément à un autre postulat fondamental du mouvement constitutionnaliste (cf. no 10 b), consacré plusieurs articles, souvent même tout un chapitre, à la protection des droits individuels, à commencer par la Constitution de Virginie, du mois de juin 1776, bientôt suivie par celles des autres colonies libérées. Dans leur conception typique, ces garanties reconnaissent au particulier des droits en quelque sorte négatifs et font défense aux autorités d'y porter atteinte, à moins qu'elles ne puissent se prévaloir d'une raison suffisamment forte: la liberté personnelle (ou sûreté) s'oppose ainsi aux arrestations arbitraires, la liberté de la presse s'oppose à la censure préalable, la garantie de la propriété n'admet que les expropriations pour cause d'utilité publique. Mais, en réalité, un rapide examen de ce qu'on appelle les "catalogues de droits et de libertés" montre qu'il s'agit, du moins dans ce temps-là, de textes passablement *mélangés.*

118. Il y avait d'abord juxtaposition de garanties proprement dites et de règles d'organisation, selon une tradition qui remonte aux plus vieilles lois d'Angleterre[129]. On peut prendre comme exemple le catalogue du

129 La Grande Charte (1215) et le Bill of Rights (1689), par exemple, juxtaposent les règles d'organisation politique (qui ont pour objet de limiter la prérogative royale) et les garanties de droits fondamentaux. Les premières sont même de loin les plus nombreuses.

Massachusetts, c'est-à-dire les art. I à XXX de la Constitution (encore en vigueur) de 1780. Voici, dans l'ordre des articles, les objets qui y sont traités: liberté et égalité en général; liberté et obligation de rendre un culte à la Divinité; rapports entre l'Etat et les églises; souveraineté populaire; responsabilité des membres des autorités; répudiation du principe d'hérédité; pouvoir constituant du peuple; durée limitée des fonctions publiques; égalité dans l'exercice des droits politiques; obligation de payer l'impôt; garantie de la propriété; droit d'obtenir justice; protection contre les arrestations; garanties de procédure pour les accusés; administration des preuves dans la vicinité; protection contre les perquisitions et les saisies; droit au jugement par jury; liberté de la presse; droit de porter des armes (mais le pouvoir militaire doit être soumis au pouvoir civil); préceptes quant aux choix des autorités; droits de réunion et de pétition; interdiction de suspendre l'application de la loi; liberté de parole dans le Parlement; légalité de l'impôt; interdiction des lois rétroactives; interdiction faite au Parlement de prononcer des condamnations pénales; interdiction de prévoir des peines cruelles ou inusitées; interdiction d'imposer l'hébergement de soldats; droit à un juge libre, impartial et indépendant ("autant que le permet la condition humaine", est-il toutefois précisé); séparation des pouvoirs.

119. Le mélange des genres n'était d'ailleurs pas une spécialité anglo-américaine. La Déclaration française de 1789 n'en est pas exempte non plus. Au milieu des garanties de droits individuels, on rencontre en effet des phrases sur le but de l'Etat (art. 2), sur le principe de la souveraineté nationale (art. 3), sur le principe démocratique dans l'adoption des lois (art. 6 1 et 2), sur la compétence budgétaire du Parlement (art.14), sur la responsabilité des fonctionnaires (art. 15), enfin la fameuse formule sur la séparation des pouvoirs (art. 16, cf. no 87). — Ce n'est guère qu'au dix-neuvième siècle que l'habitude s'est prise de former des catalogues homogènes: un bon exemple en est donné par le projet de constitution allemande de 1849 (de l'"Eglise Saint-Paul" à Francfort), en tout cas pour un bloc d'une cinquantaine d'articles (art. 130 à 183).

120. Les catalogues des premiers temps du constitutionnalisme présentaient encore *une autre sorte de mélange*, sans doute plus naturelle que la précédente, mais très révélatrice aussi des nuances de la pensée libérale. C'est la juxtaposition de garanties négatives et de garanties positives. Il est bien entendu que les garanties négatives étaient de loin les plus nombreuses: on vient de voir que la plupart des droits fondamentaux étaient conçus comme des "droits de défense", qui avaient pour fonction de protéger les particuliers contre divers abus de la puissance publique

(no 117). Ils n'épuisaient pas, pour autant, la totalité du système. On voyait déjà, ici et là, des textes qui donnaient aux citoyens de véritables prétentions à des services de l'Etat.

121. Si nous reprenons l'exemple de la constitution du Massachusetts (ci-dessus, no 118), nous pouvons admettre que la garantie de la propriété, la protection contre les arrestations, les garanties de procédure, la protection contre les perquisitions et les saisies, la liberté de la presse, le droit de porter des armes, le droit de réunion, l'interdiction des lois rétroactives, de certaines sortes de peines, de l'obligation d'héberger des soldats sont autant de garanties négatives. Dans la mesure où l'Etat devrait néanmoins fournir quelques prestations positives, il n'y faut voir que la conséquence d'une atteinte qu'il a précédemment portée à une garantie négative: ainsi, l'indemnisation pour cause d'expropriation, certaines garanties de procédure pour les accusés, etc.

122. Mais il y a, dans la même constitution, d'autres articles, assurément beaucoup plus rares, où l'on peut discerner le fondement de purs droits positifs. C'est le cas du droit d'obtenir justice (art. XI), du droit au jugement par jury (art. XV), du droit au juge impartial et indépendant (art. XXIX), surtout quand ces droits sont exercés dans des litiges privés, c'est-à-dire en dehors d'une poursuite pénale (voir ci-dessus). C'est aussi le cas du droit de pétition (art. XIX). A côté de ces dispositions, on en remarquera une autre (art. III), qui donne un véritable mandat au législateur d'obliger les églises à faire la dépense nécessaire à l'engagement de pasteurs: il est vrai que ce mandat, pour intéressant qu'il soit, n'est peut-être pas tout à fait conforme à l'esprit du libéralisme: la construction ressemble plutôt à l'institution d'un "droit social" à l'intérieur du domaine religieux; le texte a d'ailleurs été abrogé au dix-neuvième siècle. Enfin, dernière observation, on peut méditer sur la phrase sybilline qui ouvre l'art. X: "Tout membre de la société a le droit d'être protégé par elle dans la jouissance de sa vie, de sa liberté et de sa propriété conformément aux lois en vigueur". Ces mots, compris dans un sens très classique, signifient peut-être que les citoyens ont le bénéfice des droits fondamentaux dans les limites des lois, ce qui ne représente qu'une garantie vraiment minimale. En creusant un peu plus, on pourrait en tirer le droit, pour les citoyens menacés dans leurs libertés, d'exiger le secours des tribunaux (ce qui se déduit aussi de l'art. XI, précité) et de la police. Mais une interprétation moderne irait probablement jusqu'à demander au législateur lui-même de prendre les mesures qu'il faut pour donner toute leur force à ces libertés.

123. En France, c'est plutôt, à l'origine du constitutionnalisme, le côté social qui a fait l'objet de quelques formules positives. La première constitution, celle de 1791, impose par exemple au législateur l'obligation de créer des secours publics et une instruction publique (titre Ier, in fine), sans qu'à vrai dire on puisse discerner des droits correspondants chez les particuliers. Le projet girondin de février 1793 parle ouvertement de "dette de la société", mais laisse au législateur le soin d'en fixer l'étendue et d'en déterminer les créanciers (art. 23 à 25 de la Déclaration liminaire). Le projet montagnard du mois de juin suivant précise que la société doit procurer du travail aux citoyens ou, faute de travail, leur assurer d'autres moyens d'existence (art. 21 de la Déclaration liminaire). Ces textes sont toutefois restés sans effet. Après quoi, le social disparaît des constitutions et, sauf une brève résurgence en 1848 (art. VIII du Préambule de la Constitution de la Deuxième République), demeurera une matière purement législative jusqu'en 1946.

124. Cette année-là, porté par une assemblée constituante où dominaient les communistes, les socialistes et les démocrates-chrétiens, il fait un retour en force, d'abord dans le Préambule du projet d'avril (rejeté en référendum), puis dans le Préambule de la Constitution d'octobre. Ici, les règles positives abondent. Pour nous en tenir au texte définitif, celui d'octobre, nous y trouvons des phrases comme ceci: "Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi". "Le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent". "Tout travailleur participe à la gestion de l'entreprise". "La Nation garantit à tous la protection de la santé, etc.". "La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture". Mais il faut préciser, *parce que le point est capital*, que le soin de réaliser ces droits appartenait, en exclusivité, au *législateur*. Aucun juge n'était compétent pour dire si la réalisation était suffisante: la juridiction constitutionnelle, encore embryonnaire, créée par la Constitution de 1946 ne s'étendait justement pas au Préambule (art. 92 III). Il n'en ira différemment qu'au cours de la Cinquième République, quand le Préambule de 1946, auquel se réfère celui de 1958, sera admis dans le "bloc de constitutionnalité" (cf. no 48).

125. Cette mise en parallèle de règles constitutionnelles positives et d'une juridiction constitutionnelle n'est d'ailleurs pas l'effet du hasard. Il y a ici une évidente correspondance entre l'ordre substantiel et l'ordre instrumental. On peut naturellement être hostile à la garantie, même purement légale, de droits sociaux positifs pour des raisons de politique économique, parce qu'on est un adepte d'une économie libérale. C'est là

sans doute la principale explication du faible crédit qui était attaché à l'idée de tels droits pendant le dix-neuvième siècle. Les majorités parlementaires étaient peu sociales à cette époque, donc peu portées à faire de la politique sociale. Mais aujourd'hui le problème se pose en d'autres termes. Depuis la fin de la première guerre mondiale, la politique sociale n'est plus contestée dans son principe; elle ne l'est que dans son ampleur et dans ses modalités. Tous les Etats ont des lois sociales, qui donnent des droits aux particuliers. La question est de savoir s'il faut en dire quelque chose dans la constitution. Elle revient donc à décider si la garantie de droits sociaux positifs doit rester au niveau de la loi ordinaire ou s'il est juste, ou utile, ou simplement opportun de l'élever au niveau de la constitution formelle.

126. Et alors, pour répondre à cette question, il n'est pas possible de faire abstraction du rôle des tribunaux. Là où les tribunaux n'ont pas de juridiction sur les lois, l'inscription de droits sociaux dans la constitution ne porte que peu d'ombrage au législateur, qui garde le dernier mot. Mais, là où les tribunaux ont la compétence de juger les lois, la même inscription peut avoir, on s'en doute, d'importantes conséquences sur le partage du pouvoir.

127. Les constituants se montrent en général tout à fait conscients de la différence. Par exemple, l'Assemblée nationale réunie à Weimar en 1919 a été assez prodigue en garanties constitutionnelles de droits sociaux, mais elle n'a pas prévu de juridiction constitutionnelle[130]. A Bonn, en 1949, le Conseil parlementaire a fait l'inverse: il a créé un tribunal constitutionnel puissant, mais il n'a pas garanti de droits sociaux. On a pu observer un phénomène comparable dans l'oeuvre du Conseil de l'Europe: la convention de 1950 a institué une véritable juridiction supranationale pour protéger des droits fondamentaux somme toute assez classiques, c'est-à-dire essentiellement négatifs, tandis que la charte de 1961, qui garantit des droits sociaux, ne connaît qu'un système de contrôle plutôt rudimentaire. Même les pactes de 1966, élaborés par les Nations Unies, présentent une corrélation du même genre[131]. Ajoutons que ce qui s'est passé en France

130 La juridiction constitutionnelle, au temps de la République de Weimar, est née à l'improviste et n'a pas eu de lendemain: arrêt du Reichsgericht du 4 novembre 1925, sur la loi de réévaluation; RGZ 111 320; cf. Ernst Rudolf Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, t.VI, Stuttgart, 1984, p.565.

131 Le Pacte relatif aux droits civils et politiques prévoit un système de contrôle quasi-juridictionnel, déclenché le cas échéant par la communication d'un particulier (Protocole facultatif), que ne connaît pas le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels; cf. FF 1991 I 1129, 1133-1134, 1146.

sous la Cinquième République, et qui nous a suggéré ce développement (ci-dessus, no 124 in fine), n'infirme en rien notre propos: le constituant de 1958 n'avait justement pas pressenti l'étonnante progression du Conseil constitutionnel.

128. La généralisation de la juridiction constitutionnelle dans les Etats occidentaux, à partir du milieu du vingtième siècle, a eu, sur le point qui nous occupe, une conséquence assez paradoxale. Tout compte fait, les cours constitutionnelles n'ont pas tiré grand'chose des droits sociaux positifs (du genre droit au travail ou droit au logement) qu'elles pouvaient trouver inscrits dans la constitution de leur pays — si ce n'est là où l'Etat disposait déjà d'une infrastructure suffisante pour donner satisfaction à la plupart des personnes qui s'en prévalaient: il en allait ainsi, par exemple, du droit à la justice et de ses dérivés, ou du droit à l'instruction, la collectivité publique ayant depuis longtemps créé des tribunaux et des écoles. Mais le paradoxe est ailleurs: il est dans la tendance de plusieurs tribunaux modernes de faire jaillir des prétentions positives de la garantie des droits fondamentaux *les plus traditionnels*. Par exemple, du droit à l'égalité (c'est là, évidemment, que l'extension était le plus naturelle), mais aussi du droit à la vie, ou de la liberté d'expression, ou de la liberté d'enseignement, ou du libre choix de la profession. En d'autres termes: les constitutions gardaient le même contenu, les catalogues restaient ce qu'ils étaient autrefois; mais, par l'effet d'une interprétation nouvelle, des garanties conçues à l'origine comme négatives finissaient par donner aussi un droit à des prestations positives de l'Etat. C'est une question que nous reprendrons brièvement dans le dernier chapitre de cet exposé (nos 216 et ss).

b) Les buts de l'Etat, les tâches de l'Etat, les mandats donnés par le constituant aux autorités constituées.

129. L'Etat, qui est une création humaine, a nécessairement un *but*. Il peut même, compte tenu du pouvoir dont il dispose sur son territoire, en avoir plusieurs et n'est au fond borné dans ses finalités que par les limites que lui opposent le droit international et, s'il est intégré dans un ensemble qui lui est supérieur, le droit de cette communauté. Certains de ces buts sont tellement évidents, tellement nécessaires, qu'on les rencontre dans la plupart des Etats depuis des temps assez anciens: la volonté de se maintenir, de se défendre contre l'agression et contre la subversion; le soin d'assurer la tranquillité de la population, une certaine justice, une

certaine prospérité aussi. Au dix-huitième siècle est apparue l'idée que l'Etat était là pour assurer la liberté des citoyens, en même temps que le souci de la prospérité commune se faisait plus pressant. Au début du vingtième siècle s'est développée la notion d'une autre justice, plus "redistributive", c'est-à-dire plus sociale. A la fin de ce siècle s'y ajoute la conscience nouvelle de ce que les générations au pouvoir doivent à celles qui les ont précédées, notamment dans le respect des valeurs culturelles du pays, et aux générations qui les suivront, notamment dans la manière d'exploiter la nature.

130. Depuis qu'il est d'usage de faire des constitutions formelles, les auteurs de plusieurs d'entre elles ont trouvé normal d'y insérer ce qui passait à leurs yeux pour les *buts les plus importants de l'Etat*. Il s'agissait au fond de justifier l'exercice d'un pouvoir de contrainte. Les citoyens du Massachusetts ont mentionné la "jouissance des droits naturels et des bienfaits de la vie en sécurité et tranquillité", la "prospérité", le "bonheur" (Préambule). La convention de Philadelphie, la "justice", la "tranquillité intérieure", la "défense commune", le "bien-être général" et les "bienfaits de la liberté" (Préambule), tout en plaçant à la tête de l'énumération le désir, plus spécifique, de "perfectionner l'Union"[132]. Les constituants de Versailles, eux, considéraient que le but principal de l'Etat était surtout d'assurer "la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression" (art. 2 de la Déclaration de 1789). L'Assemblée nationale française de 1848 mettait l'accent sur le progrès, la civilisation, une répartition plus équitable des charges et des avantages de la société, etc (art. I du Préambule). L'Assemblée nationale allemande de 1919, sur la liberté, la justice, la paix intérieure et extérieure, le progrès de la société (Préambule). Si nos connaissances étaient étendues, nous ne doutons pas que nous pourrions attester la consécration officielle de bien d'autres buts encore: par les citations précédentes, nous avons simplement voulu montrer le degré d'abstraction qu'atteignent les auteurs de constitutions lorsqu'ils énoncent les finalités de l'Etat.

131. Nous laissons aux philosophes le soin de dire si, parmi les buts de l'Etat que proclamaient ainsi les préambules ou les premiers articles des constitutions, il n'y en avait point qui étaient supérieurs aux autres, en ce

132 Le Préambule de la Constitution des Etats-Unis doit probablement se lire à deux niveaux: le premier but, qui est la fédéralisation des Etats (le "perfectionnement de l'Union"), est un moyen pour atteindre les autres buts que sont la justice, la tranquillité, etc. Ou, si l'on préfère, la "plus parfaite Union" est le but recherché par la *formation* de l'Etat fédéral; la justice, la tranquillité, etc. sont les buts de l'Etat fédéral ainsi formé.

sens qu'on pouvait penser que certains buts n'étaient que des moyens au service de buts plus élevés, la "prospérité" au service du "bonheur", par exemple. Quoi qu'il en soit d'une telle hiérarchie, il semble bien que tous ces buts, ou toutes ces "intentions", ou manifestations de "volonté", ou "valeurs", ou "principes", comme il est dit parfois, doivent être compris comme des directives très générales, dont on ne contestera pas l'utilité pédagogique, ni même la nature juridique, mais dont la normativité est faible. Ce sont des textes qui peuvent, dans le meilleur des cas, enrichir ou renforcer une argumentation; ils ne sauraient en tenir lieu.

132. Dans des circonstances historiques particulières, il arrive qu'une constitution indique des buts plus contingents: ainsi la Loi fondamentale de 1949, qui exhortait le peuple (l'Etat, mais aussi les particuliers) à travailler à la réunification de l'Allemagne; ou la Constitution française de 1958, qui invitait les territoires d'outre-mer à former avec la République une communauté nouvelle. Ces deux textes ne produisent d'ailleurs plus d'effets; l'un a été formellement abrogé par la revision qui a accompagné la réunification (en 1990), l'autre est caduc du fait de la dissolution de la communauté franco-africaine et malgache (c'est-à-dire dès 1960).

133. A un moindre degré d'abstraction, donc à un niveau de normativité plus élevé, se situent les "*tâches*" de l'Etat, c'est-à-dire les programmes d'action que certaines constitutions fixent aux autorités de l'Etat, dans certains domaines, l'éducation, la santé, l'aménagement du territoire, la protection de l'environnement, par exemple, sous forme d'objectifs plus rapprochés qu'il s'agirait d'atteindre (et ici on peut même parler de buts spéciaux), ou de mesures à prendre[133]. Et ce n'est pas seulement par une

133 Il y a maintenant, en Allemagne et en Suisse, une littérature très riche sur les notions de buts, généraux et spéciaux, de l'Etat (Staatszwecke, Staatsziele), de tâches de l'Etat (Staatsaufgaben) et de mandats au législateur (Gesetzgebungsaufträge). Voir, notamment, en Suisse: Jörg Paul Müller, Soziale Grundrechte in der Bundesverfassung?, RDS 1973 II 687-964, notamment 745-757; Peter Saladin, Unerfüllte Bundesverfassung?, RDS 1974 I 307-338, spécialement 316-320; Ulrich Häfelin, Verfassungsgebung, RDS 1974 II 75-134, spécialement 94-99; Kurt Eichenberger, Der geforderte Staat: Zur Problematik der Staatsaufgaben (1977), dans Der Staat der Gegenwart, Bâle, 1980, p.114-126; Georg Müller, Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, Bâle, 1978, spécialement p.131-144; Urs Breiter, Staatszielbestimmungen als Problem des schweizerischen Bundesverfassungsrechts, Zurich, 1980; Christophe Zumstein, Der Begriff der Staatsaufgabe, Bâle, 1980; Peter Müller, Funktionen und Motive einer verfassungsrechtlichen Aufgabennormierung in den Kantonen, Bâle, 1982; Luzius Wildhaber/Stefan Breitenmoser, Aufgabennormen und Grundrechte in der Verfassung des Kantons Basel-Stadt, Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Bâle, 1984, p.45-88, spécialement p.48-58; Tobias Jaag, Gesetzgebungsaufträge, Mélanges U.Häfelin, Zurich, 1989, p.275-297 (où le terme est pris dans une acception très large); Gerhard Schmid, Ueberlegungen zur Auslese von Staatsaufgaben im politischen System der Schweiz, Annuaire suisse de science politique, 1990, p.121-135.

plus grande précision que ces tâches se distinguent des buts généraux précédemment cités; mais encore elles engagent l'Etat à *faire quelque chose de concret*, tandis que certains des buts généraux reconnus supposent que l'Etat s'abstienne au lieu d'agir. Le *but* de la prospérité est peut-être mieux réalisé par la garantie de la liberté d'entreprendre que par une intervention trop pressante des autorités dans l'économie; mais la *tâche* de l'éducation, même si elle n'est pas incompatible du tout avec la liberté de l'enseignement, nécessite une action positive des pouvoirs publics.

134. L'inscription de tâches dans les constitutions est un phénomène plutôt moderne. On trouve bien quelques textes précurseurs, en France par exemple, dans la Constitution de l'An III (1795), qui a un titre sur l'instruction publique (cf. les art. 296 à 298), et dans celle de 1848 (art. 13: "La société", c'est-à-dire les pouvoirs publics, "favorise et encourage le développement du travail par l'enseignement primaire gratuit, etc.")[134]. Mais c'est surtout au vingtième siècle que l'habitude s'est répandue de donner à certaines tâches de l'Etat une forme constitutionnelle. On peut en voir des illustrations dans la Constitution allemande de 1919 (culture, école, contrôle de la répartition de la propriété foncière, etc.), dans la Constitution française de 1946 (politique sociale, culture, école), dans la Constitution espagnole de 1978 (politique sociale et économique). Les tâches sont même innombrables dans la Constitution portugaise de 1976/1982 et touchent tous les domaines de la vie en société[135].

135. On devine aisément que l'inscription de tâches peut être utilisée comme une manière atténuée de répondre à ceux qui réclament la constitutionnalisation de droits sociaux. Plutôt que d'entretenir, par l'adoption d'un style identique à celui des garanties de droits fondamentaux, l'illusion que les droits sociaux donnent un accès direct aux tribunaux, les

— En Allemagne, voir, par exemple, Josef Isensee/Paul Kirchhof (éd.), Handbuch des Staatsrechts, t.III, Heidelberg, 1988, chapitre 57 (J. Isensee, Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat) et la bibliographie; un rapport d'une commission d'experts adressé au Ministre fédéral de la Justice, Staatszielbestimmungen, Gesetzgebungsaufträge, Bonn, 1983; et deux rapports des Professeurs Heinz-Christoph Link et Georg Ress, Staatszwecke im Verfassungsstaat — nach 40 Jahren Grundgesetz, VVDStRL, vol.48, Berlin/New York, 1990, p.7-55, 56-118. — La plupart des auteurs arrivent, par une voie ou par une autre, à la conclusion que ces notions peuvent être rangées selon un ordre croissant de précision et de normativité.

134 On ne saurait méconnaître un air de famille entre les dispositions de ce genre et celles qui cherchent à garantir des droits fondamentaux positifs, ci-dessus, no 123.

135 Voir, notamment, les art.59 et ss, ainsi que l'art.81.

constituants d'aujourd'hui préfèrent souvent charger les pouvoirs publics de mener une politique sociale. La Constitution néerlandaise de 1983 en fournit un bon exemple[136]. La Constitution portugaise a même conjugué les deux façons d'écrire, ce qui donne l'impression que la garantie d'un droit (à l'art. 60 I, par exemple) doit ici être simplement comprise comme l'obligation faite aux pouvoirs publics de prendre les mesures propres à le concrétiser (art. 60 II).

136. L'inscription de tâches est un procédé tout à fait normal dans les collectivités fondées sur des contrats: les parties ont le désir légitime de savoir l'usage qui sera fait des pouvoirs dont elles se dessaisissent. C'est ainsi que le traité constitutif de la Communauté économique européenne ne se borne pas à énumérer les compétences qui sont mises en commun, mais qu'il indique, avec une certaine précision, les objectifs que les organes communautaires devront s'efforcer d'atteindre et les types de mesures qu'ils devront mettre en oeuvre. La constitutionnalisation des buts et des moyens caractérise déjà le traité de 1957: à côté des clauses qui obligent les Etats-membres ou les particuliers, il y a en effet celles qui définissent des politiques communes; par exemple, la politique agricole commune (art. 39 ss). L'un des traits distinctifs du traité de revision de 1986 ("Acte unique") a été d'en augmenter le nombre, dans des domaines tels que la recherche technologique (art. 130F ss) et la protection de l'environnement (art. 130R ss), ou pour résoudre des problèmes tels que ceux qui résultent des disparités économiques régionales (art. 130A ss).

137. Mais les constituants vont parfois encore plus loin dans la détermination de l'action des autorités: on peut alors parler de véritables "*mandats*". Comme l'organe auquel il est donné est généralement le législateur ordinaire, nous rencontrons ici la figure, assez répandue, des mandats du constituant au législateur. Ces mandats, évidemment beaucoup plus précis que les "buts généraux de l'Etat", mais aussi mieux définis que les "tâches de l'Etat" dans leur contenu et dans la désignation de l'autorité qui doit les remplir, sont plus propres que les autres règles à faire, en cas d'inexécution, l'objet d'une procédure judiciaire. — On trouve de bons exemples de tels mandats dans la Loi fondamentale allemande, notamment pour la mise en oeuvre du principe d'égalité: il y a des textes exprès qui chargent le législateur de réaliser l'égalité juridique entre les hommes et les femmes (art. 117 I) et l'égalité juridique entre les enfants nés en mariage et ceux nés hors mariage (art. 6 V). Mais il arrive toujours plus fréquemment, dans un grand nombre de pays, au premier rang desquels nous retrouvons l'Allemagne, qu'en l'absence même de disposition expresse certains mandats soient déduits de la seule garantie d'un droit fondamental (cf. nos 219 et ss). Enfin, certains mandats sont donnés de manière tout à fait indépendante des droits fondamentaux et la question se pose alors, à l'inverse, de savoir si les particuliers peuvent agir pour en réclamer l'exécution (cf. no 244).

136 Voir les art.19 à 23.

c) Les principes de l'action de l'Etat.

138. Alors que les "règles d'organisation" et les "droits fondamentaux", et même les "tâches" et les "mandats", ont un sens à peu près univoque, le mot "principe" sert véritablement à tous les usages. Pour nous en tenir à la matière qui nous occupe, on le trouve associé à des problèmes de structure (rapports avec l'ordre international ou un ordre supranational, par exemple, subsidiarité, fidélité confédérale), à des problèmes d'organisation (fondement de la souveraineté, idée démocratique, légalité), ainsi qu'à des notions telles que les droits fondamentaux, les buts de l'Etat, ses tâches etc.: ce qui signifie que, dans tous les secteurs que nous venons d'inventorier, qu'ils ressortissent à la partie instrumentale ou à la partie substantielle de la constitution, on rencontre des articles, voire des chapitres intitulés "principes"[137]. — Nous prenons ici le mot dans l'acception étroite de règles générales qui doivent inspirer la conduite des organes de l'Etat (voire, pour certaines d'entre elles, aussi le comportement des particuliers). La Loi fondamentale, une fois de plus, nous en fournit des exemples: le respect de la dignité humaine (art. 1er I), l'interdiction de la rétroactivité (art. 103 II), la responsabilité de l'Etat pour les conséquences de ses actes (art. 34) etc. A quoi on peut ajouter d'autres principes dégagés par la jurisprudence, tels que l'exigence de la proportionnalité ou celle de la bonne foi. On relèvera toutefois l'indéniable parenté qui existe entre certains de ces principes et la garantie des droits fondamentaux.

139. Certaines circonstances historiques ou certaines particularités dans la composition de la population peuvent suggérer au constituant des dispositions d'un type différent, par exemple sur les rapports entre les autorités de l'Etat et les religions (art.1er I de la Constitution française de 1946, art. 2 I de celle de 1958: "La France est une République laïque...") ou sur l'usage d'une ou de plusieurs langues officielles (art. 3 de la Constitution espagnole de 1978); etc.

137 La doctrine moderne a même forgé une notion supérieure, qui serait celle des "principes structurels". Il ne s'agirait plus de règles, plus ou moins normatives, contenues dans la constitution, mais d'idées très générales, à caractère de synthèse, que suggère la considération de l'ensemble de la constitution et qui peuvent servir à l'interprétation des diverses parties de cette constitution. Voir, par exemple, Philippe Mastronardi, Strukturprinzipien der Bundesverfassung?, Bâle, 1988; Ernst-Ulrich Petersmann, Die Verfassungsentscheidung für eine völkerrechtskonforme Rechtsordnung als Strukturprinzip der Schweizer Bundesverfassung, AöR, 1990, p.537-576, spécialement p.543-548.

d) Les symboles de l'Etat.

140. Plusieurs constitutions formelles contiennent des dispositions qui ne sont peut-être pas indispensables à la marche de l'Etat, mais qui sont propres à renforcer le sentiment d'appartenance à la nation et qui, pour cette raison, sont tout à fait à leur place: règles sur l'emblême national, sur l'hymne national, sur la fête annuelle nationale, sur la "devise" nationale, sur la capitale de l'Etat, etc. Voir, par exemple, pour la France, l'art.2 de la Constitution de 1946 et l'art. 2 de celle de 1958; pour l'Allemagne, l'art. 22 de la Loi fondamentale de 1949 et l'art. 2 du traité de réunification de 1990; pour l'Espagne, les art.4 et 5 de la Constitution de 1978.

4. Autres règles soustraites à l'action du législateur ordinaire.

141. La supériorité de la constitution formelle sur les lois ordinaires s'étend, sauf disposition contraire, à toutes les règles qui figurent dans cette constitution. Dès qu'une règle est ainsi constitutionnalisée, elle échappe, quel que soit son contenu, à la volonté du législateur ordinaire. Ceux qui ont un intérêt au maintien de la règle sont donc assurés qu'elle subsistera, au-dessus des lois, aussi longtemps qu'elle n'aura pas été modifiée ou abrogée selon la procédure spéciale prévue pour la revision de la constitution. Une "déconstitutionnalisation", qui la ramènerait au niveau des lois, ne pourrait pas non plus se faire sans passer par cette procédure. L'introduction d'une règle dans la constitution lui accorde, en d'autres termes, une protection dont la valeur est égale au supplément de difficulté juridique et politique qui distingue la procédure spéciale de revision de la procédure législative ordinaire.

142. De là à penser que les constitutions sont exposées, du fait de certaines majorités conjoncturelles, à l'intrusion de toutes sortes de règles qui les dénaturent, il n'y a qu'un pas. Et pourtant, ce pas ne devrait pas être franchi sans examen. Il n'est pas facile, en effet, de dire qu'une règle *n'a pas sa place* dans une constitution. Tout dépend de la constitution dont il s'agit, de l'opinion qu'on en a dans le pays considéré. Des doutes ne nous paraissent s'imposer que dans deux hypothèses: si une règle porte sur une matière qui est tout à fait isolée et qui n'a pas d'équivalent dans le reste de la constitution; ou si une règle, dans une matière qu'on peut tenir pour constitutionnelle, descend à un niveau de détail exceptionnellement bas. En revanche, si un grand nombre des matières réglées dans la constitution le sont de façon relativement détaillée, les règles détaillées

n'ont plus rien que de normal et tiennent tout simplement à l'idée qu'on se fait de la constitution. Il y a lieu de tenir compte aussi de l'origine quasi-contractuelle des dispositions des constitutions fédérales qui donnent des compétences au pouvoir central: il arrive souvent, ici, que les parties fédérées, à cause du rôle qu'elles jouent dans l'adoption ou dans la revision de ces constitutions, obtiennent que les attributions de compétences y soient délimitées avec précision.

143. Si nous faisons abstraction de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, dont il sera question plus loin (no 179), nous avons peu d'exemples à proposer où le recours à la forme constitutionnelle peut être tenu pour franchement inusité. On citera toutefois, à titre d'échantillon, une loi constitutionnelle française du 10 août 1926, qui venait s'ajouter aux trois lois de 1875 (no 113), mais qui, à la différence de celles-ci, n'avait qu'un objet de pure administration (création d'une Caisse autonome de gestion des bons de la défense nationale, etc). La procédure spéciale avait été choisie pour des raisons psychologiques: il s'agissait de marquer le retour de Poincaré aux affaires et de rassurer l'épargne[138].

144. Le cas des constitutions des Etats américains n'appartient pas au même chapitre. Ces constitutions sont assurément très longues, jusqu'à cinq ou dix fois plus que la Constitution des Etats-Unis (cf. no 101). Mais c'est qu'elles répondent à une autre conception de la constitution. Elles étaient, dès l'origine, assez détaillées dans toutes leurs parties (sauf les déclarations de droits, qui se sont généralement situées à un niveau d'abstraction tout à fait "européen"). Elles le sont devenues encore davantage au vingtième siècle. Et ceci n'est pas dû à un exercice trop généreux du droit d'initiative populaire (qui n'existe d'ailleurs que dans une vingtaine d'Etats). C'est le fait des Parlements eux-mêmes, qui ont depuis longtemps pris l'habitude de soumettre au référendum constitutionnel (connu, lui, dans presque tous les Etats) des règles de toute espèce, des crédits, des plans, presque des organigrammes. Le Professeur Auer rapporte que les constitutions des Etats ont fait l'objet, en deux siècles, de plus de cinq mille revisions, partielles pour la plupart, dont les neuf dixièmes ont été provoquées par l'autorité législative[139]. Devant une telle statistique, on ne peut évidemment pas parler d'"artifice": la revision constitutionnelle est, dans les Etats américains, un moyen ordinaire de l'action politique.

145 La question du référendum n'est d'ailleurs pas étrangère à notre sujet. Quand la revision de la constitution est l'affaire du seul Parlement

138 Cf. Joseph-Barthélemy/Paul Duez, Traité de droit constitutionnel, Paris, 1933, p.33. — En revanche, l'illustration cherchée parfois dans les amendements XVIII et XXI de la Constitution des Etats-Unis (prohibition de la fabrication et du commerce des boissons alcooliques, puis abrogation de ladite prohibition) n'est pas tout à fait pertinente: le Congrès, faute de compétence législative fédérale, n'aurait, semble-t-il, pas pu décréter la prohibition par une loi ordinaire.

139 A. Auer, Le référendum (cité à la note 104), p.8-9.

et ne se distingue de la législation ordinaire que par l'exigence d'une majorité qualifiée (majorité des deux tiers plutôt que majorité simple, par exemple), la décision de résoudre un problème politique dans la constitution, alors qu'il serait possible de le traiter dans une loi, ne relèvera souvent que de la stratégie des partis représentés à l'assemblée. Mais si la revision doit s'achever par un référendum, alors le choix n'est plus seulement une affaire de partis: il y a une raison tout à fait démocratique d'adopter la forme constitutionnelle.

146. Il nous faut mentionner enfin une dernière catégorie de règles qu'on trouve dans les constitutions. Ce sont celles qui y sont mises non pas pour être soustraites à l'action du législateur ordinaire, mais *parce que*, dérogeant à d'autres règles qui figurent déjà dans la constitution, elles ne peuvent pas être l'oeuvre de ce législateur. Ici, le recours à la forme constitutionnelle n'est plus l'effet d'un choix ou, si l'on préfère, il n'est que la conséquence d'un choix antérieur. Si l'on veut la règle de dérogation, il faut, compte tenu de la force dérogatoire de la constitution, la placer également dans la constitution.

5. Le contenu des constitutions suisses.

147. Le moment est venu de voir si les constitutions suisses ont un contenu comparable à celui de la plupart des constitutions occidentales ou si elles se distinguent par certaines particularités. Par constitutions suisses, nous entendons la Constitution fédérale et les constitutions des cantons. Mais, avant de les examiner, nous allons vérifier rapidement qu'il s'agit bien là de constitutions formelles. Nous jetterons aussi un regard, en temps voulu, sur diverses propositions de revisions.

a) Le caractère formel des constitutions suisses.

148. Ce caractère n'est pas douteux pour la *Constitution fédérale* du 29 mai 1874. Elle se revise, en effet, selon une procédure plus difficile que celle de la législation ordinaire: il suffit, pour s'en convaincre, de mettre en parallèle les art. 118 à 123, sur la revision constitutionnelle, et les art. 88 et 89, sur l'adoption des lois. La démonstration a été faite assez souvent pour qu'il n'y ait pas lieu de la reprendre ici[140].

140 U.Häfelin/W.Haller (cités à la note 47), p.6, no 15; p.10, no 27; Luzius Wildhaber, Commentaire de la Constitution fédérale, ad art.123 (1988), no 1.

149. La Constitution fédérale de 1874 est formée d'un seul document. Il y a eu des époques où elle était flanquée d'autres documents du niveau constitutionnel, nommés "additifs"[141]. Ce n'est plus le cas aujourd'hui.

150. Certaines règles qui ont été introduites dans la Constitution selon la procédure de la revision constitutionnelle peuvent, d'après leur libellé même, être modifiées ou abrogées par une loi ordinaire. Voir, par exemple, les art. 8 et 16 à 18 des Dispositions transitoires. Ces règles n'en font pas moins partie de la Constitution, mais elles ne bénéficient que d'une primauté relative[142].

151. Sauf ce qui vient d'être dit, il n'y a pas de hiérarchie formelle à l'intérieur de la Constitution: toutes les règles qui la composent peuvent, en théorie, être revisées selon la même procédure. Voir l'art. 118. Il n'y a pas non plus de hiérarchie matérielle[143]. Les règles de la Constitution forment un tout, elles sont coordonnées, non pas subordonnées, et elles doivent être comprises dans une considération globale des unes et des autres; d'éventuelles contradictions devraient être levées par la voie de l'interprétation[144].

152. Le caractère formel des *constitutions cantonales* n'est pas moins certain, quoiqu'il soit parfois moins visible. Une première constatation, c'est que tous les cantons ont adopté un document intitulé constitution[145]. Une deuxième constatation, c'est que toutes ces constitutions ont été, dans toutes leurs parties, approuvées par le corps électoral du canton, en vertu d'ailleurs d'une règle de la Constitution fédérale elle-même (art. 6 II c). Ce qui occulte légèrement le caractère de ces constitutions, c'est que, dans plusieurs cantons, les lois ordinaires également sont, en vertu de la constitution du canton cette fois-ci, soumises à un référendum obligatoire. Et pourtant, même dans ces cantons, les différences entre la constitution et la loi sont bien réelles.

153. D'abord, les revisions totales sont souvent préparées par une constituante distincte du Parlement[146]. Ensuite, les revisions partielles, quand elles sont l'oeuvre du Parlement, sont délibérées selon une procédure un

141 Y.Hangartner (cité à la note 47), p.7. Il ne sera pas question, ici, des arrêtés fédéraux urgents, de forme constitutionnelle, pris en vertu de l'art.89 bis III de la Constitution.

142 Sur la primauté relative de l'art.8 des Dispositions transitoires, voir Ernst Höhn, Commentaire de la Constitution fédérale, ad art.8 D.T. (1987), nos 8 et 9.

143 La question des limites matérielles (autonomes) à la revision de la constitution n'est pas abordée ici; cf. déjà no 52.

144 Cf. Arthur Häfliger, La hiérarchie des normes constitutionnelles et son rôle dans la protection des droits de l'homme, RUDH, 1990, p.280-288, spécialement p.284; Pierre Moor, Droit administratif, t.I, Berne, 1988, p.40.

145 Elles sont, comme on le sait, toutes reproduites dans le Recueil systématique du droit fédéral, RS 131.211 et ss.

146 Voir le tableau, FF 1985 III 127-129, et Peter Rüegg, Über den Verfassungsrat in der heutigen Schweiz, Zurich, 1989.

peu plus lourde que celle qui est applicable à la législation ordinaire: nombre de lectures, délai de réflexion entre les lectures, parfois même la constitution prévoit une majorité qualifiée. C'est finalement pour les revisions partielles proposées par une initiative populaire rédigée de toutes pièces que la ressemblance avec les lois ordinaires est la plus grande; mais, là encore, il peut y avoir une différence dans le nombre de signatures requis, dans les exigences du principe de l'unité de la matière, etc.

154. Mais le vrai critère, c'est l'*intention*: on ne revise pas la constitution sans le savoir ni sans le vouloir. Les autorités cantonales, quand elles édictent un texte, disent: nous faisons une loi, ou bien: nous revisons la constitution, et elles le précisent dans l'intitulé de leur acte. Il faut d'ailleurs bien qu'elles sachent si leur ouvrage sera ensuite soumis à l'Assemblée fédérale (ci-après)[147]. Si le projet vient d'une initiative populaire et qu'il soit ambigu, c'est le devoir du Parlement de le qualifier correctement[148]. De sorte qu'à la fin on voit très bien de quoi il s'agit: il n'y a, tout compte fait, pas d'hésitation possible sur la nature d'une constitution.

155. Reste une dernière question: si les cantons, qui ont tous adopté une constitution formelle, l'ont fait librement ou parce que cela leur était prescrit par le droit fédéral. Une chose est certaine: c'est que la Constitution fédérale les oblige à faire une constitution *écrite*. En prévoyant un référendum populaire (art. 6 II c) et un examen par l'Assemblée fédérale (art. 85 7o), le constituant fédéral n'a pu, en effet, penser qu'à quelque chose *qu'on peut lire*. Quant à savoir s'il leur impose aussi une constitution *supérieure aux lois*, nous croyons que, là encore, il faut répondre oui[149]. La superlégalité est le critère le plus propre à définir ce qui doit être soumis à l'Assemblée fédérale (voir ci-dessus). D'ailleurs, en précisant que la Confédération garantit les "droits constitutionnels" des citoyens (art. 5), dans un texte où il ne peut s'agir évidemment que de droits fondés sur la constitution cantonale, la Constitution fédérale donne à entendre qu'une partie au moins de la constitution du canton est opposable à la législation cantonale ordinaire.

147 On peut même imaginer que cette question de contrôle (l'Assemblée fédérale pour la Constitution, le Tribunal fédéral pour les lois) oriente leur décision là où un choix est possible.

148 ATF 104 Ia 343, 348, *Annen*, du 5 juillet 1978.

149 Plus nuancé P.Saladin, Commentaire de la Constitution fédérale, ad art.6 (1987), no 6.

156. On notera enfin qu'aucun indice ne permet de discerner une hiérarchie, formelle ou matérielle, à l'intérieur des constitutions des cantons et que le Tribunal fédéral, dans un obiter dictum délivré il y a une soixantaine d'années, s'est expressément refusé à en reconnaître une[150].

b) Le contenu de la Constitution fédérale.

157. Malgré les cent vingt revisions partielles qu'elle a subies depuis son entrée en vigueur, la Constitution fédérale de 1874 a gardé un contenu très classique, embrassant la plupart des éléments qui ont été inventoriés plus haut. Mais elle présente aussi des spécialités, qui sont dues à la structure fédérative du pays ainsi qu'à la manière dont la démocratie directe y est pratiquée.

1) Le contenu classique.

158. La Constitution fédérale consacre de nombreuses dispositions à la *structure* de l'Etat, à la nature des cantons et de la Confédération, au partage des compétences entre eux, à leurs rapports. Ces dispositions se trouvent principalement dans le chapitre premier, en particulier dans les premiers articles (art. 1er, 3, 5 à 10, 14), qui donnent les clefs du fédéralisme suisse. Mais on en rencontre aussi dans le chapitre II (voir les art. 72 à 74, 80 à 83, 84 et 85, 89 à 90, 93, 102, 110, 113), voire dans le chapitre III (spécialement l'art. 123), et elles forment la majeure partie du groupe des dispositions transitoires.

159. Il n'est pas inutile d'observer que la structure fédérative, telle qu'elle se dégage de la Constitution, est *exhaustive*, en ce sens qu'on ne pourrait pas y ajouter de collectivités publiques intermédiaires sans revision constitutionnelle. Le fédéralisme suisse est une structure à deux étages, les cantons et la Confédération; la création, entre les cantons et la Confédération, de régions dotées d'organes et de compétences propres nécessiterait une base constitutionnelle qui, actuellement, n'existe pas[151].

160. La Constitution fédérale consacre également de nombreuses dispositions à l'*organisation* de l'Etat central (Confédération). Ces dispositions figurent principalement dans le chapitre II. Mais il s'en trouve également dans le chapitre premier (voir, par exemple, l'art. 32 et d'autres

150 ATF 56 I 327, 332-333, *Bartholdi-Herzig*, du 12 septembre 1930.

151 U.Häfelin, Commentaire de la Constitution fédérale, ad art.7 (1989), no 47.

textes du même genre, sur les "consultations" de groupements intéressés auxquelles le Gouvernement fédéral procède quand il prépare une loi); ainsi que dans le chapitre III, parce que la revision d'une constitution est aussi, naturellement, une affaire d'organisation.

161. Le système des autorités fédérales doit probablement être considéré comme *exhaustif*, dans le même sens qui a été vu pour la structure; c'est-à-dire que la création d'un nouvel organe fédéral, en tout cas s'il est doté d'importants pouvoirs de décision, supposerait elle aussi une revision de la Constitution[152].

162. La Constitution fédérale consacre son troisième chapitre à la *revision* de la Constitution.

163. Les *droits fondamentaux* occupent une douzaine d'articles du chapitre premier, auxquels on peut ajouter toutes les dispositions des chapitres II et III qui garantissent les droits de participation des citoyens aux affaires fédérales. Le caractère lacunaire du catalogue fédéral a toujours été expliqué pour la raison (peu satisfaisante) qu'au moment où l'Etat fédéral a été créé, les constitutions des cantons contenaient déjà des catalogues plus complets. Quoi qu'il en soit, il est aujourd'hui de jurisprudence constante que les énoncés du droit fédéral ne sont *pas exhaustifs* et qu'il existe, à côté des libertés expressément garanties par le texte de la Constitution fédérale, d'autres libertés fédérales qui sont implicites (cf. no 44).

164. A l'exemple de tant d'autres constitutions, celle de la Confédération suisse résume, dans son Préambule et un de ses articles liminaires (art. 2), les *buts généraux* de l'Etat. A vrai dire, le Préambule indique plutôt, par la tournure qu'il utilise, le but de la "fédéralisation" de la Suisse, c'est-à-dire de la transformation de la confédération de 1815 en un Etat fédéral[153]. Mais, au-delà des termes employés, c'est bien une certaine manière de comprendre le but d'un Etat fédéral qui est proposée ici: à savoir le renforcement de l'idée nationale dans le respect de l'identité des cantons; ce qui n'est pas sans faire penser à la fonction d'"intégration" qu'une partie de la doctrine allemande reconnaîtra, au vingtième siècle, à l'Etat et à sa constitution. Le but de la fédéralisation, tel qu'il ressort du Préambule, est une intégration partielle de la nation suisse.

152 Mais l'institution d'un médiateur, envisagée par certains parlementaires en 1981, aurait pu, de l'avis général, se fonder sur une loi ordinaire; cf. BO 1981 CN 288 et ss.

153 Un peu comme on l'a vu pour le Préambule de la Constitution des Etats-Unis; cf. la note 132.

165. Quant à l'art. 2, l'énumération qu'il fait de quatre buts de l'Etat est tout à fait traditionnelle: indépendance, tranquillité (ordre intérieur), liberté, prospérité. On peut même admettre qu'il s'agit là de buts qui sont proposés à toutes les collectivités étatiques qui forment la Confédération, c'est-à-dire aux cantons autant qu'à l'Etat central[154]. La controverse porte aujourd'hui plutôt sur le sens qu'il faut donner aux mots utilisés dans l'article; si, par exemple, la prospérité des citoyens doit être recherchée dans une politique libérale — ce qui était probablement l'idée du constituant — ou si elle suppose la mise en oeuvre d'une politique sociale. Il y a aussi une divergence de vues, inévitable avec ce genre de texte, sur sa portée juridique (voir plus loin, le no 237).

166. Enfin, on peut lire, dans certaines dispositions de la Constitution fédérale (par exemple les art. 115 à 117), des règles qu'ailleurs on qualifie parfois de principes. Mais il est bien clair qu'aujourd'hui la plupart des principes dont on admet qu'ils doivent gouverner l'action de l'Etat sont des créations de la jurisprudence.

167. La formulation de *tâches* et de *mandats* constitutionnels, ainsi que l'inscription d'autres règles soustraites aux atteintes du législateur, sont traitées dans la division suivante (nos 172 et ss), parce qu'il s'agit là de textes qui, pour la plupart, sont en rapport direct avec les particularités du droit public suisse.

2) Le contenu spécialement suisse.

168. La Constitution fédérale a, comme nous venons de le voir, des dispositions sur la structure fédérative de l'Etat, à l'exemple des constitutions de tous les Etats fédéraux. Elle a notamment adopté le système qui consiste à ne reconnaître à l'Etat central que les compétences qu'elle lui attribue par la voie de l'énumération (art. 3). Mais le constituant suisse a une manière à lui de formuler ces attributions de compétences. Ou plutôt il a diverses manières de les formuler, sans doute parce que les problèmes sont trop variés pour s'accommoder d'un langage uniforme, mais aussi, probablement, parce qu'ils ont été traités en plusieurs dizaines de moments différents (revisions partielles), et c'est cette diversité dans les techniques d'attribution qui donne, pour l'essentiel, sa spécificité à notre constitution[155]. La diversité tient surtout à la variété des critères utilisés.

154 Voir Y.Hangartner (cité à la note 47), I, p.159.

155 Sur cette diversité, voir Y. Hangartner (cité à la note 47), I, p.70-72.

169. Le premier type d'attributions prend simplement comme critère les *problèmes* qui se posent traditionnellement dans tous les Etats, parce qu'ils sont en quelque sorte *inhérents à la notion d'Etat*. Au nombre de ces problèmes, on comptera la politique étrangère (définie, en termes un peu étriqués, comme l'aptitude à conclure des traités), la politique économique extérieure (visée à travers les douanes), la défense nationale (représentée, dans le texte, par son instrument principal, qui est l'armée), la réglementation de la nationalité et du statut des étrangers, le droit civil et le droit pénal, la monnaie, les poids et mesures, la banque centrale d'émission[156]. Toutes ces compétences, sauf la dernière, sont données sans précision sur l'usage qui devra en être fait[157].

170. Plusieurs attributions se rapportent à une *activité humaine*, qu'il appartiendra à la Confédération de réglementer, souvent sans qu'aucune indication ne soit fournie sur le but de cette réglementation: la chasse et la pêche, le commerce en général, singulièrement le commerce des denrées alimentaires, les banques, les assurances, le commerce des films, la navigation[158]. Les activités humaines peuvent d'ailleurs être extrêmement complexes et contribuer à former l'infrastructure du pays: il en est ainsi de la construction et de l'exploitation de chemins de fer, de la navigation aérienne, de la production de certaines sortes d'énergie, de la radio et de la télévision[159].

171. Quelques rares attributions se font par rapport à un *objet matériel*: les automobiles et les cycles, les armes, les boissons distillées (ici, il est vrai, avec une précision sur le sens des mesures à prendre)[160].

172. Mais les attributions les plus nombreuses — et ici la partie structurelle de la constitution se double d'une donnée substantielle — sont définies par un *but spécial* qu'il s'agit d'atteindre. C'est le cas toutes les fois que la Confédération est chargée d'une tâche de "protection", de "conservation", d'"encouragement", et ces textes se sont multipliés depuis une trentaine d'années. *Protection* des travailleurs, des consommateurs; protection de l'environnement, protection des eaux; protection des animaux, de la faune, de la flore, des marais[161]. A quoi nous pouvons

156 Il s'agit, dans l'ordre du texte, des art.8, 28, 19-20, 44, 69 ter, 64 et 64 bis, 38, 40, 39.

157 Sur l'adjonction d'une finalité dans l'interprétation de l'art.64 (notion "typologique" du droit civil), cf. JAAC, 1982, no 20.

158 Art.25, 31 bis II, 69 bis, 31 quater, 34 II, 27 ter I b, 24 ter.

159 Art.26, 37 ter, 24 bis I b, 24 quinquies, 55 bis.

160 Art.37 bis, 41 II et III, 32 bis.

161 Art.34 ter I a, 31 sexies, 24 septies, 24 bis II a, 25 bis, 24 sexies IV et V.

ajouter la protection civile (en vue d'événements incertains), la lutte contre les maladies, les mesures tendant à assurer l'équilibre de l'évolution conjoncturelle, les principes applicables à une consommation économe et rationnelle de l'énergie[162]. *Conservation* de l'agriculture, des forêts, des eaux[163]. *Encouragement* de la culture du blé dans le pays, de la construction de logements, de la recherche scientifique, du développement de certaines techniques énergétiques, de la pratique du sport, de la production cinématographique en Suisse[164]. On peut ranger dans la même catégorie de compétences déterminées par leur finalité les textes sur la sécurité sociale en cas d'accident, de maladie, de maternité, de chômage[165], parce que, dans la notion d'"assurance", il y a aussi une idée de but.

173. Quelquefois, le constituant prescrit des *mesures* à prendre et les met en rapport direct avec le *but* visé. Il impose ainsi l'aménagement du territoire pour assurer une utilisation judicieuse du sol; diverses dispositions législatives pour assurer l'utilisation rationnelle et la protection des ressources en eau; des lois de trois espèces (les "trois piliers") pour promouvoir une prévoyance suffisante en vue des cas de vieillesse, de décès et d'invalidité; une surveillance des prix pour empêcher des abus dans la formation des prix; une surveillance des loyers pour protéger les locataires contre les loyers abusifs, etc.[166].

174. Il arrive aussi que le constituant attribue à la Confédération des *tâches* encore plus *concrètes*, telles que l'exploitation d'un service des postes et télégraphes, ou l'établissement et l'entretien d'un réseau de routes nationales, ou le maintien d'une école polytechnique, ou l'entretien d'une réserve de blé[167].

175. A noter que certains textes constitutionnels fixent des buts à la fois aux cantons et à la Confédération, sans procéder à un partage des compétences, qu'il faut chercher dans d'autres dispositions[168]. — Il y a même des textes qui ne s'adressent qu'aux cantons: les uns pour lever, à leur endroit, des interdictions qui résultent normalement de la garantie d'un

162 Art.22 bis, 69, 31 quinquies I, 24 octies II.
163 Art.31 bis III b, 24, 24 bis I a.
164 Art.23 bis II, 34 sexies, 27 sexies, 24 octies III, 27 quinquies , 27 ter I a.
165 Art.34 bis, 34 quinquies IV, 34 novies.
166 Art.22 quater I, 24 bis, 34 quater, 31 septies, 34 septies I.
167 Art.36 I, 36 bis I, 27 I, 23 bis I.
168 Voir, par exemple, les art.64 ter et 24 octies I.

droit fondamental[169]; les autres, qui sont peut-être les plus intéressants en même temps que les plus problématiques, pour les obliger à user de leurs compétences d'une manière déterminée[170]; d'autres enfin pour protéger leurs compétences contre une interprétation extensive de celles qui ont été attribuées à la Confédération[171]. Ces dernières dispositions sont parfois introduites dans le projet de revision constitutionnelle pour en mieux assurer l'acceptation par le peuple et les cantons.

176. Cette crainte du référendum explique d'autres particularités de notre constitution. D'abord certains aspects du régime des finances, notamment son caractère encore provisoire après soixante-quinze ans d'efforts, qui ne se concevrait guère dans une démocratie simplement représentative[172]. Ensuite, et ceci nous paraît particulièrement révélateur de l'idée suisse de constitution, la multiplication des *mandats législatifs*. Par ces mandats, nous n'entendons pas l'obligation générale qui serait faite, expressément ou implicitement, à la Confédération d'user de ses compétences, mais quelque chose de beaucoup plus précis[173].

177. Quand, en effet, une compétence est donnée à la Confédération, il se trouve souvent des milieux politiques pour exiger que des injonctions soient adressées au législateur sur ce qu'il devra faire ou sur ce qu'il ne devra pas faire: manière commode de s'épargner, pour plus tard, la peine de demander le référendum contre la loi. Cela fait que les mandats du constituant au législateur sont assez nombreux dans la Constitution fédérale et atteignent un assez haut degré de précision: on en trouve, par exemple, sur le système d'encouragement de la culture du blé (ici, les textes sont même très précis), sur les débits minimaux des cours d'eau, sur le régime de l'alcool distillé, sur les billets de banque, sur l'existence d'une autorité d'examen des plaintes en matière de radio et de télévision[174]. Nous avons même, dans le genre, deux véritables morceaux d'anthologie: le mandat sur l'impôt direct et l'impôt de consommation[175],

169 Art.31 II 3, 31 ter.

170 Art.22 quater I, 27 II, 31 sexies III.

171 Art.64 III, 64 bis II, 24 sexies I.

172 Art.41 ter I 2. Cela est dit sous réserve de l'acceptation, le 2 juin 1991, par le peuple et les cantons, du nouvel arrêté du 14 décembre 1990, FF 1990 III 1581.

173 MM.Häfelin et Jaag (cités à la note 133) considèrent qu'il y a mandat toutes les fois que la Confédération reçoit une compétence qu'elle doit exercer. C'est une acception très large, qui inclut divers degrés de normativité.

174 Art.23 bis II 2 et 3, 24 bis II a, 32 bis, 39 VI et VII, 55 bis V.

175 Art.41 ter. Le nouveau texte (ci-dessus, note 172) n'est pas moins précis que le texte actuel.

le mandat sur la prévoyance sociale[176]. Ici, le constituant tient quasiment la main du législateur: il lui donne le but et les moyens, il lui fixe des maxima, il lui impose même des revisions ultérieures pour le cas où les circonstances auraient changé.

178. A noter toutefois que certains mandats ne doivent rien à l'institution référendaire et résultent directement de la garantie de droits fondamentaux. Ainsi, par exemple, l'injonction faite au législateur fédéral de protéger la liberté de conscience dans le domaine de la fiscalité[177]. On peut en rapprocher l'ordre intimé au même législateur de prévenir la double imposition intercantonale[178]. Il arrive aussi que de tels mandats s'adressent à la fois aux législateurs des cantons et à celui de la Confédération: c'est le cas, notamment, de l'obligation de promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes[179]. La doctrine moderne a d'ailleurs tendance à multiplier les mandats de cette sorte[180].

179. Il y a une dernière catégorie de règles qu'il vaut la peine de mentionner. Ce sont celles qui prescrivent ou, plus souvent encore, qui interdisent en termes directs certains *comportements* aux pouvoirs publics, voire aux particuliers. Ces règles, sans être entièrement atypiques, semblent être plus nombreuses dans la Constitution fédérale que dans la plupart des constitutions étrangères[181]. A vrai dire, les dispositions qui s'adressent aux pouvoirs publics sont encore, en général, d'une substance tout à fait "constitutionnable". Il s'agit de certains dérivés des droits fondamentaux (interdiction de la prison pour dettes, des peines corporelles[182]) ou alors de principes qui répondent à d'évidentes nécessités politiques (interdiction des troupes permanentes; interdiction faite aux cantons de conclure des alliances entre eux ou de régler leurs différends par des voies de fait[183]). Ce n'est que récemment qu'on a vu mettre dans la constitution des injonctions plus concrètes, telles que l'interdiction temporaire d'autoriser la construction de centrales nucléaires ("moratoire") ou l'obligation de démanteler des ouvrages militaires installés dans

176 Art.34 quater.
177 Art.49 VI 2.
178 Art.46 II.
179 Art.4 II 2.
180 J.P.Müller, Commentaire de la Constitution fédérale, Introduction aux droits fondamentaux (1987), nos 23, 41.
181 A l'exception, évidemment, de celles des Etats américains, cf. no 144.
182 Art.59 III, 65 II.
183 Art.13, 7 I, 14.

un marécage ("Rothenthurm")[184]. Mais le grief de l'indignité constitutionnelle vise plutôt les *injonctions adressées aux particuliers*: on reconnaît ici, dans un cortège un peu carnavalesque, l'interdiction des maisons de jeu, celle de l'absinthe, celle du colportage des boissons alcooliques[185]; autrefois, l'interdiction de l'abattage israëlite, qui a disparu du corps de la Constitution il y a dix-huit ans et des dispositions transitoires il y a dix ans, mais qui fait toujours, comme on le sait, la joie des commentateurs étrangers.

180. L'interdiction de l'absinthe, le moratoire nucléaire et la décision concernant Rothenturm sont notoirement le résultat d'une initiative populaire. Mais c'est tout: *rien d'autre*, qui pourrait être considéré comme déplacé dans la loi fondamentale de l'Etat, n'est imputable à cet instrument de démocratie. Pas même, indirectement, par le biais d'un contreprojet: tous les détails qui encombrent les articles issus des contreprojets sont, en effet, des apports de l'Assemblée fédérale. C'est elle, si l'on veut, la grande coupable. Elle a d'ailleurs commencé très tôt, dès 1908, en opposant, avec succès, neuf alinéas à une initiative populaire (sur l'économie hydraulique) qui n'en comptait que trois. Sans doute y a-t-il eu bien des initiatives qui, elles, étaient franchement verbeuses, mais elles n'ont justement pas trouvé grâce devant le constituant. Conclusion, qui devrait régler la question s'il était facile de déraciner les idées fausses: la prolixité, qui est indéniable en divers points de la Constitution fédérale, est due au *référendum final*, c'est-à-dire à la crainte (illusoire ou fondée) qu'il inspire au Parlement, bien davantage qu'à l'initiative populaire.

3) Les projets de revision.

181. L'idée de soumettre la Constitution fédérale à une revision totale est née dans les années soixante. Elle a suscité plusieurs projets, dont trois peuvent être considérés comme assez représentatifs de l'image qu'on se fait aujourd'hui en Suisse d'une constitution moderne: un projet d'une commission fédérale d'experts, publié en 1977[186]; un modèle rédigé par le Département fédéral de justice et police en 1985, qui est la reprise du projet de 1977 corrigé sur de nombreux points pour répondre à diverses critiques[187]; un projet des Professeurs Kölz et Müller, présenté en 1984 et réédité, avec quelques modifications, en 1990. Il ne s'agit pas, ici, de porter un jugement sur les innovations matérielles que ces projets entendent introduire dans le régime constitutionnel de la Suisse; mais simplement de voir si, par les objets traités et la manière dont ils le sont, les

184 Art.19 des Dispositions transitoires, 24 sexies V.

185 Art.35, 32 ter, 32 quater VI.

186 FF 1985 III 175-201.

187 FF 1985 III 202-236.

projets donnent à la constitution un contenu différent de celui qu'elle a maintenant.

182. Nous ne nous attarderons pas sur les qualités formelles des projets: un style plus concis et aussi plus uniforme, une division plus logique des matières; donc, dans l'ensemble, des textes probablement plus clairs. Mais c'est le traitement du fond qui nous retiendra un instant.

183. Il est bien évident que les projets ne bouleversent pas la notion de constitution; il n'y avait aucune raison pour cela. Nous retrouvons donc des règles sur la structure[188], sur l'organisation, sur la revision, sur les droits fondamentaux — celles-ci beaucoup mieux ordonnées, plus complètes (les libertés non écrites sont "rapatriées"), plus précises, nous dirions même plus instructives, notamment chez MM. Kölz et Müller. Tout cela marque des progrès attendus. Mais les techniques nouvelles sont ailleurs. Elles sont dans la définition des buts généraux de l'Etat, qui sont désormais donnés, sans équivoque, pour ceux des cantons aussi bien que de la Confédération. Elles sont dans la mention de certains grands principes de l'action de l'Etat, qui n'avaient été jusqu'alors énoncés que dans la jurisprudence et qui feraient maintenant leur entrée formelle dans la Constitution: dignité humaine, bonne foi, fidélité confédérale, interdiction de l'arbitraire, proportionnalité, subsidiarité, responsabilité des pouvoirs publics. Elles sont surtout dans la façon d'énumérer les buts spéciaux ou les tâches de l'Etat — deux termes qu'on peut vraiment tenir pour correspondants, parce qu'il n'y a pas de tâche sans but et parce qu'un but spécial, du moins lorsqu'il est impératif, suppose nécessairement l'accomplissement de certaines tâches (cf. no 133).

184. Ce qui, en effet, caractérise les projets de 1977 et de 1985, c'est la tentative de *dissocier* l'énoncé des buts spéciaux du partage des compétences entre la Confédération et les cantons. Les buts sont proposés à l'ensemble des collectivités publiques, aux cantons comme à la Confédération, chacun agissant à l'intérieur de ses compétences; et c'est dans une autre partie de la constitution que les compétences sont ensuite partagées — alors qu'aujourd'hui les buts spéciaux servent plutôt à définir les compétences de la Confédération (voir ci-dessus, le no 172). L'intérêt du

188 Avec cette nouveauté de taille, dans le projet de 1977, que le partage des compétences entre la Confédération et les cantons était partiellement "déconstitutionnalisé", art.52 II: le législateur fédéral pouvait faire des lois même dans des domaines où la Constitution ne donnait pas de compétences particulières à la Confédération (comp. nos 86 et 109). L'innovation ne se retrouve plus dans le modèle de 1985, ni dans le projet de MM. Kölz et Müller.

procédé (qu'on peut d'ailleurs, d'un point de vue politique, juger diversement), c'est d'engager la Confédération et les cantons sur la voie d'une activité commune, plutôt que de laisser, comme aujourd'hui, les cantons libres de choisir leurs buts dans les seules limites des buts très généraux de l'art.2 (ci-dessus, no 165), des droits fondamentaux et de la force dérogatoire du droit fédéral. Mais il faut bien reconnaître que le procédé a aussi ses inconvénients. Il n'empêche pas que certains buts soient encore utilisés pour opérer le partage des compétences; et il a le défaut d'être un peu illusoire pour les buts qui ne peuvent être raisonnablement atteints que par la Confédération.

185. Le projet de MM. Kölz et Müller revient à une division plus traditionnelle des matières. Il renonce à proposer des buts spéciaux aux cantons et associe à nouveau, comme cela se fait aujourd'hui, l'indication des finalités de l'Etat avec l'attribution de compétences à la Confédération. En réalité, c'est même plus compliqué: le cinquième chapitre du projet (art.29 à 63) présente, pour une vingtaine de "domaines" définis selon des méthodes variées (rapports avec l'étranger, défense nationale, protection de l'environnement, culture, transports, énergie, économie etc), une juxtaposition de compétences, de buts, de tâches, de mandats, de règles matérielles (par exemple, la règle du pollueur-payeur), qui peuvent aller, dans leur précision, jusqu'à fonder des droits constitutionnels subjectifs (par exemple, dans l'article sur la propriété, la libre consultation du registre foncier). Tout bien considéré, le système, qui a fait ses preuves, est probablement plus pratique que celui des projets "officiels". Empressons-nous d'ajouter que, bien qu'il se rapproche, d'un point de vue technique, de la Constitution actuelle, le projet de MM. Kölz et Müller s'en distingue avantageusement par le caractère à la fois clair et substantiel des articles qui le composent: toutes les phrases disent quelque chose d'important.

186. Le modèle de 1985, de son côté, nous suggère une dernière observation. Il consacre en effet vingt articles à garantir des droits fondamentaux et cinq à imposer des *devoirs fondamentaux*. La différence des nombres est assurément réjouissante, le citoyen suisse apprend qu'il a donc quatre fois plus de libertés que d'obligations. Mais le parallèle procède d'une idée tout à fait maladroite, qui consiste à mettre sur le même plan des règles qui n'ont pas la même nature. Toutes les constitutions dotent l'Etat d'un organe législatif, qui a pour vocation de faire des *lois*. Et la plupart des lois imposent des *devoirs* à tout ou partie de la population du pays — sauf peut-être les lois d'encouragement et de subventionnement, et encore celles-ci prescrivent-elles normalement des obligations

indirectes. Alors on comprend très bien que la même constitution qui a fait le législateur limite l'expansionnisme législatif; on comprend moins bien qu'elle le stimule, en contraignant le législateur à contraindre. Il est utile de dire, dans une constitution, que le législateur *ne doit pas* établir de censure. Il n'est pas utile de dire qu'il *doit* prélever des impôts; il le fera bien de lui-même. Dire que l'impôt qu'il prélèvera doit être le même pour tous, ou en rapport avec la capacité financière de chacun, est utile; mais c'est répondre à une *autre* question et cette réponse n'est qu'une application du principe d'égalité. En d'autres termes, ce que la constitution doit mettre en évidence, ce n'est pas l'obligation, pour le contribuable, de payer l'impôt; elle va de soi; c'est l'obligation, pour le législateur, de faire un impôt juste; elle va peut-être aussi de soi, mais le législateur peut, plus facilement que le contribuable, l'oublier. — Tout au plus admettra-t-on que, là où l'opportunité d'instituer une obligation fait elle-même l'objet d'une controverse, le constituant impose sa solution au législateur. C'est d'ailleurs ce qui s'est fait en Suisse, depuis 1848, pour le service militaire.

187. Il résulte de ce qui précède que les constituants doivent savoir résister à la *tentation de la symétrie*. La constitution n'est pas un édifice à la Mansart, elle n'est pas un jardin à la Le Nôtre. S'il y a lieu de dire beaucoup sur un point et peu sur un autre, il faut accepter de faire la différence. Le Professeur Schmid a très bien montré, naguère, qu'il était normal qu'une constitution fût, simultanément, "dense" en certaines matières et "ouverte" dans les autres[189]. Le projet de MM. Kölz et Müller a su, lui aussi, faire coexister la densité et l'ouverture.

c) Le contenu des constitutions cantonales.

188. Plutôt que de passer ici en revue les constitutions des vingt-six cantons suisses, nous nous bornerons à mettre l'accent sur les neuf constitutions qui ont été faites ou refaites entièrement depuis un quart de siècle. Elles nous semblent donner une bonne idée de ce qu'on attend aujourd'hui, en Suisse, d'une constitution. Il s'agit, dans l'ordre chronologique, des Constitutions de Nidwald (1965), d'Obwald (1968), du Jura (1977), d'Argovie (1980), de Bâle-Campagne (1984), d'Uri (1984), de Soleure (1986), de Thurgovie (1987), de Glaris (1988). Certaines peuvent

189 Offenheit und Dichte in der Verfassungsgebung, dans K.Eichenberger et al. (éd.), Grundfragen der Rechtssetzung, Bâle, 1978, p.315-327.

être considérées comme des modèles du genre[190]. L'esprit de réfection totale souffle d'ailleurs en d'autres lieux encore, au Tessin, à Berne, dans les Rhodes-Extérieures d'Appenzell, mais aussi aux Grisons, à Lucerne, peut-être même à Neuchâtel[191].

189. La première observation qu'il faut faire, quand on aborde un tel sujet, c'est de rappeler que les cantons sont moins libres que la Confédération dans l'établissement de leur constitution. La Confédération n'est actuellement limitée que par le droit international; les cantons le sont par le droit international et par le droit fédéral et ce droit fédéral, s'il est plutôt large pour la structure et l'organisation intérieures des cantons, est en revanche assez strict sur les tâches qu'ils peuvent assumer et sur la manière dont ils doivent les remplir; bien davantage, à tout le moins, que le droit international ne peut l'être à l'égard des nations[192].

190. Les cantons sont tous des Etats unitaires. On peut même penser que le droit fédéral, en leur imposant le respect du principe d'égalité, leur interdit du même coup de se donner à eux-mêmes une structure fédérative. Il est alors d'autant plus remarquable de constater que la plupart des constitutions cantonales contiennent des règles assez nombreuses sur la division du canton en districts et en communes: la *structure* territoriale, qu'un Etat unitaire comme la France renvoie généralement au législateur ordinaire (cf. no 111), est considéré, dans les Etats unitaires que sont les cantons suisses, comme une matière hautement constitutionnelle. C'est ainsi que les constitutions de nombreux cantons ont des dispositions sur les districts, sur les types de communes, sur le statut des communes, sur l'autonomie communale, sur certaines compétences des districts ou des communes. Quelques constitutions vont même jusqu'à énumérer les communes (dans les petits cantons) ou les districts, avec la conséquence que les créations ou les suppressions de communes ou de districts, par suite d'une scission ou d'une fusion, ne peuvent se faire que par une revision constitutionnelle en bonne et due forme. En revanche, il faut

190 Voir, sur ces constitutions, l'important article du Professeur Peter Häberle, Neuere Verfassungen und Verfassungsvorhaben in der Schweiz, insbesondere auf kantonaler Ebene, JBöRG, vol.34, 1985, p.303-424, avec les textes en annexe, p.424-565. — L'une de ces constitutions modèles a reçu un modèle de commentaire: Kurt Eichenberger, Verfassung des Kantons Aargau, Textausgabe mit Kommentar, Aarau, 1986.

191 Voir une initiative Berberat, du 31 janvier 1990.

192 Voir, sur les "espaces libres" qui restent à la disposition des constituants des cantons, un avis (Gutachten) des Professeurs W.Kälin, J.P.Müller, P.Saladin et U.Zimmerli, du 7 août 1989, donné à l'occasion de la préparation d'une nouvelle constitution pour le canton de Berne.

relever qu'aucune constitution cantonale ne garantit l'ensemble des compétences des communes ou des districts, ce qui fait que les collectivités locales tirent la majeure partie de leurs pouvoirs de la législation cantonale ordinaire et qu'il suffit d'une loi ordinaire du canton pour réduire ou pour supprimer ces pouvoirs: l'autonomie communale est ainsi un principe constitutionnel dont la portée dépend essentiellement du législateur.

191. Toutes les constitutions cantonales contiennent des *catalogues de droits fondamentaux.* Elles sont, sur ce point, plus complètes, plus substantielles et en général mieux rédigées que ce qu'on peut lire dans la Constitution fédérale. Certaines des plus récentes (Argovie, Soleure, Glaris) s'efforcent d'ailleurs de refléter les conceptions de la doctrine la plus moderne. L'existence de ces catalogues n'en pose pas moins, depuis quelques décennies, un problème juridique assez piquant. Le droit fédéral s'est en effet, de son côté, considérablement étoffé du fait de la reconnaissance, dès les années soixante, par le Tribunal fédéral, de libertés non écrites qui venaient s'ajouter à une interprétation large des libertés écrites; et du fait de la ratification, en 1974, par le Conseil fédéral, de la Convention européenne des droits de l'homme. D'où il suit que les libertés fédérales, jadis plutôt rares et dispersées, forment aujourd'hui, avec l'aide de la jurisprudence et de la Convention, un ensemble étendu et cohérent. Or, comme les garanties fédérales s'appliquent aux autorités cantonales aussi bien qu'à celles de la Confédération[193], on peut penser qu'elles rendent superflues les garanties qui se trouvent dans les constitutions des cantons. Ceci revient à poser la question de l'utilité d'un double système de droits fondamentaux. Nous y reviendrons dans le dernier chapitre de ce rapport (nos 227 et ss), non sans souligner, dès maintenant, qu'aucun des cantons qui ont procédé récemment à la rédaction d'une nouvelle constitution n'a renoncé à y faire figurer un catalogue de droits fondamentaux.

192. Mais ce qu'il y a de plus remarquable, dans les nouvelles constitutions cantonales, c'est le soin qui a été apporté à l'énumération des *tâches de l'Etat.* On trouve déjà, il est vrai, dans quelques constitutions d'autrefois, des dispositions sur les services qu'on attendait des autorités constituées, notamment en matière d'instruction publique et de santé publique: Saint-Gall (1890) est particulièrement détaillé (art. 1er à 21); il y a aussi quelques règles de ce genre à Bâle-Ville (1889), Schaffhouse (1876), Appenzell Rhodes-Extérieures (1908). Seulement, il s'agissait là d'inspi-

193 Contrairement à l'ancien système américain (avant l'adoption, en 1868, du XIVème Amendement).

rations isolées, qui ne permettaient aucune conclusion sur l'idée générale qu'on avait, à cette époque, de la constitution. Tandis qu'aujourd'hui l'effort est systématique: on ne conçoit plus guère de constitution moderne qui n'ait son chapitre sur les tâches de l'Etat: trente-huit articles dans le Jura, trente-quatre en Argovie, trente-neuf à Bâle-Campagne, etc.; des textes qui couvrent, pour prendre ce dernier canton, la sécurité publique, l'instruction et la culture, la sécurité sociale, la santé, l'environnement, l'énergie, l'aménagement du territoire, les transports, l'économie dans ses diverses branches — avec des règles concrètes comme celles qui expriment une véritable hostilité à l'égard des centres commerciaux (art. 122) ou de l'énergie issue de la fission de l'atome (art. 115 II), ou celle qui invite les autorités à aider les nomades dans la recherche de places de campement (art. 109). C'est d'ailleurs, on s'en doute, l'une des difficultés majeures de ce genre d'exercice: comment parler *pour dire quelque chose*, tout en prenant garde de ne pas limiter induement le pouvoir d'appréciation des autorités politiques? Un coup d'oeil jeté aux constitutions cantonales de cette génération nous montre que le degré de précision, même s'il est variable, est souvent assez élevé.

193. Certains cantons ont accompagné l'énumération des tâches de l'Etat d'une clause qui en marque le caractère *exhaustif*. C'est ainsi que le législateur ordinaire d'Argovie, de Bâle-Campagne ou de Thurgovie ne peut pas (sauf obligation résultant du droit fédéral) faire de loi dans les domaines où la constitution cantonale ne confère pas de tâche à l'Etat[194]. On appelle cela, en allemand, la "réserve de la constitution", comme on parle, dans un autre contexte, de la "réserve de la loi". Historiquement, la réserve de la constitution a été imaginée en Argovie en même temps qu'il était prévu de substituer le référendum facultatif au référendum obligatoire pour les lois ordinaires: l'invention avait pour but d'assurer que les citoyens se prononceraient, expressément, au moins une fois sur chacune des activités de l'Etat[195]. Pour finir, le référendum obligatoire sur les lois a été conservé, ce qui fait que les citoyens argoviens se prononcent, en réalité, deux fois. Ce n'est là d'ailleurs qu'un moindre mal. La réserve a d'autres inconvénients plus fâcheux. Si les textes attributifs de tâches sont larges ou qu'ils soient interprétés largement, elle ne sert pas à grand'chose. S'ils sont stricts ou qu'ils soient interprétés strictement, elle ajoute, sans beaucoup d'utilité, des petites batailles juridiques aux débats qui entourent l'adoption des lois. Si la base constitutionnelle fait clairement défaut et qu'il faille néanmoins agir vite, les citoyens devront voter, peut-être le même jour, sur la constitution et sur la loi. On notera que l'objection ne vaut pas pour la Thurgovie, qui a bel et bien passé au référendum facultatif sur les lois. Quoi qu'il en soit, quand ils ont été mis en présence du même problème, les cantons d'Uri, de Soleure et de Glaris ont décidé de ne pas reprendre la clause argovienne. La commission qui prépare la nouvelle constitution bernoise semble être du même avis[196].

194 Art.26 I de la Constitution d'Argovie; art.90 de la Constitution de Bâle-Campagne; art.63 I de la Constitution de Thurgovie.

195 K.Eichenberger, Verfassung des Kantons Aargau, Aarau, 1986, p.133-134.

196 Rapport intermédiaire de la commission de la révision constitutionnelle, du 19 avril 1990, p.48.

194. Comme on pouvait s'y attendre, l'indication de tâches de l'Etat permet de donner une réponse prudente à ceux qui réclament la constitutionnalisation des droits sociaux (cf. no 135). On rencontre donc des formules du genre: l'Etat prend des mesures pour que chacun puisse subvenir à son entretien par un travail approprié, ou: puisse obtenir un logement à des conditions raisonnables, etc (art. 25 II de la Constitution d'Argovie). Certains ajoutent sagement: "dans les limites des moyens disponibles" (art. 22 et 94 de la Constitution de Soleure). Tout cela est très bien trouvé et nous repose de tant de déclarations qui ne servent à rien. Poussant plus loin l'analyse, la commission bernoise a toutefois su distinguer, dans la politique sociale, certaines obligations minimales dont on peut faire des *droits* pour les administrés, alors que le reste doit se traduire par des finalités dont on peut faire des *tâches* pour l'Etat[197].

197 Rapport intermédiaire précité, p.39-40 (le texte parle de "droits" et de "buts", dont la réalisation constitue toutefois aussi, dans certaines limites, une "tâche publique"). Le projet provisoire de constitution, du 15 mars 1991, semble avoir repris la distinction.

Chapitre IV. L'usage de la constitution.

1. La connaissance de la constitution.

195. Celui qui, se promenant dans les rues de Peseux, aurait la fantaisie d'interroger les passants sur la Constitution fédérale n'obtiendrait probablement pas grand'chose: un haussement d'épaules, un hochement de tête; chez l'interlocuteur le plus affable, une réponse évasive: non, la Constitution ne fait pas partie de ses préoccupations principales. On peut supposer que la récolte ne serait guère plus abondante dans les rues d'Arlesheim, de Zurich ou de Locarno. D'ailleurs, à qui arrive-t-il, en Suisse, de lire la Constitution, ne fût-ce qu'occasionnellement? Une évaluation optimiste nous fait dire: peut-être à cinquante mille personnes, le centième de la population en âge de lire quelque chose. Nous y mettons le personnel politique de la Confédération et des cantons, les membres des tribunaux, les fonctionnaires juristes, les secrétaires de divers "groupes de pression", un certain nombre d'avocats et de journalistes, les professeurs de droit et leurs étudiants — et encore la plupart de ceux-ci ne tarderont-ils pas à l'oublier —, quelques milliers d'autres citoyens curieux de nos institutions, enfin quelques particuliers qui, se considérant comme victimes d'injustice, espèrent trouver dans cette lecture un remède à leur infortune.

196. Un centième de la population, ce n'est évidemment pas beaucoup. Cela suffit tout de même pour faire un *esprit public*. Il y a un esprit public sur le document appelé Constitution; esprit sans doute moins répandu que l'opinion qui s'intéresse aux problèmes matériels, transports, énergie, environnement, mais assez diversifié toutefois pour empêcher que l'interprétation et le développement de la constitution ne soient l'affaire d'un quarteron de spécialistes.

2. La résonance de la constitution.

197. Plus important que le nombre des lecteurs de la constitution est l'effet qu'elle exerce sur la société, ce que nous pourrions appeler sa "résonance". Après tout, on peut très bien n'avoir jamais lu un traité de physique, n'être même pas capable d'en comprendre les phrases et bénéficier (ou souffrir) néanmoins des applications de cette science. Je n'ai, par exemple, que des vues rudimentaires sur l'électricité; l'électricité n'en commande pas moins une part importante de ma vie quotidienne. C'est pareil pour la constitution. Même si nous prétendons l'ignorer, elle ne nous ignore pas. C'est elle qui a fait le législateur qui a fait les lois qui ont fait les impôts que nous devons finalement payer, faute de quoi nous nous exposons à toute sorte d'ennuis. C'est elle aussi qui protège la propriété contre des lois ou des plans trop restrictifs, avec la conséquence que la belle vue que j'ai de mon appartement, sur le lac ou sur la forêt, peut m'être enlevée à tout moment par une construction nouvelle. C'est elle encore qui a fait la prévoyance sociale, etc. Nous pouvons hocher la tête ou hausser les épaules devant la constitution, dire que nous avons des soucis plus immédiats que d'en connaître l'existence et ce qu'il y a dedans, nous en subissons l'influence, bonne ou mauvaise, tous les jours. — D'ailleurs, cette constitution n'est pas une souveraine étrangère ou lointaine qui nous dispenserait, malgré nous, le soleil ou la pluie. En Suisse, par exemple, tous les citoyens ont périodiquement, quoique peut-être sans y prendre bien garde, l'occasion de la façonner[198] — de sorte que leur ignorance de la constitution ressemble fort à celle de ce bourgeois du dix-septième siècle qui ne savait pas ce que c'était que la prose.

3. L'application de la constitution. Rôle de l'autorité politique et du juge.

198. Le soin d'appliquer la constitution, et par conséquent de l'interpréter, peut également être très diffus[199]. Il appartient même aux particuliers

198 Il faut avouer que tous les citoyens ne sont pas également prompts à saisir cette occasion: dans les référendums sur les nouvelles constitutions cantonales (cf. no 188), par exemple, le taux de participation a été de 20,4% en Argovie en 1980, de 23,8% à Uri en 1984, de 22% à Bâle-Campagne en 1984, de 28,8% à Soleure en 1986, de 22,6% en Thurgovie en 1987, lors du premier scrutin (si, en 1988, lors du second scrutin, rendu nécessaire par l'annulation du premier — comp. ATF 114 Ia 42 —, le taux est monté à 56,2%, cela est dû au fait que trois référendums fédéraux, relativement bien fréquentés, avaient lieu le même jour).

199 Voir, à ce sujet, un très célèbre article du Professeur Peter Häberle, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten (1975), reproduit dans P.Häberle, Verfassung als öffentlicher Prozess, Berlin, 1978, p.155-180.

dans les domaines où la constitution s'adresse directement à eux, sans l'intermédiaire d'aucune loi. En Suisse, par exemple, l'employeur qui fixe la rémunération d'une femme qui travaille dans son entreprise applique (ou enfreint), c'est-à-dire interprète à sa manière, l'art. 4 II 3 de la Constitution. Ou encore: toute personne qui se plaint d'une violation d'un de ses droits fondamentaux exprime une certaine idée de la garantie qu'elle pense lire dans la constitution. Le public fournit d'ailleurs, par son comportement, ses revendications, ses attentes, la matière première qui permettra de définir la notion constitutionnelle d'intérêt public, pour les aspects qui n'en sont pas précisés dans la constitution elle-même.

199. Il s'agit là, toutefois, d'attitudes et de sentiments trop dispersés, nous dirions même trop volatiles, trop provisoires, trop difficiles aussi à recenser pour marquer véritablement le sens de la constitution. Cette tâche incombe à un cercle plus étroit de personnes qui travaillent journellement la matière constitutionnelle. Ce sont elles qui, par leurs affirmations, leurs objections, leurs concessions, bref leurs échanges de vues, contribuent à former la signification "généralement admise" de la constitution. Et nous retrouvons ici les autorités politiques et judiciaires du pays, quelques fonctionnaires, secrétaires, journalistes et professeurs. Par exemple, en Suisse, l'interprétation usuelle de la garantie de la liberté du commerce et de l'industrie doit beaucoup à certains messages du Conseil fédéral, à certains arrêts du Tribunal fédéral, mais aussi à certaines réponses données lors de procédures de consultation ou à certains articles de la Neue Zürcher Zeitung. Depuis qu'un juriste particulièrement perspicace (dans notre exemple, notre regretté collègue M.Gygi) a suggéré, pour la même garantie, une interprétation un peu moins rigide, il a fallu que s'instaure, entre les mêmes acteurs, un nouveau dialogue sur la possibilité de reconnaître la constitutionnalité de mesures économiques tenues, jusqu'alors, pour inconstitutionnelles. Et même si les positions n'ont, pour l'instant, que peu évolué, on voit bien où s'élabore, en temps ordinaire, le sens de la constitution.

200. Mais il faut parfois trancher. Il vient un moment où il faut pouvoir dire: voici ce que la constitution signifie; ceci est conforme à la constitution; cela lui est contraire. Et alors ici, le cercle se rétrécit encore. Les fonctionnaires, les journalistes, les professeurs n'ont plus voix au chapitre: ils ont dit ce qu'ils avaient à dire. Seules sont légitimées à parler, désormais, les autorités qui en ont reçu la compétence de la constitution. Si plusieurs d'entre elles ont, sur la question de la constitutionnalité, des opinions contraires, il en faut une qui ait le dernier mot. Selon les pays et selon les domaines, on sait bien que l'organe qui tranche en dernier ressort

est une autorité politique ou une autorité judiciaire, un Parlement ou un tribunal. Et nous voilà confrontés à l'un des problèmes majeurs du droit constitutionnel: *qui doit avoir le dernier mot*? Le tribunal, parce que sa fonction est de dire le droit et que la constitution contient des règles de droit? Le Parlement, parce que sa fonction est d'assurer la représentation politique de la Nation et que les règles de droit contenues dans la constitution font appel, plus souvent que celles qu'on trouve dans les lois ordinaires, à des appréciations politiques?

201. Les choses se compliquent un peu dans les systèmes où, comme en Suisse, l'autorité politique suprême n'est pas un Parlement, mais l'ensemble des citoyens. D'une part, en effet, il est plus délicat, au moins psychologiquement, d'attribuer le contrôle final à un tribunal quand l'organe contrôlé est le peuple lui-même. D'autre part, il faut bien convenir que, s'il est généralement assez aisé de discerner le sentiment d'une majorité parlementaire sur les points de droit constitutionnel qui font l'objet d'un litige, il est plus difficile de connaître, sur les mêmes points, l'opinion d'une majorité populaire: les citoyens ne motivent pas leur vote à la manière des députés; ou, en tout cas, ils sont proportionnellement beaucoup moins nombreux à le faire. On peut d'ailleurs supposer, sans leur faire injure, que les raisons de droit tiennent moins de place, dans leurs décisions, que les considérations d'utilité. Ce qui signifie que, lorsqu'un tribunal casse une loi parlementaire, on voit bien que la question de la juridiction constitutionnelle se résume souvent à préférer une interprétation de la constitution (celle du juge) à une autre (celle des députés); tandis que, lorsque c'est une loi votée par le peuple qui est cassée, la juridiction constitutionnelle apparaît plus clairement comme l'affirmation de la supériorité de la constitution sur la volonté d'une majorité politique oublieuse de la constitution.

202. Certains vont plus loin et, rappelant que la constitution a elle-même été voulue par le peuple (ce qui est vrai, en Suisse, du *texte* constitutionnel, toujours issu d'un référendum), ils en concluent que la juridiction constitutionnelle ne fait que consacrer la primauté d'une volonté populaire de niveau supérieur sur une volonté populaire simplement législative[200]. Ceux-là veulent trop prouver. L'argument vaut sans doute, répétons-le, pour le texte de la constitution. Il ne vaut guère pour tout ce que la doctrine et la jurisprudence lisent entre les lignes du texte, tous les enrichissements,

200 Cf. Jörg Paul Müller, Eléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux (trad. M.Hottelier/L.Mader/M.Rossinelli), Berne, 1983, p.39; Commentaire de la Constitution fédérale, Introduction aux droits fondamentaux (1987), no 30.

toutes les "concrétisations", tous les droits et principes non écrits, tous ces apports qui, si excellents soient-ils, n'ont jamais fait l'objet d'un référendum.

203. Rendue en termes plus nuancés, la question nous semble être la suivante: les citoyens, qui votent sur la constitution, votent-ils aussi sur l'interprétation de la constitution? Il est bien évident que, votant sur un texte, ils savent ou sont supposés savoir que ce texte devra être interprété. Acceptant le texte, ils acceptent donc aussi qu'il soit interprété. Mais dans quelle mesure en approuvent-ils, d'avance, les interprétations futures? Nous sommes tenté de répondre: dans une faible mesure, c'est-à-dire dans la seule mesure où ces interprétations se déduisent sans effort du texte adopté. Les interprétations inventives, imaginatives, "créatrices", sortent du champ du référendum. Elles peuvent très bien avoir leur légitimité, mais cette légitimité tient à leur rationalité matérielle, elle ne peut plus se réclamer de la consécration populaire.

204. Pour avoir une vue plus générale du rapport entre la démocratie directe et le sens de la constitution, il y aurait lieu de distinguer les conséquences des référendums constitutionnels de celles des référendums législatifs.

– Si les citoyens approuvent une revision constitutionnelle, nous sommes dans l'hypothèse que nous venons de voir. On ne peut pas dire grand'chose des sentiments de la majorité. On pourra tout au plus se reporter aux arguments qui ont été échangés pendant la campagne référendaire. Ou alors, chercher un expédient dans la supposition commode, mais pas vérifiable, selon laquelle la majorité s'est ralliée aux motifs du Parlement (ou d'un comité d'initiative)[201].

– Si les citoyens approuvent une loi ordinaire, on peut être tenté de penser qu'ils la tiennent pour constitutionnelle. Mais c'est là, ainsi que nous l'avons suggéré plus haut (no 201), une vue un peu théorique. Les citoyens ne se sont peut-être même pas posé la question de la constitutionnalité; ils ont simplement dit que la loi leur convenait. D'ailleurs, le plus souvent, se prononçant sur l'ensemble de la loi, ils n'ont eu d'intérêt véritable que pour certaines de ses dispositions, peut-être pour un article ou un alinéa; ce qui atténue d'autant, il faut bien l'avouer, le conflit entre la juridiction constitutionnelle et la démocratie directe.

– Si les citoyens rejettent une revision constitutionnelle, il n'y a évidemment pas de nouveau texte à déchiffrer. Mais le rejet peut avoir des conséquences sur le sens qu'il faut désormais donner à la constitution inchangée: certaines manières de la comprendre, qui étaient permises auparavant, cessent de l'être. C'est ainsi qu'une compétence fédérale expressément refusée ne devrait pas être, par la suite, fondée sur une interprétation plus large de dispositions préexistantes. Ce que nous disons là n'est peut-être pas du droit; c'est en tout cas de la morale élémentaire[202].

201 Le Tribunal fédéral s'est même reporté récemment aux "explications" que le Conseil fédéral fait distribuer à tous les citoyens avant le jour du vote! Voir l'arrêt du 27 novembre 1990, cité à la note 62. Ces explications devront être rédigées désormais avec un soin accru.

202 En Suisse, le rejet de l'article conjoncturel (art.31 quinquies), première manière, en

– Si, enfin, les citoyens rejettent une loi ordinaire, on n'en peut généralement rien déduire quant à leur idée de la constitutionnalité de cette loi, par exemple de la compétence de la collectivité qui l'a faite, car le rejet d'une loi peut se fonder sur les raisons les plus variées[203].

205. Tout compte fait, une fois surmonté le premier mouvement d'humeur, on s'aperçoit que la différence entre le contrôle judiciaire des lois votées par le peuple et celui des lois parlementaires n'est peut-être pas aussi profonde qu'on le dit quelquefois. Reste le problème fondamental du partage des rôles, c'est-à-dire du "dernier mot", entre l'autorité politique et le juge. Nous allons constater qu'il ne doit pas être nécessairement le même pour les diverses parties de la constitution.

4. L'application de la constitution dans ses différentes parties.

a) La structure.

206. Les règles sur la structure, ce sont surtout celles qui, dans les Etats fédéraux, partagent les compétences entre les autorités nationales et les autorités fédérées. Par les règles de cette espèce, la constitution cherche à dire dans quels domaines une législation uniforme est souhaitable ou nécessaire, et dans lesquels il faut laisser aux législateurs fédérés le soin d'exprimer les particularismes locaux. Les règles de partage n'étant pas toujours claires, leur obscurité même favorise les deux tendances opposées qu'on rencontre dans toutes les constructions de ce type: une tendance lourde à l'unification, une tendance plus intermittente à la singularité et à la résistance. L'une pousse le législateur fédéral à envahir des domaines qui ne sont peut-être pas les siens, l'autre incite les législateurs locaux à rompre l'unité des lois nationales.

207. Sur ce terrain, les grandes batailles, en Occident, appartiennent au passé. Elles ont été, le plus souvent, perdues par les collectivités locales. Mais ces défaites n'ont pas été destructrices et nous sommes aujourd'hui

1975, rendait inadmissible une législation qu'on aurait sans doute pu fonder, avant le vote, sur l'art.39 de la Constitution. Il a fallu obtenir l'acceptation d'un nouvel article conjoncturel (en 1978). Autre exemple: le rejet d'un texte constitutionnel garantissant un "droit à la formation", en 1973, empêchait par la suite le Tribunal fédéral de reconnaître l'existence implicite d'un tel droit, ou de le déduire d'un autre droit, tel que la liberté personnelle ou la liberté économique; cf. ATF 103 Ia 369, 377-378, *Wäffler*, du 25 mai 1977; 394, 398, *Beeli*, du 5 octobre 1977.

203 Par exemple, le rejet d'une loi fédérale sur la police de sécurité, en 1978, ne permet pas de dire que les citoyens suisses ont nié la compétence de la Confédération de légiférer en la matière. Ils ont simplement dit qu'ils ne voulaient pas cette loi.

dans une période, plus calme, d'ajustement des pouvoirs. Cet ajustement est généralement abandonné aux autorités politiques, qui font très bien l'affaire. Comme les Parlements fédéraux sont nécessairement composés d'élus locaux venant des Etats fédérés, on part de l'idée qu'ils n'adopteront pas de lois qui limitent induement les compétences de ces Etats[204]. L'équation est peut-être un peu grossière, elle est probablement plus juste en Allemagne (à cause du Bundesrat) ou aux Etats-Unis (à cause de la législature très courte de l'une des deux chambres) qu'en Suisse, par exemple. Mais la Suisse, de son côté, a le référendum, qui peut aussi servir de frein à une unification excessive. Et puis l'équation a tout de même sa part de vérité universelle: ce sont toujours les "locaux" qui font les lois de centralisation.

208. L'expansionnisme de l'Etat central peut évidemment aussi être porté devant les tribunaux. La question de savoir si le législateur national a bien respecté les bornes que la constitution met à ses compétences se prête même assez bien, en théorie, à un contrôle judiciaire: la Belgique, par exemple, a fait une cour d'arbitrage exprès pour cela[205]. En pratique, on doit constater que les tribunaux ont de la peine à contenir la centralisation. L'expérience américaine est très édifiante à cet égard. Sur deux siècles de jurisprudence, il semble bien que la Cour suprême ne se soit vraiment opposée au Congrès, à propos de sa compétence, que pendant une cinquantaine d'années[206]; et encore était-ce une période où elle pensait devoir combattre l'intervention de l'Etat en soi, au nom de certains droits fondamentaux, plutôt que celle de l'Etat fédéral: elle n'était guère plus tendre, en effet, pour les lois des Etats fédérés[207]. Le reste du temps, elle a suivi le Congrès presque toutes les fois qu'il prétendait tirer de la Constitution de nouveaux pouvoirs[208]; elle a même, à cette fin, couvert les interprétations les plus inventives, pour ne pas dire les plus invraisemblables[209]. — En Allemagne, le Tribunal constitutionnel s'est peut-être

204 Cf. A.Auer, The Supreme Law of the Land (cité à la note 99), p.49.

205 Cf. Rusen Ergec, Introduction au droit public, I, Le système institutionnel, Bruxelles, 1990, p.183-188; Louis-Paul Suetens, Die Verfassungsrechtsprechung in Belgien, Der Schiedsgerichtshof, JBöRG, vol.36, 1987, p.135-153.

206 Des années 1880 aux années 1930.

207 Voir *Lochner v. New York*, 1905.

208 De *McCulloch v. Maryland*, 1819, à *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 1985.

209 Exemple d'interprétation "invraisemblable": *Katzenbach v. McClung*, 1964; un restaurant relève du "commerce interétatique" non pas en raison de sa situation géographique (ce qui serait encore compréhensible), mais à cause du hâchis de ses hamburgers, qui était acheté dans un autre Etat.

montré plus favorable aux Länder[210]; mais il l'a fait sur des points très particuliers, deux ou trois fois seulement dans des domaines importants[211]. En tout cas, il est très révélateur de voir la retenue qu'il s'impose dans le contrôle du "besoin d'unification", qui est pourtant une condition à laquelle la Loi fondamentale soumet l'exercice des compétences législatives fédérales dites concurrentes (art. 72 II)[212].

209. Les tribunaux sont peut-être plus énergiques lorsqu'il s'agit d'empêcher que les Parlements des collectivités locales ne viennent trouer la belle ordonnance des lois fédérales. Et il faut bien reconnaître que, sans l'aide de la justice, les autorités politiques fédérales seraient souvent assez embarrassées de mettre au pas des législateurs locaux trop entreprenants: n'ayant pas de part directe à leurs délibérations, elles n'auraient parfois, pour les intimider, que des moyens peu nuancés, qui vont du refus de subventions à l'intervention militaire. Sans doute n'est-il pas exclu qu'elles doivent aussi recourir à de tels moyens pour faire respecter une décision de justice; mais la légitimité de leur acte est alors mieux assurée. — Quoi qu'il en soit, notre Tribunal fédéral, qui n'a pas le pouvoir d'empêcher les débordements éventuels du législateur fédéral, a rendu en revanche de nombreux arrêts sur la compétence législative des cantons et il l'a niée en plusieurs occasions. On observera en passant que, lorsqu'il y va de la coexistence, possible ou interdite, du droit public cantonal et du droit civil fédéral, la question instrumentale de la compétence se confond souvent avec celle de la conformité aux droits fondamentaux, qui est une question substantielle; au lieu de dire, par exemple, qu'une loi cantonale de protection des logements est contraire au code civil suisse ou au code fédéral des obligations, on arrive au même résultat en disant qu'elle porte une atteinte injustifiée à la garantie de la propriété ou à la liberté économique[213].

210 C'est l'avis du Professeur Michael Bothe, Die Kompetenzstruktur des modernen Bundesstaates in rechtsvergleichender Sicht, Berlin/Heidelberg/ New York, 1977, p.223-224. Plus sceptique, Konrad Hesse, Wandlungen der Bedeutung der Verfassungsgerichtsbarkeit für die bundesstaatliche Ordnung, Mélanges D.Schindler, Zurich, 1989, p.723-731.

211 La télévision, BVerfGE 12 205, du 28 février 1961; la protection des eaux contre la pollution, BVerfGE 15 1, du 30 octobre 1962.

212 Voir encore, récemment, BVerfGE 78 249, 270, du 8 juin 1988.

213 L'effet unificateur des droits fondamentaux fédéraux a souvent été relevé. Voir, par exemple, Blaise Knapp, Le recours de droit public, RDS 1975 II 207-306, spécialement 224-231; K.Hesse (cité à la note 210), p.731.

b) L'organisation.

210. C'est parmi les règles d'organisation qu'on trouve les dispositions constitutionnelles les plus claires et les plus simples, celles dont on n'imagine vraiment pas qu'elles puissent être violées. On n'imagine pas que le peuple suisse élise, en octobre prochain, deux cent deux conseillers nationaux, on n'imagine pas non plus que l'Assemblée fédérale renouvelée élise huit conseillers fédéraux. Il y a ainsi, notamment sur la désignation des autorités, beaucoup de règles qui sont sans histoires. Mais c'est aussi dans le domaine de l'organisation qu'on rencontre les dispositions les plus floues, les plus délicates à manier; par exemple, celles qui sont censées partager les compétences en matière de politique étrangère. Pour ces problèmes, il vaut mieux laisser aux autorités politiques le soin de chercher elles-mêmes la meilleure manière d'appliquer la constitution; une intervention des juges ne ferait qu'ajouter à la confusion[214].

211. Le ministère du juge est, en revanche, beaucoup plus propre au contrôle de la *régularité de l'action normative* des autorités politiques. Qu'il s'agisse de vérifier si la procédure d'élaboration des lois a été correctement suivie[215], si une loi d'habilitation est suffisamment précise[216], si une ordonnance gouvernementale y est bien conforme[217], si cette loi peut réserver au Parlement un droit de veto sur les actes du Gouvernement[218], toutes les questions de ce genre peuvent très bien être déférées à un tribunal. En tout cas, ici, à la différence de ce qui peut arriver

214 Le Professeur Auer nous apprenait, l'an dernier, que la Cour suprême des Etats-Unis n'avait pas eu l'occasion de se prononcer, depuis plusieurs décennies, sur les compétences respectives du Congrès et du Président en matière d'opérations militaires: The Supreme Law of the Land (cité à la note 99), p.60. — En Allemagne, une statistique publiée en 1986 montrait que, sur plus de soixante mille affaires dont le Tribunal constitutionnel fédéral avait eu à connaître depuis sa création, une soixantaine seulement provenait d'un conflit entre organes (Organstreitigkeiten); cf. Peter Badura, Staatsrecht, Munich, 1986, p.476-479. Sur l'embarras dans lequel cette sorte de litige peut mettre l'autorité judiciaire, voir l'arrêt du 16 février 1983 relatif à la dissolution du Bundestag du mois de janvier précédent, BVerfGE 62 1; Willi Geiger, Das Bundesverfassungsgericht im Spannungsfeld zwischen Recht und Politik, EuGRZ, 1985, p.401-407, spécialement p.406.

215 Nombreuse jurisprudence du Conseil constitutionnel français. Voir, par exemple, la décision du 23 janvier 1987, sur la notion d'amendement, abusivement étendue ("amendement Seguin"), Rec., 1987, p.13.

216 Nombreuse jurisprudence du Tribunal constitutionnel fédéral allemand sur l'art.80 de la Loi fondamentale.

217 Jurisprudence innombrable, même en Suisse.

218 *Immigration and Naturalization Service v. Chadha*, devant la Cour suprême des Etats-Unis, 1983.

avec l'interprétation des droits fondamentaux (ci-après, no 214), le tribunal ne s'expose pas au reproche de contrecarrer sur le fond la politique du Parlement. Il ne dit pas au Parlement que sa politique est inconstitutionnelle, il le prie simplement de revoir sa copie et d'en améliorer la forme. Il ne lui dispute pas le "dernier mot", il lui demande seulement de mieux le prononcer.

212. L'intervention du juge est encore plus nécessaire lorsqu'il s'agit de faire respecter les *droits politiques* des citoyens. Il est vrai qu'avec les droits politiques nous sommes à la frontière entre les questions instrumentales (parce que le corps électoral est l'organe suprême de l'Etat) et les questions substantielles (parce que le droit de vote ressemble à un droit fondamental). Mais, ici non plus, la juridiction constitutionnelle ne pose guère de problème de principe: loin d'encourir le grief de contrarier la volonté du peuple, le juge qui veille au juste découpage des circonscriptions, à l'insertion de la clause référendaire dans les actes pour lesquels la constitution la prévoit, à la loyauté de la campagne qui précède un scrutin populaire, au secret du vote etc, ne fait qu'apporter sa contribution au bon fonctionnement de la démocratie.

c) Les droits fondamentaux.

213. Si, dans leur sens originel, les droits fondamentaux devaient contenir les manifestations les plus naïvement brutales du pouvoir, confiscations et arrestations arbitraires, ils ont pris, à l'époque moderne, une signification plus complexe. Les autorités politiques ont dépassé, du moins peut-on l'espérer, le stade du bon plaisir. Elles agissent en conformité d'une certaine idée qu'elles ont de l'intérêt public, mais cette idée, plus honorable assurément que les caprices d'un despote, peut aussi les conduire à sacrifier des libertés particulières à la réalisation de leur programme. D'où la nécessité d'assurer à ces libertés une protection constitutionnelle: la constitution, en les garantissant, oblige ainsi les détenteurs du pouvoir à faire la balance entre la liberté des individus et l'intérêt de la société[219]. Cette balance est d'abord opérée par l'autorité politique, par exemple le législateur; puis, dans un grand nombre de pays, elle est contrôlée par l'autorité judiciaire. Les choses se présentent de manière assez semblable pour la garantie du principe d'égalité: dans la poursuite

219 Voir, sur ce qui suit, Armand de Mestral et al. (éd.), La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé, Colloque de Montréal, Cowansville (Québec), 1986.

de son programme, le législateur procède parfois à des distinctions qu'il estime justifiées et dont la légitimité est ensuite revue par les tribunaux. Le contrôle judiciaire de l'intérêt public et de la justification des différences de traitement s'exerce avec une acuité qui peut varier selon la gravité des atteintes qui sont portées à la liberté[220] ou le degré de suspicion qui s'attache au critère de la discrimination[221].

214. Pour beaucoup d'auteurs, cette balance des intérêts, ce choix des critères admissibles forment la partie noble de notre discipline; pour certains même, c'est la seule qui vaille qu'on s'en occupe. Aux Etats-Unis, notamment, les plus grands traités de droit constitutionnel ne parlent guère que de cela. C'est en vain qu'on y chercherait des informations sur la composition du Congrès ou sur l'élection du Président; pour ces matières, les lecteurs sont renvoyés aux ouvrages de science politique (de "gouvernement", "Government"), sauf justement là où il y a un problème d'égalité ou de liberté, par exemple dans le découpage des circonscriptions électorales ou dans l'exercice du droit de vote. Cette préférence des auteurs pour les balances et les critères s'explique d'ailleurs très bien. D'abord il s'agit là d'opérations intellectuelles autrement fascinantes que la présentation, plutôt descriptive et technique, de la partie instrumentale des constitutions. Et puis, même si la description des règles est enrichie par la description des effets de ces règles (rôle des groupes de pression, conséquences d'un système électoral), celui qui s'y livre aura l'impression de n'être qu'un *observateur* de la vie politique. S'il propose des réformes, il lui faudra attendre longtemps avant de les voir réaliser par d'autres. Tandis que celui qui, par ses arguments, parvient à convaincre un Parlement ou, plus vraisemblablement, un tribunal qu'une certaine loi *ne peut pas* être adoptée ou *ne peut pas* être appliquée, parce qu'elle est inégalitaire ou excessive, celui-là est un *acteur* de la politique. Et, comme les notions qu'il utilise dans ses démonstrations tiennent à la politique autant qu'au droit constitutionnel[222], son action est même doublement politique, dans son objet et, en partie du moins, dans ses motifs. Aux juristes qui hésitent à militer dans les rangs d'un parti, la défense des droits fondamentaux offre donc une manière élevée de faire de la politique.

220 Exemple: l'interdiction d'ouvrir un magasin pour une raison objective (clause du besoin) est plus grave que l'interdiction fondée sur une raison subjective (absence de capacité), laquelle est plus grave que la limitation des heures d'exploitation du magasin. Sur la "théorie des trois degrés" dans la jurisprudence allemande, voir M.Bothe, Limitation des droits de l'homme — Le rôle respectif du législateur et des tribunaux en RFA, dans A. de Mestral et al., précité, p.138-156, spécialement p.142.

221 Le critère de la race est plus suspect que celui du sexe, lequel est plus suspect que celui de l'âge ou du domicile. Sur les trois standards d'examen dans la jurisprudence américaine, voir C. Edwin Baker, Limitations on Basic Human Rights — A View from the United States, dans A. de Mestral et al., précité, p.75-103, spécialement p.81-83; Walter Haller, "State Action" und "Affirmative Action" in der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court zum Gleichheitssatz, Mélanges U. Häfelin, Zurich, 1989, p.79-109, spécialement p.82-85.

222 Par exemple, la notion de l'intérêt public, c'est-à-dire la question de savoir si une limitation de la liberté est justifiée ou n'est pas justifiée par un *intérêt public suffisamment fort*.

215. Nous ne nous attarderons pas davantage sur la fonction traditionnelle et négative des droits fondamentaux, préférant consacrer quelques paragraphes à en examiner trois aspects plus modernes: la conception dite "constitutive" de ces droits; la signification d'une garantie de droits sociaux; enfin une question sur laquelle un de nos collègues a récemment attiré notre attention (cf. no 92), qui est celle de la coexistence, dans les Etats fédéraux, de deux niveaux de protection.

1) La conception constitutive des droits fondamentaux.

216. La doctrine contemporaine est unanime à penser et à dire que les droits fondamentaux ne se résument pas à un système de protection des particuliers contre les entreprises de l'Etat; qu'en un siècle où l'Etat est devenu, beaucoup plus généralement qu'autrefois, dispensateur de biens et de services, son *inaction* même peut nuire à la liberté; que l'Etat n'est d'ailleurs pas seul en cause et que la liberté peut également souffrir de l'action, voire du refus d'agir, de certains *particuliers*; qu'à cette perspective élargie, une manière de voir qui ne serait que défensive n'est plus appropriée; qu'au contraire les droits fondamentaux peuvent aussi avoir pour objet une prestation positive de l'Etat et que cette prestation peut même consister parfois à faire une loi contraignante pour les tiers. Le droit à la fourniture d'un bien ou d'un service public, le droit à la confection d'une loi, tels sont les deux principaux aspects que les auteurs modernes ont réunis dans ce qu'ils appellent la conception "constitutive" des droits fondamentaux[223].

217. La conception constitutive renferme assurément une bonne part de vérité. Mais, répétée sans nuances, comme elle l'est trop souvent, elle nous paraît présenter deux défauts.

– D'abord, elle néglige le sens des proportions: la fonction négative des droits fondamentaux demeure, de loin, la plus importante, en quantité et en qualité. Neuf fois sur dix, lorsqu'ils sont invoqués directement devant les tribunaux, ces droits tendent à une abstention de l'Etat. Et surtout — comment pourrait-on l'oublier en cette fin du vingtième siècle? —, les pires atteintes à la liberté ont été le fait d'une action de l'Etat, non de son inaction; les pires atteintes, ce n'est pas le refus, injuste et sans doute regrettable, d'une subvention; c'est l'arrestation arbitraire, le camp de concentration, la torture et la mort. Quant aux violences commises par les particuliers, il est vrai qu'elles peuvent égaler ce que les pouvoirs publics ont inventé de plus atroce. Seulement, tous ces crimes sont, dans tous les systèmes juridiques,

223 Sur cette conception, cf. Peter Saladin, Grundrechte im Wandel, 3ème éd., Berne, 1982, p.292-307; J.P.Müller, Eléments (cité à la note 200), p.9; Commentaire (ibid.), nos 22 à 24. Voir encore Der Staat, 1990, p.1-68 (colloque du Titisee, rapports des Professeurs E.W.Böckenförde, J.P.Müller, R.Alexy).

poursuivis par la loi; de sorte qu'ici, sous la réserve éventuelle d'une lacune à combler, la question n'est pas de savoir interpréter la constitution, mais de pouvoir appliquer la loi.

– L'autre défaut de la conception constitutive, c'est que, dans ce qu'elle a de vrai, elle ne nous montre pas la part qui revient à l'autorité politique et celle qui dépend du juge; elle ne nous dit pas si l'obligation qui résulte de la constitution ne s'adresse qu'au législateur, qui en détermine souverainement le contenu, ou si elle est elle-même assez définie pour se prêter à un contrôle judiciaire. C'est pourtant là un problème essentiel à l'équilibre des pouvoirs; il ne peut être résolu que par un examen particulier des diverses situations[224].

218. L'invocation d'un droit fondamental ne permet d'obtenir directement d'un tribunal, en l'absence de toute loi, qu'il condamne une autorité administrative ou judiciaire à fournir une prestation que si cette prestation est suffisamment déterminée; il faut donc qu'on puisse voir clairement qui en est le créancier, qui en est le débiteur, et surtout — c'est ici que réside en général la difficulté — quel en est l'objet. Il faut encore, oserons-nous ajouter, que le coût de la prestation, joint à celui des prestations ultérieures que la première ne manquera pas d'entraîner, n'ait pas d'effet dévastateur sur l'équilibre des finances publiques; à tout le moins convient-il qu'un tribunal, qui n'a pas le pouvoir d'augmenter les impôts, se montre prudent lorsqu'il apparaît que la décision qu'il va rendre aura une incidence budgétaire grave. On admettra, en revanche, que l'Etat supporte, même à un prix élevé, les conséquences de ses actes. Compte tenu de ces conditions, on acceptera sans peine la plupart des revendications qui ont pour objet l'accès à la justice, aux écoles, à d'autres établissements publics (sous d'expresses réserves s'il en résulte l'obligation de construire de coûteux bâtiments ou d'engager de nombreux fonctionnaires[225]); l'usage accru du domaine public; l'usage d'une salle municipale. On acceptera toutes sortes de prétentions fondées sur le principe d'égalité (puisqu'ici l'objet de la prestation est défini par ce que l'autorité a déjà fait pour d'autres); certaines prétentions des personnes détenues; certaines demandes d'indemnité. On n'acceptera pas — sauf dans le cas d'inégalité — qu'un juge alloue, sans base légale, des subventions ou des prestations sociales.

219. La conception constitutive est autrement audacieuse lorsqu'elle tend à la condamnation du législateur lui-même. Ce qu'elle demande, en

224 Sur le rapport étroit entre la conception constitutive et la question de la justiciabilité, cf. René A. Rhinow, Grundrechtstheorie, Grundrechtspolitik und Freiheitspolitik, Mélanges H.Huber, Berne, 1981, p.427-446; J.P.Müller, Eléments (précité), p.67 à 69.

225 Cf. aussi BVerfGE 33 303, du 18 juillet 1972, arrêt sur le numerus clausus; sur cet arrêt, voir E.Grisel (cité à la note 234), p.108-110.

effet, n'est pas ordinaire. Alors que, d'habitude, celui qui oppose un droit fondamental à une loi reproche à son auteur d'en faire trop, l'invocation constitutive du même droit revient à reprocher au législateur de n'en pas faire assez. En réalité, il faudrait peut-être même distinguer trois degrés, qu'on peut très bien illustrer avec la garantie de la liberté d'expression ou de communication. L'hypothèse traditionnelle, c'est le recours contre une loi qui a établi la censure. Puis vient un premier emploi, somme toute atténué, de la conception constitutive: c'est la justification d'une loi au nom de la liberté d'expression; d'une loi qui, par exemple, pour assurer le pluralisme dans la diffusion des idées, interdit aux particuliers d'acquérir plus qu'une certaine part du marché de la presse écrite ou télévisée; ici, comme on peut le remarquer, la liberté d'expression et le pluralisme qu'elle implique ont la fonction d'un élément de l'intérêt public, qui permet de limiter la liberté d'entreprendre. On passe enfin à l'hypothèse extrême, qui correspond à la conception constitutive dans son second emploi; c'est le recours contre une loi qui n'a pas pris de mesures suffisantes pour assurer le pluralisme. Cette fois-ci, le pluralisme n'est plus envisagé comme une simple justification; c'est devenu une obligation, un mandat, et le législateur qui ne l'exécuterait pas violerait la constitution[226].

220. Si nous reprenons les trois degrés, nous voyons ceci: d'abord une loi qui ne doit pas être faite; ensuite une loi qui peut être faite; enfin une loi qui doit être faite. De toute évidence, c'est la deuxième hypothèse qui est la plus respectueuse de l'autonomie du législateur; celui-ci peut trouver dans la liberté d'expression une raison de faire une loi; mais il peut aussi s'abstenir de légiférer. La première hypothèse limite, en revanche, son autonomie; mais la figure est classique, c'est une restriction (la censure) qui est prohibée et la procédure est très simple, la loi ou la décision fondée sur elle est annulée. La troisième hypothèse est de loin la plus délicate, les mesures (contre la concentration) sont imposées et le remède procédural, contre une loi incomplète ou inexistante, n'est pas facile à trouver. Ce qui n'a rien d'étonnant si l'on veut bien admettre que la conception constitutive, prise dans ce sens, est en conflit ouvert avec la marge d'appréciation qui appartient habituellement au législateur.

221. Ce risque de conflit explique que les tribunaux se montrent en général réservés lorsqu'on leur demande de déduire d'un droit fondamental un ordre de légiférer. Passe encore quand leurs décisions sont essen-

226 On trouve les deux emplois de la conception constitutive dans les décisions du Conseil constitutionnel français citées à la note 228.

tiellement déclaratives, comme le sont celles de la Cour européenne des droits de l'homme: cette cour a rendu quelques arrêts où elle constatait l'insuffisance d'une législation nationale[227]. La situation est plus tendue quand les juges disposent directement d'une loi ou d'une absence de loi; et, comme ils en sont eux-mêmes pleinement conscients, leurs interventions sont, en ce domaine, assez rares. On peut citer ici quelques décisions du Conseil constitutionnel français, précisément en matière de communication[228]. Le même conseil a d'ailleurs laissé entendre qu'une loi qui supprimerait le subventionnement des écoles privées serait contraire à la liberté d'enseignement[229]. Il y a eu, en Allemagne, le célèbre (et problématique) arrêt par lequel le Tribunal constitutionnel fédéral annulait, au nom du droit à la vie, un article du code pénal jugé trop favorable à l'interruption de la grossesse[230]. Mais, quand il s'est agi de dire si le législateur avait pris des dispositions suffisantes pour protéger l'environnement, le même tribunal, saisi en vertu du droit à l'intégrité physique, a généralement estimé que les lois qui étaient soumises à son examen étaient correctes[231]. En résumé: il n'est pas contestable que les autorités judi-

227 Voir les arrêts (*Marckx, Airey, Young, X. et Y. c. Pays-Bas,* etc) cités chez Giorgio Malinverni, Les fonctions des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme, Mélanges Dietrich Schindler, Zurich, 1989, p.539-560, spécialement p.546 et ss; et chez Daniel Thürer, Neuere Entwicklungen im Bereich der EMRK, ZBl 1988, p.377-402, spécialement p.394-396.

228 Décisions des 10 et 11 octobre 1984, 29 juillet 1986, 18 septembre 1986; Rec., 1984, p.78, 81, 83-84; 1986, p.110, 114 et 141, 144, 149; cf. la note 226; sur cette jurisprudence, voir, par exemple, Robert Badinter/Bruno Genevois, Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux, RUDH, 1990, p.258-268, spécialement p.265. — On trouve des considérations très proches de cette jurisprudence dans un arrêt du Tribunal constitutionnel fédéral allemand du 16 juin 1981, BVerfGE 57 295, où il a été jugé que l'autorité de surveillance des diffuseurs de télévision, telle que l'avait créée le législateur de la Sarre, représentait insuffisamment la pluralité des opinions. Dans son arrêt le plus récent le même tribunal, tout en formulant les mêmes exigences, s'est borné à reprocher au législateur de la Rhénanie du Nord-Westphalie une délégation trop large sur un point très particulier; EuGRZ, 1991, p.49, du 5 février 1991. — Sur la jurisprudence française et allemande, voir maintenant Michel Rossinelli, La liberté de la radio-télévision en droit comparé, Paris, 1991, p.58-92 et 118-129.

229 Décisions du 29 décembre 1984 et du 18 janvier 1985, Rec., 1984, p.94 et 1985, p.36; Grandes décisions (cité à la note 65), p.360-361. Il serait évidemment encore plus audacieux de dire qu'une loi qui *n'institue pas* un subventionnement jusqu'alors inexistant n'est pas conforme à la Constitution. Le Conseil ne s'est pas prononcé sur ce point.

230 BVerfGE 39 1, du 25 février 1975.

231 BVerfGE 56 54, du 14 janvier 1981; Ingo Richter/Gunnar Folke Schuppert, Casebook Verfassungsrecht, Munich, 1987, p.102-103; M.Bothe (cité à la note 210), p.148-150.

ciaires de certains pays se reconnaissent le devoir de tirer des droits fondamentaux des mandats de légiférer qu'elles adressent aux autorités politiques; mais il nous a semblé que, dans la pratique, c'était là un procédé dont elles faisaient peu d'usage.

222. Quand le grief qu'on peut faire à la loi est d'être inégalitaire, les choses se présentent autrement. Dans un système de juridiction constitutionnelle, il appartient, sans aucun doute, au juge de censurer les inégalités. S'il est saisi hors de tout litige particulier, c'est-à-dire en vue d'un contrôle abstrait, son pouvoir d'annuler est même tout à fait ordinaire, sous la réserve qu'il n'est pas toujours facile de dire qu'une différence de traitement n'est pas justifiée. En tout cas, un jugement qui renvoie une loi à son auteur pour cause d'inégalité ne pose pas le même problème politique que celui qui la lui retourne, avec des directives, pour cause d'insuffisance: le législateur a plusieurs manières de corriger une discrimination. C'est le contrôle concret qui fait difficulté. Lorsqu'en effet le juge doit appliquer à un cas d'espèce une règle qu'il estime contraire à une liberté, par exemple une mesure qui viole la liberté personnelle, il l'ignore, c'est-à-dire qu'il applique le reste de la loi sans la règle; par exemple, il annule une amende. Mais, lorsqu'il doit appliquer une règle qu'il tient pour inégalitaire, il ne peut pas toujours l'ignorer, parce que l'ignorance de la règle pourrait bien avoir pour conséquence de créer une lacune. Si le juge prétend combler lui-même la lacune, il risque de susciter plus de problèmes qu'il n'en résout. Les lois qui font une différence entre les femmes et les hommes fournissent des illustrations désormais classiques. Soit une règle qui donne le droit à une rente à la femme de 62 ans et à l'homme de 65 ans; faut-il, au cas où il considèrerait que la différence est inconstitutionnelle[232], que le juge accorde la rente à l'homme de 62 ans? Comme il y a diverses façons de rétablir l'égalité, le juge qui statuerait ainsi s'arrogerait la marge d'appréciation qui appartient normalement au législateur; avec, de surcroît, d'importantes conséquences financières. Dans une telle conjoncture, l'attitude la plus sage est probablement d'appliquer la loi malgré son défaut et d'inviter le législateur à le réparer lui-même[233]. Ce n'est que si le législateur tarde à entreprendre la réparation que le juge pourra envisager, mais avec circonspection, de la faire à sa place.

2) Les droits sociaux.

223. Ce que nous avons dit de la conception constitutive des droits fondamentaux nous permet d'être court sur le sujet des droits sociaux[234].

232 Ce qui est loin d'être évident, ainsi que nous le montre un arrêt du Tribunal constitutionnel fédéral allemand du 28 janvier 1987, EuGRZ, 1987, p.291.

233 Comme cela se fait assez couramment en Allemagne: Wiltraut Rupp-v.Brünneck, Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?, Mélanges Gebhard Müller, Tubingue, 1970, p.355-378. Le Tribunal fédéral suisse a, lui aussi, rendu quelques jugements d'"appel"; cf., par exemple, ATF 109 Ib 81, 88-89, *Wenk*, du 25 mars 1983 (à vrai dire pas très convaincant si l'on se reporte à l'arrêt cité à la note précédente). Le problème a fait l'objet d'un examen approfondi dans un arrêt du Tribunal administratif de Bâle-Campagne, du 12 février 1986, ZBl 1986, p. 403, où une majorité s'est également dégagée en faveur d'une solution d'"appel".

234 Sur les droits sociaux, voir notamment Luzius Wildhaber, Soziale Grundrechte,

Les droits sociaux posent d'abord une question de définition, car ils n'ont pas de point d'ancrage comme les droits fondamentaux. Ceux-ci, malgré l'extension que leur ont donnée la doctrine et la jurisprudence, ont d'abord été et sont encore aujourd'hui des droits que la constitution (ou une convention) reconnaît aux particuliers contre les pouvoirs publics et qui peuvent être invoqués directement devant les tribunaux sans qu'il soit nécessaire de les soutenir par une loi; on les appelle fondamentaux dans la mesure où ils protègent des aspects importants de la vie individuelle ou sociale de leurs titulaires[235]. La notion de droits sociaux n'a pas cette précision. Elle a couvert des choses très diverses, des droits reconnus à des personnes en raison du groupe dont elles font partie, des droits qui intéressent les personnes auxquelles un régime d'économie libérale n'offre pas de conditions d'existence satisfaisantes, des droits qui intéressent plus spécialement le monde du travail (comme dans la Charte sociale), ou même tout simplement (ce qui est un emploi un peu abusif) des droits à des prestations positives des pouvoirs publics ou de tiers. — Prenant l'expression dans un sens plus traditionnel, nous rangerons sous cette rubrique les droits qui sont communément présentés comme tels dans toute une série de documents nationaux ou internationaux: le droit au travail, le droit au logement, le droit à la santé, le droit à la sécurité sociale, le droit à un minimum vital; à quoi on peut ajouter le droit à la formation, le droit à la culture, le droit à l'environnement, etc.

224. On voit bien, au premier coup d'oeil, que certains de ces droits ont en commun avec les droits fondamentaux de pouvoir être invoqués en justice sans l'intermédiaire d'une loi ou dans le cadre de lois qui existent déjà. C'est le cas du droit au minimum vital, c'est aussi celui du droit à la formation. On arrive d'ailleurs à des résultats très semblables en donnant aux droits fondamentaux une interprétation "constitutive", comme on l'a vu plus haut (no 218). On peut même se demander si l'accès aux divers services de l'instruction publique n'est pas simplement assuré, dans la plupart des cas, par le droit à l'égalité.

Mélanges M.Imboden, Bâle, 1972, p.371-391; Etienne Grisel, Les droits sociaux, RDS 1973 II 1-153; J.P.Müller, Soziale Grundrechte in der Verfassung?, RDS 1973 II 687-964 (2ème éd., 1982); Daniel Trachsel, Über die Möglichkeiten justiziabler Leistungsforderungen aus verfassungsmässigen Rechten der Bundesverfassung, Zurich, 1980.

235 Pour les distinguer de quelques "droits constitutionnels" qu'on peut aussi invoquer directement devant les tribunaux, mais qui sont moins importants ou plus spécialisés (exemple: le droit de n'être pas imposé à double, cf. nos 178 et 243).

225. Les autres "droits sociaux" n'ont pas la même vertu. Sans lois et sans crédits qui les réalisent, le droit au travail n'a jamais fourni un emploi et n'en a même jamais créé un; le droit au logement n'a construit aucun bâtiment; le droit à la sécurité sociale n'a pas donné naissance à la moindre rente. Sans lois, les juges sont impuissants: les actions politiques qui sont nécessaires pour augmenter le nombre des emplois ou des logements ou pour mettre sur pied un système d'assurance sont beaucoup trop compliquées, trop coûteuses aussi, pour sortir tout armées d'un recueil de jurisprudence. Cela ne signifie pas que les juges n'aient rien à dire: s'ils ne peuvent pas remplacer le législateur, ils peuvent, au nom de la constitution, l'engager à corriger ses lois sur des points précis. Par exemple, ils peuvent, en se référant au droit du travail, dénoncer l'insuffisance des règles sur la protection des travailleurs contre les congés injustifiés, voire annuler un tel congé; ou encore, en se référant au droit à la sécurité sociale, signaler des situations qui méritent d'être incluses dans l'assurance; bref, se comporter, en observant la retenue qui convient, comme le recommande la conception constitutive des droits fondamentaux. Mais la différence demeure très grande. Les droits fondamentaux ont une application judiciaire directe: la conception constitutive n'ajoute à leur fonction protectrice de base qu'un rayonnement supplémentaire. Les droits sociaux du type droit au travail ou droit au logement n'ont pas d'application directe; seule la conception constitutive leur donne, dans d'étroites limites, un peu d'autonomie.

226. Nous arrivons ainsi à la question majeure: faut-il inscrire des "droits sociaux" dans les constitutions? Tout dépend, évidemment, du sens que les lecteurs des constitutions attachent aux mots qu'ils rencontrent. Les juristes ne s'y trompent pas; pour eux, les droits sociaux, même présentés sous cette dénomination, ne sont que de lointains parents des droits fondamentaux. Quant aux autres usagers des textes constitutionnels, nous ne connaissons guère leurs sentiments. Il est possible qu'ils ne s'y trompent pas non plus, qu'ils voient bien que ce n'est là qu'une manière de parler, qu'il s'agit de droits qui ont la particularité de n'en pas être et d'avoir plutôt pour fonction d'inspirer l'action des autorités politiques. Et pourtant, même s'il en est ainsi, nous ne voyons pas d'utilité à suggérer de fausses symétries. Il y a d'autres façons de traduire les idées qui se cachent sous cette expression. On peut en faire des buts ou des tâches de l'Etat; on pourrait même, sur certains points déterminés, en faire des mandats à l'adresse du législateur. Mais les mots "droits sociaux" peuvent très bien, sans dommage pour personne, être rayés des constitutions.

3) La coexistence de deux niveaux de protection.

227. Le problème que nous abordons ici se pose dans les Etats qui ont deux niveaux de constitutions. Il s'agit surtout, on s'en doute, des Etats fédéraux. Mais on rencontre des situations analogues dans les rapports entre un traité international (la Convention européenne, par exemple) et une constitution nationale; il s'en trouve peut-être aussi dans certains Etats divisés en régions. — Dans les systèmes fédéraux, la question peut se formuler de la façon suivante: si la constitution fédérale garantit des droits fondamentaux, convient-il que les constitutions des Etats fédérés en garantissent également et quelle est l'utilité d'une telle garantie?

228. Une première remarque s'impose: ces garanties porteront vraisemblablement sur les mêmes droits ou sur des droits très proches; car on a de la peine à imaginer aujourd'hui qu'une constitution fédérée protège un aspect important de la vie individuelle ou sociale (ci-dessus, no 223) qui ait totalement échappé à la constitution fédérale. — Deuxième remarque: nous partons de l'idée que les garanties "fédérées" ne s'adressent qu'aux autorités fédérées, tandis que les garanties fédérales sont opposables aux autorités fédérées aussi bien qu'aux autorités fédérales; la casuistique suivante a donc évidemment pour objet la mise en cause d'une autorité fédérée.

229. Le plus simple est, maintenant, de passer en revue certaines hypothèses[236]:

– Si la garantie fédérée est rédigée ou généralement interprétée par les autorités fédérées de la même manière que la garantie fédérale, elle n'est pas nulle pour autant; mais elle n'a probablement (comme on dit dans la jurisprudence suisse) pas de "portée indépendante" quand la garantie fédérale est invoquée en concours avec elle.

– Si la garantie fédérée est moins protectrice que la garantie fédérale, il ne tient sans doute qu'aux intéressés eux-mêmes de se prévaloir de la garantie fédérale, qui l'emporte alors sur la garantie fédérée.

– Reste l'hypothèse où la garantie fédérée est plus protectrice que la garantie fédérale: cette éventualité mérite un examen un peu plus détaillé.

230. Le caractère plus protecteur peut résulter des termes mêmes de la garantie ou de la façon dont elle est comprise. Il résulte des *termes* employés quand la constitution fédérée garantit un droit qui n'a pas

236 Voir, pour la Suisse, Alexander Filli, Die Grundrechte der Kantonsverfassungen im Gefüge des schweizerischen Staatsrechts, Bâle, 1984; Martin Kurer, Die kantonalen Grundrechtsgarantien und ihr Verhältnis zum Bundesrecht, Zurich, 1987.

d'exact équivalent dans la constitution fédérale (par exemple, le droit de manifester sur le domaine public à côté du droit de réunion[237]), ou quand elle en promet le bénéfice à un cercle plus large de personnes, ou quand elle subordonne les limitations qui peuvent lui être apportées à des conditions plus strictes, etc. Le caractère plus protecteur résulte de l'*interprétation* quand les termes utilisés dans la constitution fédérée sont entendus dans un sens plus libéral que les mêmes mots figurant dans la constitution fédérale. Ceci est un point très important: on ne voit pas pourquoi, s'il use de méthodes raisonnables, un tribunal fédéré n'interprèterait pas les clauses de sa constitution d'une manière plus généreuse que les tribunaux fédéraux ne le font des clauses identiques de la constitution fédérale; on ne voit pas, en d'autres termes, pourquoi il ne s'affranchirait pas de ce qu'on pourrait nommer le "pouvoir d'attraction" de l'interprétation fédérale[238].

231. Ce sont surtout les tribunaux de certains Etats membres des Etats-Unis qui ont montré ce qu'on pouvait faire dans ce domaine[239]. Le juge Utter a signalé plusieurs centaines d'arrêts, rendus pendant les vingt dernières années, où les cours des Etats fédérés sont *allées plus loin* sur le chemin de la liberté, avec leurs constitutions, que la Cour suprême des Etats-Unis avec la Constitution fédérale. Parmi les exemples les plus significatifs, on cite l'interdiction de la peine de mort (il s'agit de juge-

237 Exemple américain (signalé par M.R.B.Johansen, cité à la note 239): le Huitième Amendement à la Constitution des Etats-Unis interdit les peines "cruelles et inusitées" (cruel and unusual punishments); l'art.Ier, sect.7, de la Constitution de Californie interdit les peines "cruelles ou inusitées" (cruel or unusual punishments), version dont le libellé alternatif facilite l'abolition judiciaire de la peine de mort. Voir d'ailleurs déjà la Constitution du Massachusetts, cf. no 118.

238 Il y a une amorce de cette idée, pour l'interprétation des lois, dans ATF 115 Ia 329, 332, *X.*, du 22 décembre 1989. Mais le Tribunal fédéral a jugé, en l'espèce, qu'il n'était pas raisonnable, c'est-à-dire qu'il n'y avait pas de raison que l'autorité zurichoise comprenne la loi fiscale du canton (en matière d'estimation de la "valeur locative" d'un immeuble) autrement que le Tribunal fédéral lui-même ne comprend la législation fédérale correspondante. Cet arrêt fait bien peu de cas de l'autonomie des cantons.

239 Voir, par exemple, Robin B. Johansen, The New Federalism: toward a Principled Interpretation of the State Constitution, Stanford Law Review, vol.29, 1976-1977, p.297-321; Hans A. Linde, Vo State Constitutional Law, dans Leonard W. Levy et al. (éd.), Encyclopedia of the American Constitution, vol.4, New York, 1986, p.1738-1742; Robert F. Utter, State Constitutional Law and Democratic Accountability: Is there a Crocodile in the Bathroom?, Washington Law Review, 1989, p.19-49. Les juges Linde (Oregon) et Utter (Washington) sont pleinement engagés dans la lutte pour une plus grande autonomie jurisprudentielle des Etats fédérés. Voir encore A. Auer, cité au no 92.

ments d'inconstitutionnalité portant sur des lois d'Etat qui prévoyaient la peine de mort), l'interdiction de l'utilisation d'aveux obtenus de manière illégale ou de renseignements fournis par des informateurs anonymes, la subordination des perquisitions et saisies à des conditions particulièrement strictes, une meilleure protection de l'égalité entre les hommes et les femmes, l'extension de l'assurance sociale à l'interruption volontaire de la grossesse, la reconnaissance du droit de manifester sur le domaine (privé) d'un centre commercial.

232. Les choses, pourtant, ne sont pas aussi simples qu'elles en ont l'air. Quand il s'agit de fixer le point d'équilibre entre la liberté qu'il faut protéger et l'intérêt public qui permet de la restreindre, la constitution fédérée peut très bien, par rapport à ce qui se fait en droit fédéral, le déplacer de manière à étendre la part de la liberté et à réduire celle de l'intérêt public. Exemple classique: l'interdiction de la peine de mort[240]; ou, moins dramatiquement: la garantie du droit de manifester sur le domaine public. Le problème est différent quand la liberté étendue vient heurter une liberté fédérale ou une autre règle impérative du droit fédéral. Il est possible qu'aux Etats-Unis, en raison des particularités de la procédure, la liberté garantie par la constitution de l'Etat l'emporte encore. Mais nous sommes convaincu que le système juridique suisse ne le permettrait pas.

233. Qu'une liberté fondée sur la constitution d'un canton suisse ne peut pas tenir en échec une disposition précise du droit fédéral, les auteurs les mieux disposés envers le "fédéralisme judiciaire" ne cherchent sans doute pas à le contester: on ne conçoit pas qu'un canton reconnaisse, par exemple, l'objection de conscience aux militaires ou la liberté d'établissement aux étrangers. La question est peut-être un peu plus délicate quand la primauté de la règle fédérale résulte d'une interprétation. Et pourtant, lorsque le Tribunal fédéral refuse aux cantons le droit d'avoir, dans les affaires qui relèvent de la législation fédérale sur l'aménagement du territoire, une idée plus large de l'expropriation matérielle que celle qu'il a développée dans ses propres arrêts, on doit convenir qu'il s'appuie sur des arguments solides[241]. Reste le cas du conflit entre deux libertés.

240 Alors que la constitution fédérale admettrait qu'un certain intérêt public (la protection de la société contre certaines sortes de criminalité) justifie la peine de mort, la constitution d'un Etat ne l'admettrait pas, ou seulement dans une moindre mesure.

241 ATF 109 Ib 114, 115, *Staat Zürich*, du 16 mars 1983; 114 Ib 108, 111, *Commune de Commugny*, du 16 février 1988.

234. Aux Etats-Unis, nous l'avons vu, certaines cours d'Etats ont estimé que des manifestants avaient le droit de se réunir sur le domaine d'un centre commercial contre le gré du propriétaire[242]. La Cour suprême, qui en décide autrement quand elle est saisie du même problème au regard de la Constitution fédérale, a jugé qu'il était permis, sur ce point, de donner d'une constitution d'Etat une interprétation différente, plus favorable à la liberté d'expression[243]. En Suisse, cette tolérance ne nous paraîtrait pas admissible. La réunion sur le domaine privé d'un tiers, sans son assentiment, est une atteinte à sa propriété. L'autorisation, par un canton, d'une telle atteinte toucherait donc à la garantie de la propriété, qui est une garantie *fédérale*. Cette garantie peut assurément être limitée par une autre liberté. Mais la mesure dans laquelle elle peut l'être doit être déterminée par le droit *fédéral*. Même s'il y a de bonnes raisons de traiter le domaine privé d'un centre commercial comme le domaine public, l'assimilation relève du droit fédéral. C'est d'ailleurs pareil pour la notion de l'intérêt public qui justifie la limitation d'un droit fondamental garanti par la constitution fédérale: cette notion est fédérale.

235. En résumé: il n'est certainement pas inutile d'introduire une garantie des droits fondamentaux dans les constitutions des Etats fédérés. Cette garantie peut très bien avoir — sous les réserves que nous venons de faire — des effets juridiques. Ces effets dépendent d'ailleurs, pour une large part, de l'esprit d'initiative des autorités fédérées[244]. Enfin, même là où elle n'a pas de portée indépendante, la garantie a au moins une valeur didactique: elle rappelle leurs droits aux citoyens qui prennent la peine de lire leur constitution.

d) Les buts, les tâches et les mandats.

236. En dépit de la diversité des terminologies, il nous a semblé qu'on pouvait distinguer, dans un grand nombre de constitutions, l'indication de

242 Voir les références chez Auer, Le référendum (cité à la note 104), p.133, notes 762 à 766.

243 *Pruneyard Shopping Center v. Robins*, 1980; cf. Harvard Law Review, 1980-1981, p.169-178. Pour une critique américaine de cette jurisprudence, voir Frederick W. Schoepflin, Speech Activists in Shopping Centers: Must Property Rights give way to Free Expression?, Washington Law Review, 1989, p.133-154.

244 Et, pour commencer, de la création d'une juridiction constitutionnelle dans les Etats fédérés; cf. Walter Kälin, Chancen und Grenzen kantonaler Verfassungsgerichtsbarkeit, ZBl 1987, p.233-248, spécialement p.243 et ss; A. Auer, Les constitutions cantonales: une source négligée du droit constitutionnel suisse, ZBl 1990, p.14-25, spécialement p.22-23.

buts généraux de l'Etat, la fixation de tâches de l'Etat (qui sont comme des buts spéciaux proposés à son action), enfin des mandats donnés à une autorité étatique déterminée, habituellement le législateur. Il est vrai que le passage de l'une à l'autre de ces notions ne se perçoit pas toujours clairement, mais nous avons cherché à pallier ce défaut en donnant quelques exemples (nos 129 et ss). Ce qui caractérise, en tout cas, la suite de ces trois termes, c'est une progression dans la précision ou, si l'on préfère, dans la normativité et la justiciabilité.

237. L'inscription d'un but général n'est pas un geste dépourvu de tout effet juridique. Ce n'est pas tellement le fait que le texte figure dans la constitution qui lui donne cette nature: il peut arriver qu'une constitution contienne des phrases totalement étrangères au droit (des narrations, par exemple, ou des aphorismes, cf. no 102). Mais les buts sont incontestablement libellés dans un style normatif. Seulement, leur normativité est très faible. Ils s'adressent sans doute à chaque autorité constituée, au Parlement, au Gouvernement, aux juges également. Chacune doit s'en inspirer dans son comportement et peut même y trouver parfois des directives pour l'interprétation d'autres règles (plus précises) qu'elle doit appliquer. Mais les buts sont, en eux-mêmes, conçus en des termes si larges que les autorités politiques ne répondent pas devant le juge de la manière dont elles pensent pouvoir les atteindre; elles ne doivent de compte qu'à leur contrôleur politique, le Gouvernement au Parlement, le Parlement à ses électeurs. Pour prendre le cas de la Suisse: on ne voit pas très bien ce que le Tribunal fédéral pourrait tirer de l'art.2 de la Constitution (ci-dessus, no 165) contre une ordonnance du Conseil fédéral. D'ailleurs, même dans un débat parlementaire ou dans la campagne qui précède un vote populaire, les références à cet article relèvent de la polémique cultivée davantage que d'une argumentation rationnelle.

238. L'exemple, souvent cité, des juges allemands statuant, il y a dix-huit ans, sur le traité dit "fondamental" (Grundlagenvertrag) entre les deux Allemagnes infirme à peine ce que nous venons de suggérer[245]. Le Tribunal constitutionnel a sans doute rappelé que le Préambule de la Loi fondamentale faisait une obligation à toutes les autorités de l'Allemagne fédérale de travailler à la réunification (cf. no 132), qu'il y avait là un but impératif qu'elles ne devaient pas perdre de vue. Mais il a aussitôt ajouté que les voies qui pouvaient y conduire étaient multiples et qu'il appartenait aux organes politiques de choisir celle qui leur paraissait la meilleure. Sauf le respect qui lui est dû, on se demande ce qu'il aurait pu dire d'autre.

239. La norme qui fixe une *tâche* est plus concrète que celle qui indique un but général. Il est en effet toujours difficile d'estimer si un but aussi

245 BVerfGE 36 1, 17-18, du 31 juillet 1973; W.Geiger (cité à la note 214), p.405.

largement défini que la prospérité commune ou la justice sociale a été atteint ou même simplement approché, si les autorités politiques ont fait ce qu'il fallait pour progresser dans la bonne direction; tandis qu'on voit beaucoup mieux si une tâche par définition plus précise, telle que l'aménagement du territoire ou la lutte contre la pollution des eaux, a été effectivement entreprise. En tout cas, ici, il y a quelque chose à faire et, lorsque rien n'est fait ou lorsque les mesures prises sont dérisoires, cela se remarque. Voilà donc une situation qui se prête mieux à une intervention du juge.

240. Mais attention: même si l'aménagement du territoire est un projet plus "tangible" que la justice sociale, il n'est pourtant pas déterminé au point qu'il n'y ait qu'une manière de le réaliser. Là encore, les solutions conformes à la constitution sont nombreuses. Au fond, ce que veut la constitution, c'est simplement que le territoire soit aménagé; elle ajoutera peut-être un ou deux adjectifs passe-partout, en demandant que l'aménagement soit "rationnel" ou "judicieux"; elle donnera peut-être une directive matérielle, en prescrivant qu'il devra être "décentralisé". Tout cela ne suffit évidemment pas à dessiner la carte du pays. Il reste plusieurs possibilités de lois et de plans et, dans un régime démocratique, le soin de choisir entre elles appartient à l'autorité politique, Gouvernement et Parlement, après consultation des personnes intéressées et, pour les systèmes qui le connaissent, sous réserve de référendum. Il n'appartient pas au juge. Ce qui fait que, même si l'on introduit la juridiction constitutionnelle dans le contrôle des tâches de l'Etat, cette juridiction ne pourra guère exercer qu'une fonction *déclarative*. Elle pourra seulement constater que l'autorité politique n'a pas accompli sa tâche; elle pourra, le cas échéant, l'inviter à réparer son oubli. Mais cette invitation n'aura pas d'effet contraignant, elle n'aura que la force que peut lui donner l'opinion publique. Même en cas d'incurie prolongée du législateur, le juge ne fera lui-même ni la loi ni le plan d'aménagement[246].

241. Avec le *mandat*, nous franchissons un pas de plus dans le sens d'une plus grande précision. Mais la frontière entre la tâche et le mandat n'est elle-même, il faut bien l'avouer, pas très nette. Nous ne pouvons pas dire où elle passe exactement. Et pourtant, nous sentons qu'il y a une différence entre une règle qui charge l'Etat d'assumer l'approvisionnement du pays en blé et une autre règle qui commande à l'Etat d'acheter

246 Sinon pour corriger, sur des points de détail, un plan existant, en se fondant sur la garantie de certains droits fondamentaux (égalité, propriété).

le blé indigène à un prix qui en permet la culture[247]. La première règle donne une *tâche*, qui peut être accomplie de diverses manières: l'Etat peut faciliter l'importation du blé étranger ou développer la production nationale, ou faire les deux, et les faire dans une proportion variable, et il y a encore plusieurs façons d'étendre la culture du blé indigène. En adoptant la deuxième règle, le constituant a choisi lui-même certaines solutions, il a décidé de mettre l'accent sur la production nationale et il a inventé un système de stimulation très simple. Ces choix étant dans la constitution, le législateur n'a pas le droit de s'en écarter; il a au contraire pour *mandat* d'en faire la réglementation détaillée.

242. A côté du problème de leur opportunité politique, qui sera brièvement repris plus loin (no 252), les mandats posent celui du contrôle de leur exécution, c'est-à-dire, une fois de plus, la question du "dernier mot". Qu'une juridiction constitutionnelle puisse connaître des mandats dans des jugements de constatation, le point n'est guère douteux: si nous l'admettons pour les tâches (no 240), nous devons l'admettre, à plus forte raison, pour les mandats, où le contrôle est plus facile. On peut même penser que la constatation sera plus "orientée": le juge rappellera au législateur non seulement qu'il doit agir, mais encore dans quel sens il doit le faire, puisque c'est la constitution qui l'indique. Cela pour le contrôle abstrait. Le contrôle concret ouvre d'autres possibilités: certains mandats sont assez précis pour qu'au besoin *le juge les exécute lui-même* à la place du législateur négligent; ce qui nous paraîtrait impensable si c'était une tâche qui était restée inaccomplie.

243. A vrai dire, cela ne vaut pas pour tous les mandats. La symétrie de notre présentation dût-elle en souffrir, nous devons bien convenir qu'il y a des mandats dont l'exécution dépend de trop de conditions politiques pour être confiée au juge; qu'ici donc le mandat ne se distingue guère de la tâche. Quelques exemples, pris dans la réalité suisse (cf. nos 177 et 178), nous permettront de mieux montrer ce que nous avons à l'esprit. Nous supposerons, pour les nécessités de la démonstration, que notre pays connaît une juridiction constitutionnelle complète:

– L'ordre donné au législateur fédéral de faire une loi pour empêcher que les contribuables ne soient imposés à double a été considéré comme assez précis pour que le Tribunal fédéral l'exécute lui-même[248].

247 Voir l'art.23 bis I et l'art.23 bis II 2 de la Constitution fédérale suisse.

248 Le Professeur Höhn a même montré que l'idée d'un recours direct au Tribunal fédéral était aussi ancienne que le mandat au législateur: Commentaire de la Constitution fédérale, ad art.46 II (1987), nos 15 à 18.

– L'ordre donné au même législateur de compenser périodiquement les effets de la progression à froid dans l'imposition directe des personnes physiques se prêterait également à une exécution judiciaire, si la loi n'était pas faite dans un délai raisonnable. La notion de progression à froid et les techniques de compensation sont suffisamment connues pour qu'on puisse traduire la règle par de simples opérations arithmétiques[249]. Il n'y a que la détermination de la périodicité qui suppose un choix partiellement politique. Par hypothèse, le tribunal serait saisi assez tard pour qu'il puisse, sans plus attendre, suppléer le législateur défaillant. Les conséquences financières de ses décisions ne seraient toutefois pas négligeables.

– Plusieurs mandats dérivés des droits fondamentaux pourraient, de même, être satisfaits par la jurisprudence, sous la réserve qu'un long délai devrait être laissé au législateur pour réparer certaines inégalités (cf. no 222)[250].

– En revanche, le système d'achat du blé auquel nous venons de faire allusion (no 241) ne pourrait guère être réalisé par voie de justice: il exige la mise sur pied d'une organisation, l'imposition de contrats ainsi que la fixation de prix, qui échappent totalement à la compétence d'un juge.

– De même, les règles nécessaires au maintien de débits minimaux dans les cours d'eau sont à la fois trop techniques et trop politiques pour n'être pas réservées à l'appréciation exclusive du Parlement et du Gouvernement.

244. On n'oubliera pas que toutes les affaires de ce genre présentent aussi un aspect de procédure. Certains ordres juridiques accordent à toutes sortes de personnes et de groupements privés, ainsi qu'aux collectivités et aux autorités publiques, la faculté d'intenter, contre un organe de l'Etat, une action en constatation ou en condamnation. Le droit suisse offre moins de possibilités. Si un législateur cantonal, par exemple, n'exécute pas un mandat qu'il a reçu de la Constitution du canton ou directement de la Constitution fédérale, il n'y a pratiquement, pour s'en plaindre, faute d'un remède cantonal le plus souvent inexistant, que le recours de droit public des particuliers au Tribunal fédéral. Mais ce moyen suppose que celui qui l'utilise ait un droit "constitutionnel" à l'exécution du mandat. Or il peut

249 Cf. E.Höhn, Commentaire de la Constitution fédérale, ad art.41 ter (1987), nos 78-85.

250 Voir les propos très mesurés du Tribunal fédéral suisse, dans un arrêt *A.Z.* et *M.G.*, du 18 janvier 1985, ZBl 1985, p.492, 494-498, où, après avoir émis quelques doutes sur la possibilité de censurer l'inaction du législateur, il a nié qu'on pût reprocher aux autorités lucernoises d'avoir induement tardé à exécuter le mandat que leur donnait l'art.4 II 2 de la Constitution fédérale.

très bien arriver que le Tribunal fédéral refuse de tirer de la règle qui confère le mandat un droit pour les particuliers. L'inaction du législateur ne pourra donc pas avoir, dans cette hypothèse, de suite judiciaire.

245. Cette particularité procédurale (de nature essentiellement prétorienne) explique aussi les variations de la jurisprudence suisse dans l'application de certains *principes* de législation. C'est ainsi que plusieurs constitutions cantonales ont des phrases sur la justice fiscale; des phrases qui disent, par exemple, que les contribuables seront imposés en fonction de leurs facultés économiques. Or le Tribunal fédéral y a vu, alternativement, des règles purement objectives (des dispositions-programmes, comme il les appelle quelquefois) ou des règles qui, en même temps qu'elles s'adressent au législateur, confèrent un droit subjectif aux particuliers[251]. Sa pratique la plus récente paraît aller plutôt dans ce dernier sens. Il sera intéressant de voir comment il analyse les nombreux textes de cette espèce qui jalonnent les nouvelles constitutions des cantons.

e) Résumé.

246. L'opinion qu'on a des effets d'une constitution peut sans doute varier d'un pays à un autre. Mais nous avons le sentiment qu'en Suisse et dans les Etats qui nous entourent, tout ce qui est écrit dans les constitutions a ou peut avoir une valeur juridique. Il en va de même, évidemment, de leur partie non écrite, garanties ou compétences implicites, parce qu'on ne conçoit guère que les autorités, en particulier les juges, déclarent découvrir de telles règles, si ce n'est pas pour résoudre un problème juridique. Quand nous disons qu'un texte peut avoir une valeur juridique, nous voulons simplement signaler, par là, que certaines phrases qui sont longtemps restées en sommeil peuvent être, un beau jour, tirées de leur léthargie par des interprètes inventifs. Bref, tout dans la constitution est, au moins virtuellement, juridique.

251 Voir, par exemple, à propos de l'art.19 de la Constitution zurichoise (RS 131 211): ATF 48 I 79, 83, *Rigiviertel AG*, du 23 juin 1922 (c'est un droit constitutionnel, mais le législateur dispose d'une grande marge d'appréciation); 90 I 145, 149-150, *X.*, du 8 juillet 1964 (la question est laissée ouverte); 93 I 437, 445, *Erlenbach*, du 17 mai 1967 (c'est plutôt une directive adressée au législateur); 105 Ia 349, 358, *Stauffacher*, du 13 juillet 1979 (c'est un droit constitutionnel, mais le recourant n'a pas la qualité pour recourir; sur ce dernier point, la jurisprudence fédérale s'est élargie par la suite, ATF 109 Ia 252, *AVLOCA*, du 17 avril 1983). Cf. encore, sur la reconnaissance d'un droit constitutionnel tiré d'une disposition fiscale de l'ancienne Constitution soleuroise, ATF 104 Ia 284, 286-290, *B.*, du 22 février 1978.

247. Cela doit s'entendre avec un double tempérament. D'abord, l'épaisseur juridique n'est pas la même partout. Il y a des dispositions très précises, notamment dans le domaine de l'organisation. Il y en a d'autres qui, autour d'un noyau solide, diffusent un halo dont la consistance va en se raréfiant, comme on peut le dire de la garantie de plusieurs droits fondamentaux. Il y en a dont la portée didactique l'emporte manifestement sur la signification normative, ainsi qu'on en rencontre lorsque le constituant se met à énumérer des buts ou, dans les systèmes complexes, lorsqu'une règle fait double emploi avec une autre. Cette diversité n'est pas nouvelle, on la trouve déjà dans les textes du dix-huitième siècle (cf. nos 118 et ss, et la note 118). Elle est, au fond, congénitale à la notion de constitution et nous pouvons très bien nous en accommoder.

248. Le deuxième tempérament est d'une autre importance. Tout est juridique, peut-être, mais tout n'est pas justiciable. Même si l'on voit partout des règles de droit, on ne trouve pas les juges partout. La constitution contient sans doute beaucoup de règles dont l'interprétation, donnée en première instance par l'autorité politique, est ensuite contrôlée par un tribunal. Mais elle en compte aussi beaucoup d'autres, parmi lesquelles on peut ranger certains aspects des précédentes, qui sont restées dans la disposition exclusive de l'autorité politique. — Malheureusement, il ne paraît guère possible de signaler, dans les éditions de la constitution, par des astérisques ou des typographies différentes, quelles règles relèvent de la première catégorie et lesquelles appartiennent à l'autre. Le partage est, en effet, lui-même une affaire d'interprétation. Et, comme il s'agit de savoir si les autorités politiques seront contrôlées par les autorités judiciaires et non l'inverse, c'est aux tribunaux que se pose ce problème d'interprétation. Le constituant peut bien essayer de prédéterminer la réponse. Mais, à moins de recourir à des moyens massifs, comme les clauses d'immunité[252], il n'y parviendra jamais entièrement. S'il s'avisait, par exemple, de préciser, en l'écrivant noir sur blanc, que les règles sur les tâches de l'Etat ne s'adressent qu'au Parlement et au Gouvernement, sans que les tribunaux puissent vérifier la manière dont elles ont été appliquées, cela n'empêcherait pas les mêmes tribunaux d'exercer un contrôle du même genre en s'inspirant d'une conception constitutive des droits fondamentaux. Quant aux clauses d'immunité, il faut bien voir qu'elles peuvent être, elles aussi, un objet d'interprétation.

252 Du type de l'art.113 III de la Constitution fédérale suisse.

f) Ce qui nous paraît souhaitable.

249. Quand on touche au terme d'une réflexion consacrée à la constitution, il est normal qu'on donne son sentiment personnel sur deux questions plusieurs fois rencontrées en chemin: d'abord, ce qu'il est bon de mettre dans un tel document; ensuite, à qui doit revenir le dernier mot dans son application. Il est à peine besoin de souligner que les réponses à ces deux questions ne peuvent être que subjectives: elles tiennent à l'idée que chacun de nous se fait de la meilleure manière de gouverner les sociétés. Et elles ne peuvent exprimer que des tendances: des prises de position tranchées ne rendraient pas suffisamment compte de la complexité de la matière.

250. Le fil conducteur du présent rapport, c'est que la politique doit être faite, autant qu'il est possible, par ceux qui sont chargés de la faire. Ce qui signifie que, dans nos régimes occidentaux, elle devrait incomber principalement au législateur, qui a été élu pour cela. Et pourquoi pas, demandera-t-on, au constituant lui-même, qui est l'autorité politique par excellence? Parce que la politique est un travail quotidien et que la constitution ne devrait pas être modifiée tous les jours. Mais encore: parce qu'à mesure que la juridiction constitutionnelle se généralise, tout ce qu'on met dans la constitution, fût-ce en des termes vagues, est mis virtuellement dans la main des juges, avec la conséquence que la politique de tous les jours se ferait alors sous leur contrôle[253].

251. Avec cette disposition d'esprit, nous répondons à la première question: ce qu'il est bon de mettre dans la constitution, ce sont les règles les plus importantes sur la structure et sur l'organisation de l'Etat, ainsi que la garantie des droits fondamentaux et quelques principes essentiels. Pour nous, en effet, la constitution doit tracer le cadre de l'action politique, elle ne doit pas être le moteur de cette action. Le moteur, ce sont les demandes de la société, traduites par des élections et par des référendums, quelquefois par des pétitions, des manifestations ou des grèves. Nous ne pensons pas qu'il faille les fixer dans un document dont la vocation normale est d'être permanent.

253 Nos collègues de langue allemande ont ici une excellente expression: ils parlent —généralement pour en montrer les dangers — de la "Verrechtlichung der Politik". Le français n'offre pas d'équivalent: la "juridification" de la politique est un barbarisme, la "transformation" ou la "pénétration" de la politique par le droit est trop compliqué. Nous dirons donc, sans complexes, que nous avons peu de goût pour la Verrechtlichung der Politik.

252. Bien entendu, nous ne pouvons pas méconnaître la vogue, irrésistible aujourd'hui dans l'esprit public suisse, des textes énonciateurs de buts, de tâches et de mandats[254]. De cette vogue, nous devons dire toutefois, en guise de préalable, qu'elle n'a pas de conséquences trop graves dans un pays où la revision (partielle) de la constitution est une opération courante, où donc la constitution, du moins dans ses modalités, n'a justement pas de permanence: si le libellé d'une tâche est raté, on le change; s'il apparaît, à l'usage, qu'un mandat est irréalisable, on peut toujours l'abroger; s'il donne lieu à une jurisprudence mal reçue, on la casse[255]. Mais, à supposer qu'il faille parler en termes plus généraux, nous dirons qu'à tout prendre l'indication de buts et de tâches vaut mieux que la fixation de mandats trop précis. Ces mandats brident, souvent sans grande utilité, l'action du législateur; ou alors ils ne sont pas respectés, ce qui contribue à renforcer l'image, déplaisante à la longue, d'une constitution inaccomplie. Et surtout, avec les buts et avec les tâches, on sait qu'on est en présence d'obligations politiques ou, pour emprunter au droit civil une image plus exacte, d'obligations juridiques essentiellement imparfaites; tandis qu'avec les mandats, on passe insensiblement à des obligations parfaites, c'est-à-dire justiciables. Ce qui nous amène tout naturellement à la question du "dernier mot".

253. A cette deuxième question, nous répondons: il y a certainement de très nombreuses règles constitutionnelles, dans les domaines de la structure, de l'organisation ou des droits fondamentaux, qui sont assez précises pour relever des autorités judiciaires. Il en va ainsi, également, des règles qui semblent admettre plusieurs interprétations juridiques: tout en obser-

254 Cet intérêt pour une constitutionnalisation des tâches de l'Etat nous fournit l'occasion de relever, en passant, la nature inévitablement un peu élitaire de l'"esprit public" (ci-dessus, no 196). La question des tâches fait en effet grand bruit dans les revisions *totales* des constitutions cantonales, qui sont les revisions *savantes*. Elle n'apparaît guère, en revanche, dans les revisions *partielles*, qui forment le train-train de la politique constitutionnelle. Un survol de la pratique cantonale des années 1980 à 1990 nous montre que, sur environ cent vingt revisions partielles, dans vingt-quatre cantons, une cinquantaine concernaient les droits politiques; plus de quarante, l'organisation des autorités politiques et judiciaires; une douzaine, les districts et les communes; mais seulement huit (surtout à Genève), les tâches de l'Etat.

255 Sur l'usage de la revision constitutionnelle pour surmonter une jurisprudence fâcheuse ou impopulaire, voir, pour le droit fédéral des Etats-Unis (où la revision est pourtant difficile), A.Auer, Le référendum (cité à la note 104), p.138; pour le droit des Etats fédérés (où la revision est plus facile), ibid., p.134-138; R.Utter (cité à la note 239), p.36-40. La non réélection de juges, parfois utilisée dans le même but (R.Utter, op.cit., p.41-44), est, en revanche, un procédé franchement contraire à l'esprit de la séparation des pouvoirs.

vant une certaine retenue, le juge peut imposer la sienne. Mais, dans la mesure (que nous souhaitons large) où la constitution permet un choix entre plusieurs déterminations politiques, que ce soit en matière de régime économique, de législation sociale, d'instruction publique, de santé publique, d'environnement, d'énergie, d'aménagement du territoire, *le dernier mot doit revenir à l'autorité politique*. Il ne faut pas que l'autorité judiciaire vienne le lui disputer. Pas même sous le couvert d'une conception élargie ("constitutive") des droits fondamentaux. Exemple concret: quelque opinion qu'on ait des centrales atomiques fondées sur la fission, des dangers qu'elles font courir à la vie ou à la santé de la population, de l'appareil policier qu'elles rendent nécessaire, tant que la constitution (ou un traité international) ne dit pas clairement que leur construction est permise ou qu'elle est prohibée, il appartient au législateur seul de l'autoriser ou de l'interdire.

5. La constitution et la réalité politique.

254. Et si nous nous étions trompé? Et si nous n'avions pas traité le sujet? Et si le sujet était ailleurs? Si la vraie constitution, c'était la description des rapports de force qui règnent dans un pays et si ces rapports étaient tout à fait différents de ce qui est écrit dans le texte officiel? Si la vraie Constitution fédérale, c'était, par exemple, le Vorort ou l'Union suisse des arts et métiers? Si c'était le Parti radical, le Blick ou la télévision? Si c'était le fabricant Borsig, le banquier Mendelssohn?[256] Et si les cent vingt pages que nous avons remplies cet hiver n'avaient eu pour objet qu'une ombre?

255. On a reconnu, ici, une vieille critique, celle qui est traditionnellement adressée, depuis plus d'un siècle, à toutes les constitutions normatives. Il faut évidemment répondre. Et, pour répondre, il faut commencer par mettre un peu d'ordre dans tout un éventail d'objections. Parce que tout est souvent pêle-mêle, là-dedans. Les uns dénoncent simplement la politique des électeurs et des autorités. D'autres s'en prennent aux institutions. D'autres encore, convenant que les institutions sont acceptables, regrettent qu'elles ne soient pas mieux respectées. D'autres enfin, et ce sont eux surtout qui posent le problème, estiment que les institutions sont,

256 Les noms de nos compatriotes affluent évidemment sous la plume. Pour ne peiner personne, nous citons des Prussiens du siècle dernier, cf. F. Lassalle (cité à la note 258), p. 36, 37.

en général, respectées dans la forme, mais que la manière dont elles disposent les accents ne correspond pas à la réalité. On entend dire, en résumé: que la politique est mauvaise; que les institutions politiques sont mauvaises; que la constitution n'est pas appliquée; enfin et surtout, qu'elle ne dit pas les choses comme elles sont.

256. Nous écarterons sans façons le premier grief. Sauf ce qu'on peut dire de l'inégalité des conditions humaines, il ne prouve rien contre la réalité de la constitution. Si la démocratie est considérée comme une forme heureuse de gouvernement, mais qu'ensuite le Parlement et le peuple adoptent de mauvaises lois, cela montre simplement qu'une constitution démocratique ne donne pas toujours de bons résultats. Si les mauvaises lois sont dues à la malice ou à l'ignorance des hommes, cela montre qu'une constitution ne suffit pas à améliorer leur coeur ni leur intelligence. C'est tout et cela n'a rien à voir avec le problème posé.

257. Le deuxième grief est encore moins pertinent, puisqu'il suppose, tout au contraire, que la constitution est réelle. Si elle ne l'était pas, les défauts qui lui sont imputés ne seraient pas remarqués. Les auteurs qui, par exemple, condamnent l'institution du référendum populaire — et il n'en manque pas ces temps-ci — n'ont certainement pas l'idée de mettre en doute son effectivité. S'ils partent en guerre contre lui, c'est bien parce qu'ils voient qu'il a des conséquences; fâcheuses peut-être, mais tangibles. Et ceux qui proposent de supprimer le bicamérisme ou de remplacer le régime directorial par un régime parlementaire ne contestent pas davantage l'idée de constitution; ils se battent, au contraire, sur le terrain de la constitution, pour la réformer.

258. Le troisième grief a évidemment plus de force. Ici commence le procès de la notion même de constitution. C'est vrai que la constitution n'est pas toujours respectée. Nous ne voulons pas tellement parler des inconstitutionnalités qui se font au grand jour: si le Parlement fait une loi inconstitutionnelle, elle pourra être déférée à un tribunal; en l'absence de juridiction, il y a toujours l'opinion publique et, si l'inconstitutionnalité est véritablement patente, le législateur devra bien finir par la corriger. Ou, pour prendre un autre exemple: notre collègue le Professeur Morand a montré que l'adoption des actes de l'Etat ne suit pas toujours l'ordre prévu par la constitution. Il a trouvé, en particulier, une illustration éloquente dans le domaine de la radio et de la télévision[257]: le Gouverne-

257 Charles-Albert Morand, Le principe de légalité et l'interventionnisme étatique, Mélanges O.K. Kaufmann, Berne, 1989, p.239-255, spécialement p.252.

ment a donné des concessions en dehors de toutes règles; puis il a édicté des ordonnances sans base légale; puis le Parlement lui-même a pris un arrêté sans base constitutionnelle. Tout cela n'est évidemment pas satisfaisant. Mais on doit reconnaître, à la décharge des autorités, que nos procédures sont lentes (on pourrait chercher à les simplifier) et que le progrès technique a été, dans ce domaine, particulièrement rapide. D'ailleurs, tout est sur le point d'être régularisé, de sorte qu'on peut dire, ici, qu'il s'est agi surtout d'un disfonctionnement temporaire de la machine.

259. Non, nous pensons plutôt à toutes ces violations du droit qui se commettent journellement et sans publicité. Il y a, par exemple, les salaires versés aux femmes au mépris du principe de l'égalité des sexes; cela fait déjà un bon nombre de cas. Il est vrai que nous avons à faire ici à une règle qui relève normalement de la loi plutôt que de la constitution; et c'est bien pourquoi une loi va être faite, dont l'application sera, espérons-le, mieux assurée. Il y a alors les atteintes répétées à la dignité et à la liberté des personnes. Nous n'avons, il est vrai, aucune preuve à produire. Mais, à lire ce qui se fait à l'étranger, on peut se douter que ce qui se passe en Suisse n'est pas très différent. Par exemple: les bavures policières. Ici, c'est bien la constitution qui est directement en cause. J'aimerais savoir lequel de mes collègues n'a pas été découragé, quelquefois, en mesurant l'abîme qui sépare l'enseignement universitaire de certaines brutalités pratiquées dans des locaux fermés. J'ajoute aussitôt que si, par une chance extraordinaire, il apparaissait que cette gangrène a épargné la Suisse, nous avons suffisamment de témoignages qu'elle sévit dans d'autres Etats constitutionnels pour que la question reste posée. Et on sait qu'à cette question les professeurs n'apportent qu'une réponse, juste sans doute, mais terriblement banale: c'est qu'on ne supprime pas le code pénal à cause des viols et des assassinats dont les auteurs ne sont jamais découverts.

260. Avec le quatrième grief, nous rencontrons l'objection séculaire de tous les "réalistes", celle qu'un soir du printemps 1862, à Berlin, Ferdinand Lassalle lançait aux électeurs d'une section locale du parti libéral-progressiste[258]: ce que vous prenez, disait-il, pour la constitution (sc. la Constitution prussienne de 1850) n'est qu'une feuille de papier; la vraie

258 F. Lassalle, Über Verfassungswesen, Gesammelte Reden und Schriften (E. Bernstein, éd.), t.II, Berlin, 1919, p.25-61. — Sur la conception lassallienne de la constitution, voir notamment Konrad Hesse, Die normative Kraft der Verfassung, Tubingue, 1959, p.3-6; Wilhelm Hennis, Verfassung und Verfassungswirklichkeit, Tubingue, 1968, p.30-32; Felix Renner, Der Verfassungsbegriff im staatsrechtlichen Denken der Schweiz im 19. und 20. Jahrhundert, Zurich, 1968, p.44-46 et les références.

constitution, MM, c'est le roi, c'est l'armée, ce sont les canons, ce sont les Junkers, c'est le banquier un tel, le fabricant un tel. Lassalle était, ce soir-là, mal tourné: car, au fond, la Constitution prussienne de 1850 faisait déjà la part très belle au roi, aux Junkers, aux militaires et le système électoral des "trois classes" était plutôt favorable aux industriels et aux banquiers. Mais la critique avait une prétention à l'universalité; elle s'adresse donc aussi — et même à plus forte raison — à une constitution apparemment innocente comme la nôtre.

261. On voit à peu près ce que donnerait l'argumentation de Lassalle, si elle prenait aujourd'hui pour cible la Constitution fédérale: la constitution suisse, dirait-elle, est, dans l'ensemble, assez correctement appliquée; les gestes attendus sont accomplis comme il faut; les rites sont observés. Mais cette constitution ne dit pas tout; elle ne dit pas l'essentiel. Elle fait croire que les lois sont faites par le Parlement, alors qu'en réalité c'est l'Administration qui les prépare, de concert avec certaines organisations privées, dans des termes qui s'imposent ensuite aux députés. Elle fait croire que la liberté et l'égalité sont garanties à toute la population, alors qu'en réalité les bénéficiaires de ces droits sont souvent bien trop intimidés par le fonctionnaire, par l'employeur, par les collègues de travail, par le voisin, pour s'en prévaloir. Elle ne nous dit rien des grands partis politiques, du rang insigne qu'occupe le parti radical, elle ne connaît même pas le mot parti. Elle ne nous dit rien de la coalition gouvernementale, rien non plus de la façon dont les bonnes places dont dispose la République sont partagées entre les membres de cette coalition. Elle ne nous parle pas de la puissance de l'argent, pas davantage de l'impact de la presse écrite et de la télévision sur les affaires publiques.

262. Que répondrons-nous aux épigones de Lassalle? Nous leur dirons ceci: vos observations, MM., sont intéressantes, quoiqu'elles soient mélangées, comme il paraît ordinaire à ce genre de littérature, d'un peu d'exagérations, d'extrapolations et de généralisations hâtives. Mais, même ramenées à la vue, plus mesurée, de la science politique, ces observations n'affectent en rien notre idée de la constitution. Nous allons, si vous le voulez bien, reprendre l'exemple des partis. On aurait pu, c'est vrai, leur consacrer un article, comme on l'a fait, plus tard, en Allemagne et en France. Etait-ce vraiment nécessaire? Nos ancêtres de 1848 et de 1874 connaissaient évidemment les partis, ils étaient tous membres d'un parti, ils ont pensé que le parti allait de soi sans qu'il faille en parler dans la constitution. Avaient-ils tout à fait tort? C'est vrai que les partis, quoiqu'ils aient tous, à l'époque actuelle, une organisation démocratique, ne fonctionnent pas toujours de façon parfaitement démocratique: il y a

souvent de l'oligarchie dans leur manière d'agir. Mais, franchement, est-ce que les textes y changent quelque chose? Est-ce qu'il y a moins d'oligarchie dans les partis allemands? Est-ce que nous ne sommes pas, ici, devant une constante de la nature humaine, qu'on essaierait en vain d'éliminer par une disposition juridique? C'est déjà beaucoup si la constitution parvient à réduire les phénomènes d'oligarchie dans l'organisation de l'Etat.

263. Si nous passons aux associations économiques: d'abord, on notera qu'elles, en tout cas, sont dans la constitution, où leur rôle de consultant est clairement indiqué. Fallait-il en dire davantage? Fallait-il, par exemple, les énumérer? Fallait-il écrire, pour être "réaliste", que le Parlement ne devrait pas, sans nécessité, s'écarter de leurs désirs? Ou fallait-il écrire, au contraire, pour être "idéaliste", que le Parlement devrait savoir s'en distancer? Tout cela, on le sent bien, est absurde. Tout cela, du reste, procède d'une fausse idée de la constitution.

264. Il ne faut pas demander à la constitution plus qu'elle ne peut donner. Or la constitution peut donner, fondamentalement, trois choses. Elle peut répartir le pouvoir entre les collectivités nationale et locales et entre leurs autorités. Elle peut assurer une compétition loyale entre les diverses forces politiques du pays. Elle peut protéger les droits essentiels des particuliers, avec tout ce que cela implique d'ailleurs, aujourd'hui, d'action législative. Bien entendu, les constituants peuvent décider d'aller plus loin: ils peuvent entrer dans les détails, comme ils le font traditionnellement en Suisse; ils peuvent développer les éléments prospectifs, pédagogiques, voire émotionnels, de la constitution, suivant ainsi un fort courant de la pensée contemporaine et dans l'espoir que leur oeuvre sera lue. Mais le partage du pouvoir, l'organisation de la compétition démocratique, la garantie des droits demeurent ses trois fonctions principales. Et nous croyons que ces fonctions seraient dénaturées si la constitution, en même temps qu'elle les exerce, se mêlait de diriger l'usage concret qui est fait des règles qu'elle a posées. Elle crée un Parlement, c'est son rôle. Mais si les députés jugent raisonnable de soutenir le projet de loi d'une association privée, ce n'est pas son rôle de le leur interdire. Elle organise des élections, c'est son rôle. Mais si les citoyens, convaincus par le programme et l'action d'un parti, lui donnent la prépondérance, ce n'est pas son rôle de les en empêcher. Elle protège les libertés, c'est son rôle. Mais si les particuliers, pour toutes sortes de motifs, individuels, familiaux ou professionnels, préfèrent ne pas s'en servir, ce n'est pas son rôle de les y contraindre.

265. Il en est ainsi de maintes réalités qui peuvent paraître déplaisantes: ce n'est pas à la constitution qu'il faut les imputer, c'est à l'ensemble des citoyens. Si un parlementaire se montre trop docile envers un groupe de pression, il appartient à ses électeurs de s'en défaire. Si un parti politique prend trop d'ampleur, il appartient aux autres partis de le contrecarrer. Quant à la liberté, c'est notre affaire à tous de la maintenir vivante. Si les électeurs ne font rien, si les partis politiques ne font rien, si nous ne faisons rien, cela ne prouve rien contre la constitution. Cela prouve beaucoup, en revanche, contre nous.