

Édouard Lambert

Le contrôle de la constitutionnalité des lois
Le juge de la constitutionnalité

Extrait de l'*Encyclopédie française* (sous la direction de L. Febvre)
Paris Comité de l'encyclopédie française 1935
volume 10 A : l'*État moderne*, fasc. 10-63, pp. 3-7

CHAPITRE II - LA LIMITATION DU POUVOIR

tion. Je ne suis pas très convaincu que nous y gagnions beaucoup.

L'article qui suit, dû à E. Lambert, va nous montrer comment ces garanties constitutionnelles des libertés et le contrôle du juge, juge ordinaire ou juge consti-

nel spécial, limitent, dans certains pays étrangers et spécialement aux Etats-Unis, le pouvoir du législateur.

Henry PUGET,
Maître des Requêtes
au Conseil d'Etat.

CONTRÔLE DE LA CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS LE JUGE DE LA CONSTITUTIONNALITÉ

La limitation des pouvoirs respectifs des divers organes de la puissance publique forme l'objet commun de toutes les constitutions de type démocratique; mais la limitation de l'ensemble des pouvoirs de cette même puissance publique n'est prévue que par celles des constitutions qui contiennent des déclarations des droits (v. A. AULARD et B. MIRKINE-GUETZÉVITCH, *les Déclarations des droits de l'homme*, Paris, Payot, 1929). Les constitutions qui, à l'exemple de la Constitution fédérale américaine et des déclarations françaises de 1789 et 1793, ont énuméré des droits garantis aux citoyens contre toute atteinte de la puissance publique, ont été, au XIX^e siècle, beaucoup plus nombreuses dans les républiques de l'Amérique latine que dans les vieilles nations occidentales; les constitutions européennes d'après guerre (sauf les constitutions soviétistes, qui substituent des déclarations des droits des peuples aux déclarations des droits de l'homme) sont venues grossir ce groupe. La liste des droits individuels ainsi garantis s'est constamment accrue par l'entrée en ligne de droits sociaux et économiques.

Les constitutions, où les limitations du pouvoir de l'Etat sont le plus longuement et le plus vigoureusement affirmées, figurent souvent parmi celles (Mexique) qui ont le plus difficilement réussi à faire respecter les droits individuels ainsi protégés, ou qui (Allemagne) n'ont pas bénéficié longtemps d'une appli-

cation régulière et intégrale. Ces proclamations de droits primordiaux des citoyens sont donc, par elles-mêmes, d'une vertu fort incertaine; leur respect n'est assuré que par la discipline et le loyalisme constitutionnels des pouvoirs constitués — en particulier des assemblées législatives — par le contrôle et la pression de l'opinion publique; beaucoup plus que de la constitution elle-même, il dépend du degré d'éducation politique auquel est parvenu le peuple.

Pour que les textes constitutionnels, destinés à tracer la limite entre les droits de l'Etat et ceux des citoyens, puissent prendre la valeur de règles de droit positif, il faut que le soin de veiller à leur observation soit confié à une autorité compétente pour constater leurs violations, les arrêter ou les combattre. Deux procédés bien distincts ont été employés, selon les temps et les lieux, pour organiser cette protection légale des droits constitutionnels des particuliers: l'un consiste à remettre au pouvoir judiciaire le contrôle de la correction constitutionnelle des actes du pouvoir législatif et à laisser exercer par lui ce contrôle dans les mêmes conditions et par les mêmes organes que ses autres attributions d'administration de la justice; l'autre consiste à centraliser l'exercice de ce contrôle au profit d'une juridiction unique, instituée soit exclusivement, soit principalement, pour l'accomplissement de cette tâche.

LE CONTRÔLE JUDICIAIRE DE LA CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS AUX ÉTATS-UNIS

ÉVOLUTION HISTORIQUE

Le premier de ces procédés, le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, est devenu la clef de voûte du droit constitutionnel américain. L'importance considérable de la littérature américaine de droit constitutionnel a été accentuée par l'ardeur des controverses qui, à certaines heures critiques de la vie politique américaine, se sont élevées, entre admirateurs et détracteurs du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, sur le problème de ses origines. Les premiers ont cherché à lui trouver, dans la période coloniale de l'histoire des Etats-Unis, une série de précédents ou de points d'attache, dont les seconds ont contesté la signification et la pertinence. L'opposition des vues s'est manifestée de façon particulièrement aiguë sur la question de savoir si le pouvoir des tribunaux de s'opposer à l'application des lois inconstitutionnelles avait, ou non, été établi par la Constitution fédérale elle-même. Il est, à vrai dire, difficile de contester que la Constitution ait donné aux cours de justice le pouvoir de se prononcer sur la conformité

des lois, fédérales aussi bien que d'Etats, à celles de ses dispositions qui règlent la distribution des pouvoirs entre le super-état et les Etats fédérés et d'arrêter l'exécution des lois enfreignant cette répartition des attributions; elle ne l'a pas dit expressément; mais cela découle implicitement de la section 2 de son article VI: « La Constitution et les lois des Etats-Unis... seront la loi suprême du pays; et les juges dans tous les Etats seront liés par là, nonobstant tout ce qui pourrait être contraire dans les constitutions et les lois des Etats ». Le développement de cette première forme de contrôle était, d'ailleurs, indispensable, pour permettre le passage du fédéralisme fragile de 1787-89 à la forte et stable nationalité américaine d'aujourd'hui. L'attitude des auteurs de la Constitution a été beaucoup moins nette quant à la seconde forme de contrôle — la seule dont on ait à s'occuper ici: le contrôle exercé en vue de défendre les droits individuels contre les abus de pouvoir des législateurs. Si les plus influents d'entre les constituants ont manifesté, au cours des délibérations secrètes de la Con-

SECTION A - SOURCE ET LIMITATION DU POUVOIR

vention de Philadelphie, le souhait que cette seconde forme de contrôle puisse naître de leur œuvre, ce souhait n'a point trouvé d'expression écrite dans la Constitution.

L'introduction dans le droit constitutionnel américain de cette méthode de défense contre la puissance publique des droits des particuliers date de 1803. Elle est née des vues exposées, au nom de la Cour Suprême des Etats-Unis par son président, John Marshall, dans un cas célèbre (Barbury contre Madison).

Marshall, sans invoquer les précédents historiques ni les opinions des auteurs de la Constitution, a présenté ces principes comme découlant nécessairement des devoirs incombant aux juges dans l'accomplissement de leur tâche primordiale d'application des lois; son argumentation pourrait être reprise sans y changer un mot (et elle a été reprise, en effet, en Roumanie et, un instant, en Allemagne) pour motiver en n'importe quel autre pays la même censure des tribunaux sur l'activité législative. Pour Marshall : « L'attribution du pouvoir judiciaire est essentiellement de dire ce qui est la loi. Ceux qui appliquent la règle à des cas particuliers doivent nécessairement exposer et interpréter cette règle. Si deux lois sont en conflit l'une avec l'autre, la cour doit déterminer le champ d'application de chacune. Si une loi est en opposition avec la Constitution... la cour doit déterminer laquelle des règles en conflit gouverne le cas. C'est l'essence même de la fonction judiciaire. Un acte de la législature contraire à la Constitution est nul. Il ne saurait lier les cours. Les juges doivent appliquer la loi supérieure et écarter la loi inférieure qui lui est contraire ».

La création de Marshall, quoique trouvant appui dans des mouvements antérieurs de l'opinion publique, n'a pas produit ses effets immédiatement. Les développements, qui en ont fait la clef de voûte du droit constitutionnel américain, ne se sont produits que par étapes, postérieurement à la guerre de sécession, dont la liquidation a été marquée par l'adjonction à la Constitution fédérale (1868) d'une nouvelle déclaration des droits (section 1 du XIV^e amendement) qui reprend et formule à nouveau les limitations imposées par la Constitution et les amendements de 1791 au pouvoir législatif, dans l'intérêt des droits des particuliers, en étendant aux législateurs d'Etats les interdictions que les constituants de 1787 et 1791 avaient adressées au Congrès fédéral. C'est sous le couvert des deux principales clauses de cette déclaration, clause d'égalité de protection des lois et surtout clause interdisant à tout Etat de priver une personne de sa vie, sa liberté ou sa propriété sans « procédure régulière de droit » (due process of law) — concurrentement avec la clause de la section 10, paragraphe 1, de l'article 1^{er} de la Constitution interdisant au législateur fédéral d'affaiblir l'effet des obligations — que se développeront les déclarations d'inconstitutionnalité de lois pour cause de violation de droits primordiaux du citoyen.

Ces déclarations sont restées rares tant que le XIV^e amendement n'a guère été utilisé qu'à sa destination initiale : la protection des nègres. Elles n'ont pris de fréquence qu'à partir du moment où il a été invoqué par les chefs d'industrie, pour se défendre contre l'ingérence de la puissance publique dans la réglementation policière de leurs commerces et leurs rapports avec leurs employés. Les juridictions d'Etats sont entrées plus vite et plus largement que la juridiction fédérale dans cette voie. La Cour Suprême des

Etats-Unis, dans un arrêt de 1877, s'étonnait « de l'étrange incompréhension du champ d'action de l'amendement... » qui encombre son rôle de causes où on lui demande de déclarer que les législateurs d'Etats ont privé leurs citoyens de vie, liberté ou propriété sans « due process of law ». Elle déclare qu'elle se gardera d'ouvrir « à tout plaideur malheureux » ce moyen de lui déférer l'examen « des mérites de la législation » qui a provoqué la sentence dont il se plaint. Elle résistait encore en 1885 où elle déplorait, dans un arrêt, d'avoir vu surgir devant elle, au cours de cette seule année 1885, autant de demandes basées sur ce moyen que pendant l'ensemble des 17 années qui avaient suivi le vote de l'amendement.

La résistance de la Cour Suprême fédérale à la poussée de ces litiges constitutionnels, plus complaisamment subie par les juridictions d'Etats, fléchit de plus en plus de 1883 à 1890. Dès les premières années du xx^e siècle, la volonté de la grande cour fédérale de donner toute son ampleur au contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois s'affirme par l'arrêt rendu en 1905 dans le cas Lochner, où, à la majorité de 5 voix contre 4, elle déclare nulle, comme privant les employeurs de leur liberté et de leur propriété sans « due process of law », une loi de l'Etat de New-York limitant à dix heures la durée journalière du travail dans les boulangeries. De 1890 jusqu'à nos jours, on a vu grandir, d'année en année, le nombre des appels faits aux cours de justice par ceux dont les situations acquises et les intérêts économiques étaient heurtés, soit par des lois de protection ouvrière (lois sur les accidents du travail, la durée, la rémunération ou les conditions du travail, lois contre les bureaux de placement privés, contre l'insertion dans les contrats de travail de clauses interdisant à l'employé l'adhésion à des syndicats ouvriers, lois établissant un arbitrage obligatoire de conflits du travail ou des bureaux ayant pouvoir de fixer des salaires minima, lois légitimant des instruments de pression syndicale, comme le boycottage et le picketing) soit par les lois réglementant le fonctionnement de certaines branches de l'industrie ou du commerce, soit encore par des lois établissant des impôts, des taxes ou répartissant d'autres charges financières.

PRATIQUE ACTUELLE DU SYSTÈME

Les recours au pouvoir judiciaire tendent à obtenir qu'il constate que les mesures de législation sociale ou économique incriminées sont inconstitutionnelles et, dès lors, ne sont pas susceptibles d'application, comme prises en violation des droits garantis aux intéressés par la Constitution — de leur liberté, envisagée sous l'aspect de la liberté de choix et de conduite de leurs activités économiques et de leur propriété (englobant le commerce, l'entreprise, la clientèle, l'« affaire »). Ils sont habituellement fondés sur les clauses des V^e et XIV^e amendements, qui défendent de priver de ces droits sans « due process of law ». Que faut-il entendre par due process of law? « Cette Cour », a dit le juge Day, « a eu de fréquentes occasions de l'examiner, et elle a toujours refusé de donner une signification précise, préférant en laisser le champ

CHAPITRE II - LA LIMITATION DU POUVOIR

d'application à la décision judiciaire à mesure que surgissent les procès ».

Si les juges se sont ainsi reconnu un pouvoir illimité pour déterminer, dans chaque cas concret, les bornes à établir entre le pouvoir de police de l'État — son droit d'intervention dans l'intérêt public — et les droits individuels, ils se sont du moins tracé à eux-mêmes des directives pour l'exercice de ce pouvoir. Les trois principaux critères, auxquels ils ont recouru pour déterminer si les actes de législation sociale ou économique attaqués devant eux étaient, ou non, constitutionnellement autorisés, sont les suivants : la loi en question constitue-t-elle un exercice raisonnable ou mesuré des pouvoirs de police de l'État? Les juges n'ont qu'à l'appliquer. En est-elle un exercice arbitraire, immodéré ou déraisonnable? Ils doivent alors la déclarer non-valable. Les moyens employés par la loi pour atteindre les buts qu'elle présente comme ayant été visés par elle, étaient-ils de nature à l'atteindre et surtout étaient-ils nécessaires pour l'atteindre? Ces fins d'intérêt public ne pouvaient-elles pas être atteintes en n'imposant qu'une moindre compression aux droits individuels? Ce second critère (expediency) a joué un rôle important, malgré les protestations de juges dissidents, dans l'application du contrôle de la constitutionnalité des lois, jusqu'à la fin de 1933, mais il semble bien que le coup de barre que la Cour Suprême fédérale a donné à sa jurisprudence, en mars 1934, doive le reléguer à l'arrière-plan et peut-être l'amener à se fondre dans le premier. Celles des lois de police sociale ou économique, qui édictent des sanctions pénales contre la violation de leurs dispositions, ont-elles indiqué de façon suffisamment claire ce qu'elles interdisent et ce qu'elles permettent? Le défaut de « certitude » de ces lois a été souvent considéré comme une cause d'invalidité constitutionnelle; (v. sur ce troisième critère un article traduit en français : *les Droits naturels et l'imprécision législative*, de RODNEY L. MOOT, dans *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. III, p. 44-67, Paris, Sirey, 1935).

Les tribunaux exercent ce contrôle sur le travail législatif par quatre procédés distincts.

Le premier procédé est celui de l'exception d'inconstitutionnalité. Le plaideur poursuivi en justice pour inobservation d'une loi, ou contre lequel on demande l'application d'une loi, se défend en invoquant l'inconstitutionnalité de la loi et la soumet ainsi au jugement de la cour. Ce plaideur est souvent un « volontaire » que les groupements gênés par la loi ont délégué pour saisir la cour de cet examen en provoquant la poursuite. Quand le bien-fondé de cette exception est proclamé par la plus haute cour de justice de l'État intéressé, et surtout par la Cour Suprême fédérale, la loi reconnue inconstitutionnelle se trouve pratiquement anéantie par l'effet de la doctrine du *stare decisis*, qui oblige les juges inférieurs à s'en tenir à ce qui a été décidé sur des points de droit par les cours dont les décisions jouissent de la « force obligatoire de précédents ». Si la législature tient à rétablir la réforme ainsi entravée, elle doit voter une nouvelle loi, ne contenant aucune des dispositions qui ont motivé la censure judiciaire, ou prendre l'initiative d'un amendement à la Constitution ayant pour objet de lui faire conférer expressément le droit de réaliser dans l'avenir la réforme vainement tentée dans le passé. Ce second procédé a été largement employé par les législatures d'États; c'est aussi celui auquel le Congrès fédéral a recouru, à la suite des déclarations d'inconstitutionnalité, émises en 1918 et 1922 par la Cour Suprême, contre ses lois successives sur

le travail des enfants, de 1916 à 1919, en votant, le 2 juin 1924, une proposition d'amendement constitutionnel lui accordant « le pouvoir de limiter, régler et interdire le travail des personnes au-dessous de 18 ans », mais cet amendement n'a encore pu obtenir la ratification que de vingt États alors qu'il en faudrait 36 pour qu'il fût acquis.

Le second procédé est celui de la demande d'injonction. Les intéressés, ou l'un d'eux, sans attendre d'être troublés dans leurs situations acquises par une loi nouvelle, prennent l'initiative de l'attaque. Ils demandent à la cour de justice d'interdire par une injonction, adressée aux représentants ou agents du pouvoir exécutif, de mettre en application la loi inconstitutionnelle. C'est par ce procédé qu'a été empêchée, notamment, l'exécution de diverses lois du lendemain de la guerre de 1914 tendant à combattre les écoles de langue allemande, un « acte d'éducation obligatoire » qui constituait un monopole de l'enseignement primaire pour l'État et des lois réglementant la vente du pain ou le commerce des billets de théâtre.

Troisième procédé : la cour peut être amenée dans certains cas à se saisir d'office de l'examen de la constitutionnalité d'une loi. C'est ce qu'elle fit dans l'arrêt de 1803, qui constitue l'acte de naissance officiel de ce contrôle, en examinant spontanément la valeur d'une loi du Congrès, invoquée comme lui donnant compétence dans l'espèce, pour décliner cette compétence du chef de l'inconstitutionnalité de la loi qui avait prétendu la lui conférer.

Le dernier procédé, enfin, est celui de l'avis consultatif, dont le jeu est trop complexe pour qu'il soit possible d'y toucher ici, mais qui a débordé du droit constitutionnel américain sur la pratique de la Cour permanente de Justice internationale.

RÉSULTATS GÉNÉRAUX DU SYSTÈME

Les effets généraux de la croissance de ce contrôle judiciaire, au cours du dernier demi-siècle de l'histoire américaine, ont été les suivants : formation d'un droit constitutionnel américain ayant tous les caractères d'un droit positif et muni de mêmes sanctions judiciaires que le droit privé; domination exercée par ce droit constitutionnel sur toutes les branches du droit, public ou privé; greffage sur les textes de la Constitution de 1787 d'une constitution judiciaire plus étendue et plus touffue que ne le sont les constitutions écrites habituelles; implantation définitive dans la vie politique américaine d'un régime de fixation des rapports et de la hiérarchie entre les trois branches de la puissance publique, spécialement entre les branches législative et judiciaire, qu'on qualifie, tantôt de gouvernement des juges ou suprématie judiciaire (c'est le titre d'un excellent livre de CH. GROVE HAINES, *American doctrine of judicial supremacy*, 2^e éd., 1932, University of California Press), tantôt de gouvernement des lois, et non des hommes.

Sous l'abri du contrôle de la constitutionnalité des lois se sont développés deux autres instruments de direction, par le pouvoir judiciaire, de la politique sociale et économique nationale. D'abord une méthode d'interprétation (construction) des lois assez libre pour permettre de corriger, ou éliminer, les dispositions que les juges considèrent comme en opposition avec leur vision du droit naturel. Il leur apparaît comme un devoir de courtoisie d'éviter la censure de la déclaration d'inconstitutionnalité, quand il est possible, par des ingéniosités de l'interprétation, de les ramener à une apparence de correction constitutionnelle. Ce même abri a servi aussi de couverture à ce qu'on a appelé le gouvernement par injonction : l'intervention des tribunaux dans les conflits du travail, pour interdire aux organisations ouvrières, sous la menace de sanctions

SECTION A - SOURCE ET LIMITATION DU POUVOIR

pénales et pécuniaires, l'emploi de certains instruments de lutte, tels que boycott, picketing, grève de sympathie et autres modes de « conscription des neutres ».

Le Congrès américain avait cherché, en septembre 1914, à limiter ces interventions des cours dans des articles du Clayton Act qui furent salués par les syndicats ouvriers comme une charte du travail; ces articles ont été démunis de tout effet pratique par l'interprétation destructive qu'en a donné la majorité de la Cour Suprême dans trois retentissants arrêts de 1921 (intégralement traduits dans le t. VI de la *Bibliothèque de l'Institut de Droit comparé de Lyon*). Le Congrès fédéral a répliqué en votant, le 23 mars 1932, une nouvelle loi (anti-injunction law) s'inspirant du même esprit que le Clayton Act. Cette dernière a chance d'être plus écoutée que sa devancière, étant intervenue au moment où une nouvelle orientation allait se dessiner dans le maniement par la Cour Suprême fédérale de son contrôle sur la constitutionnalité des lois; les vues modératrices, exprimées à maintes reprises dans les opinions dissidentes de ceux que

Pinto a appelés « les juges qui ne gouvernent pas », sont devenues celles de la majorité de la Cour (5 juges contre 4) dans l'arrêt rendu, le 5 mars 1934, sur le cas *Nebbia* contre l'Etat de New-York (54 *S. Ct. Reporter*, 505). Ce changement d'esprit de la majorité nouvelle de la Cour s'est depuis confirmé dans d'autres cas et notamment dans celui des arrêts du 18 février 1935 où elle a reconnu la constitutionnalité de l'acte du Congrès du 5 juin 1933 qui annule, comme contraire à l'ordre public, les clauses de paiement en or dans les contrats privés. L'apreté même de la protestation émise contre cette décision par le juge Mc Reynolds, au nom des juges restés fidèles aux vues anciennes, montre assez que les Etats-Unis entrent dans une nouvelle phase de l'histoire du contrôle de la constitutionnalité des lois, que ce contrôle s'exercera avec plus de discrétion, mais consolidera encore sa situation en faisant disparaître la principale cause de mécontentement qui, à certaines époques, notamment de 1906 à 1912, avait dressé contre lui les organisations ouvrières et certaines organisations paysannes.

ADAPTATION DU RÉGIME AMÉRICAIN A D'AUTRES ÉTATS

Cette première méthode de protection des droits individuels ne s'est acclimatée dans aucune autre partie du monde anglo-saxon, pas même dans les dominions australien et canadien, qui connaissent bien le contrôle de la constitutionnalité des lois, mais limité à la répartition des compétences entre les organes fédéraux et les organes des Etats ou des provinces. L'exemple des Etats-Unis n'a provoqué que quelques pâles imitations dans certaines républiques fédérales de l'Amérique du Sud (liste et bibliographie dans les appendices II et III du livre précité de GROVE HAINES) et dans le droit constitutionnel roumain (v. article du président de la cour de Cassation roumaine MICLESKO, dans *Recueil Gény*, chap. III, p. 68-76).

La seule de ces institutions qui eût pu présenter un intérêt scientifique international est celle qui s'est esquissée un instant en Allemagne, sous l'empire de la Constitution de Weimar. Malgré l'argument tiré d'une prétendue opposition entre les articles 70 et 102, la doctrine, dans sa grande masse (bibliographie dans *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, édité par Anschütz et Thoma, t. II, p. 546 et s.) avait reconnu que, comme la Constitution de 1871, elle fermait la porte à toute discussion de la constitutionnalité des lois par les juges. Le Reichsgericht, dans un arrêt du 4 novembre 1925, s'était cependant reconnu compétent pour connaître d'une exception d'inconstitutionnalité de loi soulevée par des plaideurs pour la défense de leurs

droits individuels. Mais cette attitude avait été dictée surtout par le désir de mettre hors de doute la constitutionnalité de la loi générale de revalorisation du 16 juillet 1925 (v. notre *Parèze de jurisprudence comparative*, t. XXXIII de la *Bibliothèque de l'Institut de droit comparé de Lyon*, p. 60-65). Le Reichsgericht a eu depuis, en 1927, 1931, 1932, à examiner, à plusieurs reprises, la constitutionnalité d'une autre loi de même date : la loi sur la revalorisation des titres d'emprunts publics; il est à noter que, dans aucun cas, il ne s'est prononcé contre la constitutionnalité de la loi examinée. L'aide ainsi apportée au législateur eût pu théoriquement — quoique ce fût peu probable — se transformer en un frein. Cette possibilité a été fermée, avec l'avènement du régime national-socialiste, par la loi du 24 mars 1933 pour la lutte contre la détresse du peuple et du Reich, votée avec la majorité requise pour modifier la Constitution et dont l'article 2 autorise les lois ainsi émises à s'écarter de la Constitution, pourvu qu'elles ne touchent point à l'institution même du Reichstag et du Reichsrat. (Sur l'incompatibilité du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois et actes gouvernementaux avec les directives du national-socialisme v. KOELLREUTTER, *Grundriss der allgemeinen Staatslehre*, 1933, p. 250 et s. et la bibliographie donnée par F. SCHACK, *Die richterliche Kontrolle von Staatsakten im neuen Staat*, *Reichsverwaltungsblatt*, 1934, p. 592-595.)

SYSTÈME DU TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL SPÉCIALISÉ

La seconde méthode d'organisation de la garantie des droits individuels contre les empiètements de l'Etat et de sa législation consistant en la remise de l'examen de la constitutionnalité des lois à un corps unique et spécialisé, n'a été l'objet que d'un petit nombre d'expérimentations. Les essais, peu encourageants, qui en ont été faits en France (Sénats conservateurs) sont décrits

dans la thèse d'André Blondel (*le Contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois*, Aix, 1927, p. 151-225). La Constitution roumaine de 1923 (art. 103) lui a fait un emprunt — tout en s'inspirant principalement de la première méthode — en réservant le jugement de la constitutionnalité des lois à la cour de Cassation en chambres réunies. La Constitution tchécoslovaque,

en même temps que son article 102 interdit aux juges de droit commun de discuter la constitutionnalité des lois régulièrement promulguées, a donné naissance, dans le cadre de ce même article, à une loi du 9 mars 1920 qui crée un organe spécial de contrôle constitutionnel (v. WEYR, *le Tribunal constitutionnel de la République tchécoslovaque*, dans le fasc. 4 du *Bulletin* publié en français par l'Union des Juristes de Prague); ne pouvant être saisi que par des institutions d'Etat, cet organe ne saurait se transformer en un instrument de défense des droits individuels contre les atteintes de la législation.

La seule expérience de quelque intérêt qui ait été faite sur ce terrain est l'institution de la Haute Cour constitutionnelle par la Constitution fédérale d'Autriche de 1920, qui a pour but, elle aussi, de tenir les cours de justice en dehors de la politique, mais organise, en même temps, une protection des droits indi-

viduels. Cette institution a été maintenue par la Constitution de 1928, et aussi par la Constitution du 1^{er} mai 1934, dans ses articles 104 et 163-180. Le fonctionnement en est trop complexe pour qu'on puisse faire ici autre chose qu'un renvoi à la savante description du professeur Charles Eisenmann (*la Justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, thèse, Paris, 1928).

En s'inspirant de la Constitution autrichienne, la nouvelle Constitution espagnole a institué un Tribunal des garanties constitutionnelles qui, entre autres attributions, doit se prononcer sur la constitutionnalité ou l'inconstitutionnalité des lois.

Le recours à la seconde méthode n'a rien produit qui puisse soutenir la comparaison avec la monumentale construction constitutionnelle des Etats-Unis.

Edouard LAMBERT,

Professeur à la Faculté de Droit de Lyon.

2. - *La limitation du pouvoir par la séparation des pouvoirs*

« Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir. » Et Montesquieu, tirant de la Constitution d'Angleterre beaucoup plus qu'elle ne contenait, sépare dans la souveraineté trois fonctions pour les confier à des titulaires distincts : « Tout serait perdu si le même homme ou le même corps exerçait ces trois pouvoirs, celui de faire les lois, celui d'exécuter, celui de juger ». A travers un siècle et demi, le principe ainsi formulé a dominé l'aménagement des institutions politiques. Reçu avec Blackstone en Amérique et appliqué dans sa rigueur, accueilli dans l'enthousiasme en France, par réaction contre l'absolutisme qui unissait tous les pouvoirs dans la personne du roi, il est inscrit en termes solennels à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme ». « Toute société dans laquelle la séparation des pouvoirs n'est pas déterminée n'a pas de constitution ». Il affirme une vérité profonde, que l'expérience a démontrée, démontre en ce moment même, de Moscou à Berlin et à Rome; la liberté n'existe que si la totalité de la puissance de domination appartenant à l'Etat n'est pas remise en bloc à un seul, individu ou collègue. Mais il faut interpréter le dogme, montrer les applications et le destin de l'idée.

Que l'on évite une méprise. La puissance de l'Etat est une, elle ne se fragmente pas en divers pouvoirs; il y a en réalité séparation de fonctions et non séparation de pouvoir. Cette unité de la puissance d'Etat, cette unité de l'Etat oblige à coordonner, à lier l'activité des autorités détentrices du pouvoir. Montesquieu voulait surtout instaurer un système de freins, de contre-poids, il se préoccupait « d'empêcher » — c'est le mot qu'il emploie. Or il faut agir. Et la séparation, si elle s'impose comme règle supérieure, ne sera pas en fait absolue, elle sera plus ou moins rigide, plus ou moins souple; au moins à l'heure actuelle elle ne va dans aucun pays aux extrêmes; elle ménage toujours, même

aux Etats-Unis, des collaborations, des chevauchements, des contacts. Par leur texte, les constitutions ou bien poussent aussi loin que possible la séparation ou bien la tempèrent et alors dans certains cas la vie politique vient presque l'effacer. Séparations strictes, lorsque entre le législatif et l'exécutif il y a indépendance réciproque; c'est le régime américain, corrigé par la participation du Sénat à certaines activités exécutives, par le rôle des comités parlementaires, par l'intervention du Président et de l'administration dans la fonction législative, en recommandant ou en préparant des lois, en opposant le veto à leur mise en vigueur. Séparations atténuées, lorsque le régime parlementaire, le nôtre, établit une interpénétration, une association, par l'intermédiaire du cabinet, entre l'exécutif et le Parlement. Séparation ne signifie pas égalité. L'un des pouvoirs obtient la prééminence, l'exécutif avec le régime présidentiel, à Washington, le législatif avec notre parlementarisme, à Paris. Spécialement dans notre pays, nous vivons dans un système beaucoup moins de séparation que de gradation des pouvoirs. Les organes étatiques ont des puissances de degré divers. Le Parlement crée le droit librement et peut prendre, prend en fait, des mesures d'administration, contrôle et de fort près les ministres, les renverse et les fournit; l'exécutif se meut avec moins de liberté, sous l'empire des lois, mais possède la force que donne la conduite des services publics et des affaires; il prend part à l'élaboration de la loi, détient parfois des pouvoirs exceptionnels, ajourne les Chambres et, avec l'assentiment du Sénat, dissout la Chambre des Députés. Nous voici à bonne distance des conceptions théoriques de Montesquieu.

Et que penser de la division tripartite? Le président au Parlement de Bordeaux a fait du pouvoir judiciaire un pouvoir distinct. Autour de ce complément de dignité conféré aux juges, on bataille encore. La plu-