

Le contrôle de constitutionnalité de la loi aux Etats-Unis vu par les penseurs libéraux français du XIX^{ème} siècle

ALAIN LAQUIEZE

Les Américains ont donc confié à leurs tribunaux un immense pouvoir politique ; mais en les obligeant à n'attaquer les lois que par des moyens judiciaires, ils ont beaucoup diminué les dangers de ce pouvoir.

Alexis de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique* (1835), 1^{ère} partie, chapitre 6

Nous avons donc besoin d'aller à l'école de l'Amérique pour apprendre qu'une constitution n'est pas une confiscation de la vie nationale au profit d'une ou deux chambres, mais simplement une loi qui, réservant la souveraineté nationale, et ne la déléguant jamais dans son entier, organise les pouvoirs publics dans des limites déterminées, et voit dans ces limites la garantie de la liberté.

Edouard Laboulaye, *Histoire des Etats-Unis*, t. 3 (1866), 1^{ère} leçon

Etudier le contrôle juridictionnel de constitutionnalité de la loi dans la France du XIX^{ème} siècle peut sembler, à première vue, d'une pertinence relative, eu égard au terrain idéologique et institutionnel d'un pays, alors peu favorable à l'éclosion d'une telle technique.

Le légiscentrisme, hérité de la Révolution¹, est dominant, même s'il est vrai que certaines interrogations existent quant au caractère sacré et incontestable de la loi². La loi, expression de la volonté générale, constitue une garantie pour les libertés, ce que le magistrat de la Cour de Cassation Hello exprime en 1848 en déclarant que «La loi vient remplir la promesse de la Charte, c'est-à-dire servir de garantie à nos droits».³

Cette forte exaltation de la loi occulte par là même la question de la valeur juridique du texte constitutionnel et *a fortiori* de la Déclaration des droits, dont la fonction n'est pas négligeable dans le sens d'une légitimation du régime politique en place mais dont la mise en oeuvre laisse pour le moins à désirer: il suffit de penser par exemple aux vicissitudes rencontrées par le principe de liberté de la presse tout au long du XIX^{ème} siècle.

D'autant que le juge qui est une autorité plus qu'un pouvoir occupe une position subordonnée qui n'est guère favorable à une

défense efficace des libertés. Le souvenir des Parlements d'Ancien régime, défiant la puissance royale, n'encourage guère le pouvoir politique à lui accorder des prérogatives substantielles et une indépendance affirmée. Dès lors, on ne s'étonnera guère que la magistrature soit régulièrement épurée, au gré des changements de régimes⁴.

En outre, l'expérience que la France a eue du contrôle de constitutionnalité de la loi sous l'Empire de Napoléon I^{er} puis de Napoléon III n'a pas laissé de souvenirs impérissables : le Sénat impérial, chargé de ce contrôle, était un organe politique dont les membres, nommés discrétionnairement par l'Empereur, étaient, à divers titres, des obligés du pouvoir. Le contrôle de constitutionnalité qui fut exercé n'eut par conséquent aucune efficacité réelle : c'est ainsi que le Sénat du Second Empire ne devait censurer aucun projet de loi de portée nationale⁵.

Ces conditions idéologiques nettement défavorables expliquent sans doute que les débats constitutionnels du temps soient focalisés par d'autres enjeux. Les libéraux, qu'il s'agisse des doctrinaires ou des tenants de la liberté du sujet tels que Benjamin Constant ou plus tard Prévost-Paradol, pensent la limitation du pouvoir étatique par la théorie de la séparation des pouvoirs et non par la hiérarchie des normes où la constitution l'emporterait sur la loi. Il est vrai que pour un auteur comme Constant, la loi est susceptible d'être mauvaise mais elle trouvera alors des bornes avec un aménagement équilibré des institutions politiques, le pouvoir neutre étant «le pouvoir judiciaire des autres pouvoirs», voire aussi avec l'examen critique du citoyen qui peut refuser d'obéir à une loi injuste⁶.

Dans cette perspective, l'idée d'une con-

stitution qui, comme aux Etats-Unis, serait un acte juridique garanti par le pouvoir judiciaire face aux lois est bien loin de la conception française d'omnipotence du pouvoir législatif, rappelée par Laboulaye au début de son *Histoire des Etats-Unis*⁷.

Au demeurant, la perception que les Français cultivés du XIX^{ème} siècle peuvent avoir de l'Amérique est nécessairement schématique, en particulier du fait de l'éloignement. En 1820, il faut en effet plus de deux mois de voyage pour atteindre le Nouveau Monde⁸. On en reste donc à une vision naïve et quelque peu idyllique des Etats-Unis, à savoir une république de petits propriétaires terriens qui contribuent activement à l'intérêt commun. Cette perception s'affinera après 1830, avec la multiplication des voyages des Français outre-Atlantique et la parution de nombreuses études, dont la plus célèbre est sans conteste celle de Tocqueville. Mais plus que les spécificités institutionnelles, on retient d'abord des Etats-Unis qu'ils sont une fédération de républiques qui protègent les libertés, comme la liberté de conscience ou de circulation.

L'idée républicaine a son importance dans l'attachement conjoncturel que les Français portent à la patrie de Jefferson : celle-ci, tel un phénomène de mode, reviendra au devant de la scène idéologique française à chaque tourmente révolutionnaire (1789, 1830, 1848, 1870)⁹.

Les libéraux français ne pouvaient qu'être séduits par un modèle de balance des pouvoirs, respectant les libertés individuelles, mais son caractère démocratique, tendant à l'uniformisation des goûts¹⁰, et son peu de respect des traditions leur faisaient préférer encore l'exemple britannique. Effectivement, le libéralisme français du XIX^{ème} siècle est un libéralisme aristocrati-

que plus que démocratique, et plus anglophile qu'américanophile. Les grands libéraux français (Constant, Victor de Broglie, Guizot, Royer-Collard, Thiers, Prévost-Paradol ...) ont d'abord été des tenants de la monarchie constitutionnelle anglaise, sans doute parce que, soucieux de mettre fin aux prétentions républicaines et aux dérapages révolutionnaires que certains d'entre eux avaient eu l'occasion de subir, ils recherchaient le modèle d'un régime libéral stable, compatible avec une dynastie royale. Les Etats-Unis, jeune république sans passé et sans aristocratie, ne leur étaient point d'un grand secours.

Il n'en demeure pas moins que c'est parmi le courant libéral que l'on rencontre, au cours du XIX^{ème} siècle, les meilleurs connaisseurs des institutions politiques américaines ainsi que leurs plus ardents défenseurs auprès de l'opinion publique française ; deux noms doivent être plus spécialement cités: Tocqueville et Laboulaye. Notons qu'ils sont de la même génération, le premier étant né en 1805, le second en 1811, et tous les deux d'origine aristocratique, même si la famille de Tocqueville est d'une noblesse bien plus ancienne que celle de Laboulaye, dont le grand-père avait été anobli à la fin de l'Ancien régime en raison de sa charge de Secrétaire du Roi de la Grande Chancellerie de France¹¹. Est-il besoin de rappeler qu'ils ont également tous les deux une solide formation de juriste, Tocqueville ayant été licencié en droit en 1826 et Laboulaye en 1833, avant de se faire connaître par de savants travaux en histoire du droit et d'obtenir, en 1849, la chaire de législation comparée au Collège de France¹²?

En revanche, leurs œuvres consacrées aux Etats-Unis n'ont pas été rédigées à la même période. Si la première *Démocratie en*

Amérique, texte qui nous occupera ici plus spécialement¹³, date de 1835, c'est-à-dire de la Monarchie de Juillet, les travaux de Laboulaye ont été rédigés pour leur part sous la Deuxième République et surtout sous le Second Empire, la publication de son *Histoire des Etats-Unis* en trois volumes s'échelonnant tout au long du Second Empire¹⁴. En outre, on ne saurait mettre exactement sur le même plan le chef d'œuvre de Tocqueville et l'ouvrage, certes érudit mais moins profond, de celui qui fut l'un de ses disciples, bien qu'il n'ait jamais été conduit à le rencontrer¹⁵.

Il faut encore signaler que leur connaissance des Etats-Unis ne s'est pas effectuée de manière identique puisque Laboulaye, contrairement à Tocqueville, ne s'y est pas rendu. Une santé délicate l'a empêché d'imiter son illustre aîné dont on connaît le voyage effectué entre avril 1831 et mars 1832¹⁶. Pour le reste, ils avaient tous les deux des contacts avec des correspondants américains, notamment des législateurs et des juges, et disposaient de sources livresques comparables¹⁷.

Qu'allaient chercher Tocqueville et Laboulaye dans l'organisation politique et judiciaire des Etats-Unis ? Pour ces auteurs qui, à l'instar de Benjamin Constant, défendaient la conception d'une souveraineté limitée, la loi devait nécessairement être bornée. Comme elle ne pouvait plus l'être dans le respect de la Loi naturelle, expression d'une Justice transcendante ou de la Raison, il fallait bien trouver ailleurs les garanties contre l'arbitraire: c'est dans le respect des formes juridiques et de la puissance des tribunaux que résidait, selon eux, la meilleure garantie des droits des particuliers. La toute puissance des juges américains et leur faculté de fonder leurs arrêts

sur la constitution plutôt que sur les lois constituaient le meilleur contrepois possible à la domination du pouvoir du peuple¹⁸.

L'étude du contrôle de constitutionnalité des lois aux Etats-Unis passe par une réflexion sur la nature et les fonctions du pouvoir judiciaire américain. Les analyses de Tocqueville sont, sur cette question, d'une grande pénétration, et l'on peut avancer que Laboulaye, fortement influencé par l'auteur de la *Démocratie en Amérique*, s'en est largement inspiré pour décrire le système de contrôle de la loi (I). En revanche, les deux auteurs sont en désaccord lorsqu'ils s'interrogent sur une éventuelle transposition de ce contrôle de la loi en France: tandis que Tocqueville, avec beaucoup de lucidité, ne le croit guère possible en l'état des institutions publiques françaises de la Monarchie de Juillet, Laboulaye, dont on a pu souligner l'«enthousiasme un peu naïf» à l'égard des Etats-Unis¹⁹, en est un chaud partisan (II).

1. La description du contrôle de constitutionnalité des lois aux Etats-Unis

Les réflexions de Tocqueville sur le contrôle de constitutionnalité exercé par le juge américain, telles qu'elles apparaissent notamment dans le chapitre VI de la première partie intitulé «Du pouvoir judiciaire aux Etats-Unis et de son action sur la société politique»²⁰, dépassent largement, par leur profondeur, leur caractère systématique et leur traitement comparatiste²¹, le cas des Etats-Unis au XIX^{ème} siècle. A cet égard, elles se distinguent nettement de celles, pourtant aiguisées mais beaucoup plus

circonstanciées, d'autres auteurs qui écrivent, au même moment sur les institutions américaines²². Leur modernité – le mot n'est pas trop fort – autorise les interprétations suivantes qui pourraient parfois sembler anachroniques, si elles s'appliquaient à d'autres documents. Mais l'on sait que, pour reprendre les termes de François Furet,

Tocqueville est [...] allé chercher aux Etats-Unis non pas un modèle, mais un principe à étudier, et une question à illustrer et à résoudre ; à quelles conditions la démocratie, si elle est un état de société, devient ce qu'elle *doit* être aussi, faute de conduire à une dictature: un état de gouvernement.²³

Etudiant le pouvoir judiciaire américain, Tocqueville relève d'abord qu'il présente les trois caractères classiques de tout pouvoir judiciaire :

- c'est un arbitre qui ne peut se prononcer que lorsqu'il y a un litige;

- il ne s'occupe que d'un cas particulier. S'il attaquant un principe général, il deviendrait «quelque chose de plus important, de plus utile peut-être qu'un magistrat» mais il cesserait «de représenter le pouvoir judiciaire»²⁴.

- Pour agir, la «puissance» judiciaire, pour reprendre un terme qu'utilise volontiers Tocqueville, doit attendre qu'on l'ait saisi.

De sa nature, le pouvoir judiciaire est sans action ; il faut le mettre en mouvement pour qu'il se remue.²⁵

Cependant, le juge américain se sépare sur un point important des magistrats des autres nations. Il est en effet revêtu, précise l'auteur de *La démocratie en Amérique*, d'un immense pouvoir politique qu'il tient

Laquieze

uniquement de ce qu'on lui a reconnu le droit de fonder ses arrêts sur la constitution plutôt que sur les lois. On lui a ainsi permis de ne pas appliquer les lois qui lui paraîtraient inconstitutionnelles.

Que la justice soit dotée d'un pouvoir politique est une véritable découverte qui nous vient des Etats-Unis, s'exclame Edouard Laboulaye lorsqu'il s'adresse à son auditoire du Collège de France. En France, la justice n'a jamais été, sauf sur le plan des principes, un pouvoir politique ; elle a été

une branche de l'administration, une dépendance du pouvoir exécutif, une fonction du gouvernement, mais une fonction subalterne.²⁶

Elle s'est contentée d'appliquer la loi, sans en discuter ses mérites.

Deux raisons majeures permettent d'expliquer ce pouvoir qui n'est contesté par personne aux Etats-Unis, nous dit Tocqueville. En premier lieu, la constitution est la loi suprême qui s'impose aux lois ordinaires. Elle est à l'origine de tous les pouvoirs et la force prédominante est en elle seule. Elle n'est pas censée être immuable comme la Charte de 1830 en France et n'est pas susceptible non plus d'être modifiée par le Parlement telle une loi ordinaire, à l'image de l'Angleterre.

Elle forme une œuvre à part, qui, représentant la volonté de tout le peuple, oblige les législateurs comme les simples citoyens, mais qui peut être changée par la volonté du peuple, suivant des formes qu'on a établies, et dans des cas qu'on a prévus.²⁷

La constitution des Etats-Unis qui s'impose tant aux législateurs qu'aux citoyens, est au sommet de la hiérarchie des normes. Etant la première des lois, elle ne saurait être modifiée par le Parlement comme il le

ferait d'une simple loi et les tribunaux doivent faire prévaloir la constitution sur les lois²⁸. De l'idée que la constitution est la norme suprême, Tocqueville en déduit très logiquement les mécanismes juridiques de la révision constitutionnelle et du contrôle juridictionnel de constitutionnalité de la loi, anticipant sur les analyses des constitutionnalistes du siècle suivant.

Il existe une seconde raison majeure qui justifie que ce soit un juge, et non un organe politique, qui est amené à contrôler la conformité de la loi par rapport à la constitution. Du fait de la nature même de son activité, le juge procède régulièrement à une combinaison de normes dans le cadre des litiges qui lui sont soumis et va déterminer quelle est la règle de droit qui s'impose dans chaque espèce²⁹. En outre et surtout, le juge fait partie, avec les avocats, de ce corps de légistes qui est un contrepoids efficace aux excès démocratiques. Dans le chapitre VIII de la deuxième partie de son ouvrage, Tocqueville fait l'inventaire des facteurs qui tempèrent aux Etats-Unis, la tyrannie de la majorité : l'absence de centralisation administrative et l'existence du jugement par jury sont ainsi évoqués, mais ce sont les légistes qui, au vu des fortes pages qui leur sont consacrées, «forment aujourd'hui la plus puissante barrière contre les écarts de la démocratie»³⁰, alors que, paradoxalement, ils constituent une puissance que l'on redoute peu car elle s'adapte aux évolutions du corps social.

De par leurs travaux consacrés à l'étude des lois, les légistes développent un goût pour les formes et un amour pour les raisonnements logiques et rigoureux qui les rendent par nature conservateurs. En acquérant la maîtrise d'une «science nécessaire», nécessaire à la fois parce qu'elle est

peu répandue dans la population et qu'elle rend des services considérables aux citoyens, les légistes ont le sentiment d'appartenir à une classe supérieure, à un véritable «corps» – le mot est employé par Tocqueville – qui occupe une place à part dans la société³¹. On peut voir là une aristocratie de la connaissance, soucieuse d'ordre et par conséquent favorable à l'autorité, volontiers antidémocratique et prête à accepter quelques sacrifices du point de vue des libertés, du moment que les formes légales sont respectées. Le prince a donc intérêt à s'appuyer sur les légistes pour gouverner et s'il est tenté d'exercer un pouvoir autoritaire, les décisions qu'il prendra trouveront, grâce à eux, une justification légale³².

Parmi les légistes, les juges sont, au sein de leurs tribunaux, les plus à même de constituer un pôle de stabilité au sein de la société démocratique. Outre ce goût pour l'ordre et les formes qu'ils ont contracté dans l'étude des lois, l'immovibilité de leurs fonctions et leur pouvoir politique consistant à déclarer les lois inconstitutionnelles leur donnent une autorité suffisante pour réfréner les passions populaires et contraindre le peuple à rester fidèle à ses lois. C'est à eux qu'il revient de résoudre une crise politique, résultant d'un affrontement entre les différents pouvoirs.

Un texte de Tocqueville en date de 1858 met bien en évidence toute l'importance de leur intervention:

Que la constitution d'un pays oblige en droit le législateur lui-même: cela est reconnu en Europe aussi bien qu'aux Etats-Unis; mais en Europe, il n'y a guère que les révolutions qui, de temps à autre, appartiennent aux grands pouvoirs de l'Etat qu'ils sont sortis de sa constitution ou qu'ils en méconnaissent l'esprit; tandis qu'en Amérique, c'est le juge qui, à chaque pas que le pouvoir

exécutif ou la législature sont hors de la constitution, les arrête en refusant de donner la sanction judiciaire à leurs volontés³³.

Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois a donc une fonction essentielle, celle d'assurer la paix sociale. C'est une des leçons que nous donnent les Etats-Unis: tandis qu'un conflit, même politique, se résout là-bas par un procès, tout se termine, dans la France d'alors, par une révolution. Dans son cours au Collège de France, Laboulaye rappellera l'avantage de cette technique, à ses yeux décisif³⁴.

Dans la deuxième *Démocratie en Amérique*, Tocqueville insistera à nouveau sur l'importance du pouvoir judiciaire et l'attachement aux formes juridiques pour contrebalancer les effets néfastes de la démocratie. Il y voit la meilleure garantie des libertés individuelles contre un souverain tenté d'intervenir jusque dans la vie privée des particuliers³⁵.

Le contrôle de constitutionnalité de la loi exercé par le juge tempère par conséquent les excès de la démocratie. Il modère, par la même occasion, les excès d'assemblées despotiques et se révèle comme un élément déterminant d'une démocratie libérale.

Mais du fait même que le pouvoir judiciaire est immense aux Etats-Unis, il faut encore que les magistrats soient dotés d'un grand pouvoir de discernement quant à l'esprit du temps. Evoquant les juges de la Cour suprême sur qui reposent la paix, la prospérité et l'existence même de l'Union, sans qui la Constitution serait une œuvre morte, Tocqueville précise:

Les juges fédéraux ne doivent donc pas seulement être de bons citoyens, des hommes instruits et probes, qualités nécessaires à tous

Laquieze

magistrats, il faut encore trouver en eux des hommes d'Etat; il faut qu'ils sachent discerner l'esprit de leur temps, affronter les obstacles qu'on peut vaincre, et se détourner du courant lorsque le flot menace d'emporter avec eux-mêmes la souveraineté de l'Union et l'obéissance due à ses lois³⁶.

Car le pouvoir que détiennent les juges de la Cour suprême n'est qu'un "pouvoir d'opinion"; aussi important soit-il, il n'est rien si le peuple refuse d'obéir à la loi. Il est donc fait appel au civisme et à la responsabilité du juge qui est invité à mener une politique jurisprudentielle empreinte de sagesse et de modération.

Tocqueville ne s'intéresse pas uniquement aux fondements du contrôle de constitutionnalité de la loi mais décrit aussi ses modalités. Ainsi oppose-t-il, bien avant Charles Eisenmann, le contrôle par voie d'exception au contrôle par voie d'action, le premier ayant de loin sa préférence. Ce qu'il reproche au contrôle abstrait, c'est qu'il place le juge comme un acteur politique parmi d'autres. Perdant son impartialité, sa distance par rapport aux événements, il serait alors conduit à prendre parti : le pouvoir politique accordé aux juges deviendrait excessif. Citons ici Tocqueville:

Si le juge avait pu attaquer les lois d'une façon théorique et générale; s'il avait pu prendre l'initiative et censurer le législateur, il fût entré avec éclat sur la scène politique; devenu le champion ou l'adversaire d'un parti, il eût appelé toutes les passions qui divisent le pays à prendre part à la lutte³⁷.

Comment ne pas voir dans ces propos le spectre du gouvernement des juges, régulièrement agité aujourd'hui à l'encontre du juge constitutionnel, et ne pas les rapprocher des controverses passionnées que



Alexis de Tocqueville

suscite l'action du Conseil constitutionnel, à l'occasion par exemple des nationalisations ou plus récemment de la responsabilité pénale du président de la République? Juger la loi, c'est encore légiférer, c'est être co-législateur, c'est être un acteur essentiel de la vie politique. Mais c'est sans doute aussi, lorsque le contrôle s'effectue seulement contre la loi, déclencher des passions qui vont à l'encontre de la fonction modératrice et d'apaisement que doit exercer le pouvoir judiciaire. Il n'est du reste pas sûr que ce dernier pourra faire preuve d'une détermination identique dans son contrôle en fonction des périodes et des lois examinées³⁸.

C'est pourquoi il faut préférer le contrôle par voie d'exception, dont Tocqueville, toujours à partir de l'exemple américain,

met en évidence les avantages:

- en premier lieu, il ne soulève pas d'enjeux partisans car le juge n'examine une loi que dans le cadre d'un litige particulier, «dans un débat obscur et sur une application particulière»³⁹. Il n'y aura donc pas de publicité, on parlerait aujourd'hui de médiatisation, excessive de l'affaire.

- Si la loi est censurée, elle ne l'est que pour un litige précis. Le jugement n'ayant pour but que de frapper un intérêt individuel, «la loi ne se trouve blessée que par hasard». Bien qu'elle soit écartée dans un cas particulier, elle continue à exister, et ce n'est que si plusieurs arrêts l'écartent, que l'on pourra en conclure qu'elle est annulée⁴⁰.

- Un autre intérêt de ce contrôle est d'attaquer une loi, seulement lorsque le besoin s'en fait sentir. Ce n'est que lorsqu'une personne se sentira lésée et qu'elle ira devant le juge que la loi qui s'applique sera susceptible d'être contestée. La législation n'est ainsi pas attaquée inconsidérément et sans de fondement juridique solide, comme cela arrive souvent dans le contrôle par voie d'action⁴¹.

Résumant sa pensée, Tocqueville explique que le contrôle par voie d'exception est le plus favorable à l'ordre public puisqu'il ne paralyse pas d'un seul coup et complètement une loi et qu'il s'exerce de surcroît dans un climat paisible. Il est également le plus favorable à la liberté, en ce qu'il permet au juge qui n'attaque pas de front le législateur, de contrôler la constitutionnalité de la loi, sans avoir la crainte d'y procéder. C'est donc l'individu au procès qui est concerné et non l'Etat. Il y a là un gage d'indépendance pour le juge et de liberté pour les plaideurs. Certes, le juge exerce encore un pouvoir politique dans ce type de contrôle, mais

ses inconvénients sont largement réduits, du fait que la législation n'est susceptible d'être censurée que dans le cadre restreint d'un procès d'un particulier.

Au-delà de cette utilité sociologique, Tocqueville dégage une ultime conséquence juridique du contrôle de conformité de la loi à la constitution. Écoutons-le une nouvelle fois:

[...] du jour où le juge refuse d'appliquer une loi dans un procès, elle perd à l'instant une partie de sa force morale. Ceux qu'elle a lésés sont alors avertis qu'il existe un moyen de se soustraire à l'obligation de lui obéir: les procès se multiplient, et elle tombe dans l'impuissance. Il arrive alors l'une de ces deux choses: le peuple change sa constitution ou la législature rapporte sa loi⁴².

Il est tentant de voir ici esquissée, avant Charles Eisenmann et Louis Favoreu, la théorie de l'aiguilleur, selon laquelle le juge, lorsqu'il censure une loi, déclare seulement l'incompétence du législateur à intervenir dans le domaine considéré et invite le pouvoir constituant à s'en saisir⁴³. En vérité, Tocqueville pose bien l'alternative qui se présente lorsque l'application d'une loi est écartée par plusieurs juges, comme l'illustre l'exemple américain. La loi subsiste bel et bien dans l'ordre juridique, mais le pouvoir judiciaire sollicite implicitement mais nécessairement une des situations suivantes:

- soit on procédera à une révision constitutionnelle, afin d'harmoniser la loi et la constitution;

- soit le législateur devra retirer sa loi et la réécrire afin de la rendre conforme au texte constitutionnel.

Nous sommes là dans une problématique que connaissent bien nos démocraties

Laquieze

constitutionnelles. Mais il ne faut pas s'y tromper: la prérogative donnée au juge d'apprécier, par voie d'action ou d'exception, la régularité de la loi n'est, en cas de censure, qu'une sollicitation du pouvoir constituant ou du législateur à prendre leurs responsabilités, dans le strict respect de l'ordre juridique, mais en aucune façon de se substituer à eux.

2. *Le contrôle américain de constitutionnalité des lois est-il transposable en France ?*

Sur ce point, nous l'avons laissé entendre, Tocqueville et Laboulaye ne sont pas d'accord. L'auteur de la *Démocratie en Amérique* pense que le système n'est pas transposable dans la France de Louis-Philippe. On retrouve ici la grande prudence de l'auteur, étayée par une observation rigoureuse des différents systèmes institutionnels: le contrôle de constitutionnalité, tout comme les institutions fédérales, peuvent s'épanouir aux États-Unis et montrer leurs avantages; ce n'est pas pour autant qu'ils peuvent être transplantés sans réflexion dans d'autres contrées⁴⁴.

Ce comparatisme relativiste s'exprime notamment dans le chapitre VI intitulé «Du pouvoir judiciaire aux États-Unis et de son action sur la société politique». Pour Tocqueville, si le contrôle de constitutionnalité des lois n'est pas applicable dans la France de la Monarchie de Juillet, c'est en particulier parce que la Charte de 1830 ne dispose pas d'articles concernant sa révision. Dès lors en effet que le texte constitutionnel ne comporte aucune disposition concernant sa révision, il est immuable. Répondant à une opinion alors largement répan-

due, il précise que si les pouvoirs constitués – roi, chambre des pairs, chambre des députés – pouvaient modifier de leur propre initiative la Charte, ils nieraient le texte constitutionnel et sa valeur supérieure puisqu'ils pourraient le modifier comme une simple loi, cette dernière étant adoptée à l'époque par le monarque et les deux chambres. Ils nieraient du même coup leur existence même, puisqu'ils ne tiennent leur existence que de la Charte constitutionnelle⁴⁵. Tocqueville récuse de surcroît l'assimilation qui pourrait être faite avec l'Angleterre: cette dernière n'ayant pas de constitution écrite, qui peut dire qu'on change sa constitution ?⁴⁶

Dans l'hypothèse par conséquent où les juges français pourraient écarter des lois qu'ils estiment inconstitutionnelles, c'est eux seuls qui disposeraient du pouvoir constituant «puisque seuls ils auraient le droit d'interpréter une constitution dont nul ne pourrait changer les termes»⁴⁷. Or, les juges ne représentant qu'eux-mêmes, il vaut mieux encore accorder ce pouvoir à des parlementaires qui représentent les volontés du peuple, même imparfaitement. Tocqueville n'est d'ailleurs pas loin de penser que c'est ce qui se passera effectivement dans la monarchie constitutionnelle de Louis-Philippe.

Concluant sur ce point, Tocqueville précise:

En France, la constitution est également la première des lois, et les juges ont un droit égal à la prendre pour base de leurs arrêts; mais, en exerçant ce droit, ils ne pourraient manquer d'empiéter sur un autre plus sacré encore que le leur: celui de la société au nom de laquelle ils agissent. Ici, la raison ordinaire doit céder devant la raison d'État⁴⁸.

Autrement dit, la logique juridique de la hiérarchie des normes qui imposerait normalement que le juge fasse prévaloir la constitution sur la loi, doit céder devant la logique sociale ou plus précisément, devant la volonté de la nation, exprimée par ses représentants.

On retrouvera une argumentation assez similaire dans les conclusions conformes du commissaire du gouvernement Latournerie sur l'arrêt du Conseil d'Etat, *Arrighi*, en date du 6 novembre 1936, qui a refusé d'examiner un moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une loi⁴⁹.

Lorsqu'un régime juridique – explique Latournerie – établit dès lors une hiérarchie entre les lois, c'est-à-dire lorsqu'il existe ce qu'on a appelé une «super-légalité» ou encore une «loi des lois», le juge [...] ne fait rien que de conforme à sa mission – pourvu que sa décision n'ait d'effet que sur le procès auquel elle s'applique, – en faisant céder, le cas échéant, à la loi supérieure celle du degré inférieur. [...] Mais ce n'est pas dans de telles considérations de logique pure qu'en France tout au moins la solution doit être cherchée.⁵⁰

Et Latournerie d'insister sur la conception alors dominante de la souveraineté de la loi, expression de la volonté générale, qui empêche le juge, «en l'état actuel du droit public français», d'opérer un tel contrôle⁵¹.

Non seulement la constitution n'a pas en France la portée juridique qu'elle a aux États-Unis, alors même qu'elle est pourtant "la première des lois", mais en outre les légistes n'ont pas eu ce rôle modérateur, défendant la légalité et assurant un contrepois efficace aux entraînements de la majorité, qu'ils ont eu outre-Atlantique. Les juristes français ont contribué à renverser la monarchie en 1789 et, dans les Assemblées révolutionnaires, alors même qu'ils prétendaient consacrer et garantir les droits de l'individu, ils ont en

réalité augmenté les prérogatives du pouvoir et diminué les garanties que la Révolution entendait pourtant consacrer⁵².

Si Tocqueville est réticent à l'idée de transposer le modèle américain de contrôle de constitutionnalité⁵³, certains de ses contemporains en revanche s'y montrent plus favorables. C'est le cas de Berriat Saint Prix qui, dans son *Commentaire sur la Charte constitutionnelle*, pense que le pouvoir législatif est limité par le pouvoir constituant et tire comme conséquence de cette doctrine que toute loi inconciliable avec le texte de la Charte est inconstitutionnelle. Il propose ainsi, à l'image des États-Unis, que

les juges, lorsqu'ils auront à opter entre le texte de la loi et celui de la constitution, devront faire du dernier la base de leur jugement⁵⁴.

Toutefois, reprenant une argumentation qu'il a certainement lue chez l'auteur de la *Démocratie en Amérique*, qu'il cite d'ailleurs en note, il redoute que les juges soient pris entre un double écueil, soit qu'ils usurpent le pouvoir législatif en refusant d'appliquer des lois régulières, soit qu'ils reculent devant la nécessité de déclarer une loi inconstitutionnelle.

Laboulaye est également favorable à l'adoption d'un système de contrôle de constitutionnalité à l'américaine. Il ne cache d'ailleurs pas à ses auditeurs du Collège de France que l'étude qu'il entreprend de la constitution américaine doit servir à avoir une idée nette de ce qu'est une constitution, dans un pays où «nous trouvons partout l'omnipotence législative, et nulle part la liberté mise à l'abri du despotisme des assemblées»⁵⁵. La constitution en France est un mot car il y a des Chambres qui font des lois qui ne sont pas toujours d'accord avec la constitution. Prenant l'exemple de la liberté religieuse qui

Laquieze



Louis-Philippe d'Orléans Lieutenant-général du Royaume (31 juillet 1830)

fait certainement partie des principes de 1789 proclamés par la constitution, Laboulaye cite le cas suivant:

La liberté religieuse, suivant les principes de 1789, c'est encore la liberté d'annoncer sa foi, de rassembler ses frères, et pourvu qu'on ne trouble pas l'ordre dans la rue, qu'on n'injurie personne, c'est le droit de dire ce qu'on veut, de parler comme on l'entend, à la charge d'être responsable devant les tribunaux. Cependant, si après avoir réuni plus de vingt personnes pour prier Dieu, je m'adressais à un tribunal, la constitution à la main, il n'est pas douteux qu'on me condamnerait en vertu de l'article 291 du Code pénal. On se prononcerait pour la loi, on déclarerait que la loi est plus ou moins conforme à la constitution, mais qu'il n'y a rien au-dessus des lois, et que le pouvoir judiciaire est chargé de les faire exécuter, et non point de les juger⁵⁶.

Si les Français font des révolutions, c'est parce qu'ils n'ont pas confiance dans ces lois qui s'imposent durablement, au détriment de constitutions pourtant changeantes. Les lois viennent en effet s'intercaler entre le texte constitutionnel, issu de la volonté du peuple, et les citoyens. Ces derniers sont donc obligés de faire la révolution qui accouche d'une nouvelle constitution qui, tout en promettant de nouvelles garanties libérales, ne sera pas mieux respectée par le législateur que les précédentes. La France est ainsi placée dans un cercle vicieux⁵⁷, le peuple étant dépossédé de tout pouvoir par une assemblée qui est le véritable souverain⁵⁸. Pour sortir de cet engrenage, Laboulaye propose, à l'image des Etats-Unis, l'institution d'un pouvoir judiciaire indépendant chargé de vérifier la constitutionnali-

té de la loi. Ainsi serait établi un pouvoir intermédiaire entre la constitution et la loi qui permettrait de limiter l'influence du législateur⁵⁹.

Ce contrôle ne s'exercerait pas par voie d'action. Si le juge

a le droit de dire: «Cette loi est contraire à la constitution, elle est nulle» [il ne pourrait] le faire d'une façon générale et dire: «Nous ne reconnaissons pas telle loi.» Il n'a pas de pays qui résisterait à un pareil antagonisme des pouvoirs suprêmes.⁶⁰

En outre, pour assurer l'indépendance des juges vis-à-vis du pouvoir politique, il faudrait qu'ils soient nommés, et non élus, l'élection n'étant pas compatible avec la fonction de magistrat qui nécessite de se retirer complètement de la vie active. Soumettre le juge à l'élection le conduirait à se livrer à «une foule de petites manœuvres», à faire de «la cuisine électorale», à s'engager, une fois élu, à ne pas appliquer certaines lois qui déplaisent à ses électeurs. Comme le dit Laboulaye, «dès que vous soumettez la nomination du juge à l'élection, vous n'avez plus de justice»⁶¹.

Si l'élection des juges, pratiquée pourtant par certains États américains, est désapprouvée par Laboulaye, l'inamovibilité, garantie par la constitution fédérale de 1787, trouve au contraire son approbation, car elle est une protection du juge à la fois contre le peuple et le pouvoir politique et par là, assure son indépendance. Pour Laboulaye, il s'agit d'assurer avant tout le triomphe de la justice et de la liberté, et non celui de la volonté populaire que les constitutions françaises ont jusqu'alors promu, l'assimilant abusivement à la défense de la liberté. Car

dire qu'un peuple peut tout faire, cela ne veut pas dire qu'un peuple soit libre, et on peut être certain que plus on donne un pouvoir actif au peuple, moins il a de liberté. [...] Le pouvoir du peuple n'est que le règne d'une majorité, ce n'est pas du tout le règne de la liberté. Le règne de la liberté, c'est le règne de la loi sagement faite, sagement appliquée, et c'est le besoin de s'assurer ce bienfait qui a fait établir l'inamovibilité des magistrats⁶².

L'inamovibilité des juges, au même titre que la liberté de la presse et le contrôle de la nation ou de ses représentants sur les affaires publiques, constitue, pour Laboulaye, une garantie essentielle des libertés civiles⁶³. Et pour que le juge puisse mettre un terme à la toute-puissance du Parlement, il faut qu'il fasse prévaloir la constitution sur les lois ; il s'agira toutefois d'une constitution qui, à l'image des Américains, comporte

des clauses restrictives qui définissent étroitement la compétence du gouvernement. Ces clauses restrictives sont ce qu'on appelle les déclarations de droits⁶⁴.

L'auteur des *Questions constitutionnelles* précise bien qu'il ne vise pas là des thèses philosophiques, «si générales et si vagues qu'elles ont le défaut de tout promettre et de ne rien tenir», comme on en trouve en France, mais des maximes concrètes, des lois formelles et supérieures qui s'imposent au législateur.

A vrai dire, ce sont les vieilles libertés anglaises rédigées en articles ; c'est le *common law* régnant en souverain de l'autre côté de l'Atlantique⁶⁵.

Il faudrait donc insérer dans le corps de la constitution des articles contenant les grandes libertés civiles et politiques.

Au cours de l'été 1848, Laboulaye avait

participé au débat constituant précédant l'adoption de la Constitution de la Seconde République. Dans une brochure intitulée *Considérations sur la Constitution*, il avait en appendice inséré un projet de constitution qui reprenait, pour partie, le projet élaboré par la Commission de la Constitution⁶⁶. Rejetant le droit au travail et le droit à l'instruction, et plus largement tous les devoirs sociaux énoncés dans le projet de la Commission de la constitution, « énumération sentimentale (qui) est une concession puérile faite aux théories socialistes »⁶⁷, le projet de constitution présenté par Laboulaye comportait un titre VI intitulé « Dispositions générales », où figuraient notamment l'abolition de la peine de mort en matière politique, la liberté de la presse, le libre exercice de la religion, la liberté d'enseignement, l'inviolabilité du domicile et le droit de propriété⁶⁸.

Il est certain que le programme libéral de Laboulaye était ambitieux au regard de la culture politique française, érigeant la souveraineté de la loi et du Parlement comme un dogme et traditionnellement méfiante envers l'autorité judiciaire, de surcroît divisée en deux ordres de juridictions, ce qui rendait délicat l'institution d'un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception. En tout état de cause, Laboulaye ne put, pas plus que Tocqueville en 1848, défendre avec succès ce type de contrôle juridictionnel, alors même qu'il fut un membre influent de la Commission des Trente et qu'il rapporta à l'Assemblée, le 7 juin 1875, le projet de loi constitutionnelle concernant les relations des pouvoirs publics entre eux⁶⁹.

Une fois de plus, la défense des libertés passait d'abord par l'aménagement des pouvoirs avant la garantie des droits par le pouvoir judiciaire qui n'avait de toute façon

rien pour séduire les notables du début de la III^{ème} République. Les catholiques libéraux du Correspondant ne voyaient en effet dans le contrôle de constitutionnalité qu'une technique permettant d'asseoir l'influence d'une aristocratie de magistrats, incapable de transcender les choix partisans ou les intérêts de classe. Les républicains n'éprouvaient guère, pour leur part, la nécessité de méditer l'expérience américaine, dès lors que les institutions républicaines étaient solidement établies⁷⁰.

Dans cette perspective, il n'est pas étonnant de retrouver sous la plume d'Emile Boutmy ce jugement sur la Cour suprême américaine qui fait à nouveau planer le spectre du gouvernement des juges :

C'est une des maximes de Blackstone que, dans toute constitution, il y a un pouvoir qui contrôle et n'est pas contrôlé, et dont les décisions sont suprêmes. Ce pouvoir est représenté, dans la société américaine, par une petite oligarchie de neuf juges inamovibles. Je ne connais pas d'antinomie plus frappante que cette suprématie d'une autorité non élue dans une démocratie réputée du type le plus extrême, d'une autorité qui ne se renouvelle que de génération en génération dans ce milieu instable qui change d'année en année, d'une autorité enfin qui pourrait à la rigueur, au nom d'un mandat moralement périmé, perpétuer les préjugés d'une période et porter un défi, dans la sphère politique même, à l'esprit transformé de la nation. On sait que le quatrième président de la Cour suprême, John Marshall, resta en fonction trente cinq ans !⁷¹

Il faudra attendre les premières années du siècle suivant pour que le débat, tant dans la classe politique que dans la doctrine publiciste, soit relancé quant à l'adoption d'un contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois en France. Mais cette fois, l'Amérique ne servira plus de modèle unique⁷².

- ¹ Est-il besoin de rappeler que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 donnait déjà à la loi une place déterminante dans la protection des libertés. V. sur ce point, les ouvrages de Stéphane Rials, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1988, spéc. p. 364 et ss., et de Lucien Jaume, *La déclaration des droits de l'homme 1789*, Paris, Flammarion, coll. GF, 1989, p. 54 et ss.
- ² Renforcées par certains arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation: l'arrêt Paulin du 11 mai 1833 qui semble admettre un contrôle de régularité d'une loi sur les délits de presse par rapport aux formes prescrites par la Charte; puis deux arrêts des 15 mars et 17 novembre 1851 dans lesquels la Cour de cassation accepte de connaître de la constitutionnalité d'une loi postérieure à l'entrée en vigueur de la constitution de 1848. Pour l'analyse de ces arrêts qui interviennent dans des périodes de libéralisme politique, on renverra aux travaux de Jean-Louis Mestre, notamment *Les juridictions judiciaires et l'inconstitutionnalité des ordonnances royales de la Restauration au Second Empire*, «Revue française de droit constitutionnel», n° 15, 1993, p. 451 et ss.; *La Cour de cassation et le contrôle de constitutionnalité*, in *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, actes du colloque des 9 et 10 décembre 1994, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1995, p. 35 et ss.; *De l'ancien sur l'article 37, alinéa 2 de la Constitution*, RFDA, n° 2, 2001, p. 301 et ss.
- ³ Charles-Guillaume Hello, *Du régime constitutionnel dans ses rapports avec l'état actuel de la science sociale et politique*, Paris, Auguste Durand, 3^{ème} édition, 1848, t. 2, p. 42.
- ⁴ V. Jean-Pierre Royer, *Histoire de la justice en France*, PUF, 2^{ème} édition, 1996, p. 466 et ss., 518 et ss., 592 et ss.
- ⁵ V. l'article d'Antoinette Ashworth, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Sénat du Second Empire*, RDP, 1994, p. 45 et ss.
- ⁶ V. les *Principes de politique* (1806), texte établi par Etienne Hofmann, Genève, Droz, 1980, t. 2, p. 476 et ss.; v. aussi Lucien Jaume, *Droit, Etat et obligation selon Benjamin Constant*, «Commentaire», n° 87, automne 1999, p. 711 et ss.
- ⁷ V. Edouard Laboulaye, *Histoire des Etats-Unis*, Paris, Charpentier, 1855, t. 1, p. 21.
- ⁸ V. René Rémond, *Les Etats-Unis devant l'opinion française (1814-1852)*, Paris, Armand Colin, 1962, t. 1, p. 19 et ss.
- ⁹ V. Françoise Mélonio, *Tocqueville et les Français*, Paris, Aubier, 1993, passim; Jean-Claude Lamberti, *Le modèle américain en France de 1789 à nos jours*, «Commentaire», n° 39, automne 1987, pp. 490 et ss.
- ¹⁰ Stendhal par exemple, goûtera aux Etats-Unis les institutions libérales, mais leur reprochera leur caractère trop démocratique et uniforme. Pour lui, la société démocratique donne trop de place à l'utilitarisme et au mépris des arts. Comment alors être heureux dans un pays sans Opéra au milieu d'un peuple sans fantaisie ni imagination, d'une société sans conversation qui ramène tout à des considérations d'argent? L'existence y serait trop dure. V. René Rémond, *Les Etats-Unis devant l'opinion publique française (1814-1852)*, cit., t. 2, p. 682.
- ¹¹ Sur la vie d'Edouard Laboulaye, on renverra à la belle thèse d'André Dauteribes, *Les idées politiques d'Edouard Laboulaye 1811-1883*, thèse de droit, Montpellier, 1989, dactylo., 2 vol., spéc. t. 1, p. 19 et ss. (je remercie tout spécialement l'auteur de m'avoir communiqué un exemplaire de sa thèse, malheureusement non publiée.)
- ¹² Sur le professorat de Laboulaye au Collège de France, *ibidem.*, t. 1, p. 45 et ss.
- ¹³ On ajoutera un texte ultérieur de Tocqueville intitulé *Rapport sur un ouvrage de M. Th. Sedgwick*, en date de juillet 1858, *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, 1989, t. XVI, p. 243-247.
- ¹⁴ C'est ainsi que le premier tome relatif à l'histoire des colonies américaines, issu d'un cours au Collège de France en 1849-1850, a été publié en 1855 et que les deux tomes suivants (*Histoire de la Révolution; Histoire de la Constitution*), issus de leçons faites au Collège de France en 1863 et 1864, ont été publiés en 1866. Je citerai pour ma part ce texte dans sa deuxième édition, en date de 1867, parue chez Charpentier à Paris.
- ¹⁵ Ainsi que l'avoue Laboulaye, dans sa notice nécrologique sur Tocqueville, parue dans *L'Etat et ses limites, suivi d'Essais politiques*, Paris, Charpentier, 1871, p. 138-201.
- ¹⁶ Sur le voyage de Tocqueville aux Etats-Unis, on se reportera à l'ouvrage de George Wilson Pierson, *Tocqueville and Beaumont in America*, Oxford University Press, 1938.
- ¹⁷ La constitution américaine, le *Fédéraliste*, les ouvrages de Joseph Story, dont certains avaient été traduits en français, leur étaient connus. Sur les références livresques de Tocqueville, v. l'article de George Wilson Pierson, *Le "second voyage" de Tocqueville en Amérique*, in *Alexis de Tocqueville. Livre du Centenaire 1859-1959*, Editions du CNRS, 1960, spéc. p. 77. Sur l'influence du pasteur américain Channing sur les conceptions religieuses et sociales de Laboulaye, v. Pierre Legendre, *Méditation sur l'esprit libéral. La leçon d'Edouard de Laboulaye, juriste-témoin*, RDP, 1971, spéc. p. 91-92; André Dauteribes, *Les idées politiques*, cit., t. 1, p. 245 et ss.; Laboulaye, à la suite de Channing, pense que l'individu est indéfiniment perfectible, ce qui a pour but de donner à la politique un sens,

Laquieze

celui d'assurer à l'homme le plein développement de ses facultés. Il y a donc un lien étroit entre religion et politique. Laboulaye précise également que «Le grand devoir de la société, c'est le ménagement, c'est la protection de l'individu; la perfection de l'Etat, c'est la perfection du citoyen...» (Préface aux *Œuvres sociales de Channing*, cité par André Dauteribes, *Les idées politiques*, cit., t. 1, p. 248.)

¹⁸ On renverra ici à l'ouvrage de Jean-Claude Lamberti, *Tocqueville et les deux démocraties*, Paris, PUF, coll. Sociologies, 1983, p. 115 et ss.

¹⁹ V. René Rémond, *Les États-Unis*, cit., t. 1, p. 322.

²⁰ Alexis de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, Paris, Flammarion, 1981, t. 1, p. 167 et ss.

²¹ La méthode comparatiste est en effet une constante chez Tocqueville. A propos du contrôle de la loi et du pouvoir judiciaire, il se sert des exemples des États-Unis, de l'Angleterre et de la France.

²² Citons les ouvrages d'un juge à la Cour suprême, grand spécialiste de la constitution de son pays, Joseph Story, en particulier les *Commentaries on the Constitution of the United States*, Boston, Hilliard, Gray and Co, Cambridge, Brown, Shattuck and Co, 1833, 3 vol., spec. t. 3, p. 425 et ss., p. 691 et ss.; une traduction en français a été réalisée par Paul Odent, *Commentaire sur la Constitution fédérale des États-Unis*, Paris, Joubert, 1843, 2 vol.; En France, on citera les noms du saint-simonien Michel Chevalier, auteur des *Lettres sur l'Amérique du Nord* (Paris, 1836, 2 vol.) et bien évidemment de Laboulaye.

²³ Préface de François Furet à l'édition Flammarion *De la démocratie en Amérique*, t. 1, p. 18.

²⁴ Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, cit., t. 1, p. 168.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Edouard Laboulaye, *Histoire des États-Unis*, Paris, Charpentier, 2^{ème} édition, 1867, t. 3, p. 472.

²⁷ Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, cit., t.1, p. 169.

²⁸ «Aux États-Unis, la constitution domine les législateurs comme les simples citoyens. Elle est donc la première des lois, et ne saurait être modifiée par une loi. Il est donc juste que les tribunaux obéissent à la constitution, préférentiellement à toutes les lois.» (*Ibidem*, t. 1, p. 170) Cf. Edouard Laboulaye, *Histoire des États-Unis*, cit., t. 3, p. 478-479: «La constitution est une arche sainte où le peuple a déposé ses libertés afin que personne, fût-ce même le législateur, n'ait le droit d'y toucher. Les juges fédéraux sont les gardiens de ce dépôt sacré.»

²⁹ «choisir entre les dispositions légales celles qui enchaînent le plus étroitement est, en quelque sorte, le droit naturel du magistrat.» (Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, cit., t. 1, p. 170.)

³⁰ *Ibidem*, t. 1, p. 363.

³¹ Citons le texte de Tocqueville: «Les hommes qui ont fait leur étude spéciale des lois ont puisé dans ces travaux des habitudes d'ordre, un certain goût des formes, une sorte d'amour instinctif pour l'enchaînement régulier des idées, qui les rendent naturellement fort opposés à l'esprit révolutionnaire et aux passions irréflechies de la démocratie. — Les connaissances spéciales que les légistes acquièrent en étudiant la loi leur assurent un rang à part dans la société; ils forment une sorte de classe privilégiée parmi les intelligences. Ils retrouvent chaque jour l'idée de cette supériorité dans l'exercice de leur profession; ils sont les maîtres d'une science nécessaire, dont la connaissance n'est point répandue; ils servent d'arbitres entre les citoyens, et l'habitude de diriger vers le but les passions aveugles des plaideurs leur donne un certain mépris pour le jugement de la foule. Ajoutez à cela qu'ils forment naturellement un corps. Ce n'est

pas qu'ils s'entendent entre eux et se dirigent de concert vers un même point; mais la communauté des études et l'unité des méthodes lient leurs esprits les uns aux autres, comme l'intérêt pourrait unir leurs volontés.» (*Ibidem*, t. 1, p. 363-364.)

³² «Je pense donc que le prince qui, en présence d'une démocratie envahissante, chercherait à abattre le pouvoir judiciaire dans ses Etats et à y diminuer l'influence politique des légistes, commettrait une grande erreur. Il lâcherait la substance de l'autorité pour en saisir l'ombre. Je ne doute point qu'il ne lui fût plus profitable d'introduire les légistes dans le gouvernement. Après leur avoir confié le despotisme sous la forme de la violence, peut-être le retrouverait-il en leurs mains sous les traits de la justice et de la loi.» (*Ibidem*, t. 1, p. 365-366.) Le droit peut apporter une légitimité à un pouvoir despotique: cette intuition géniale trouvera, on le sait, de nombreuses illustrations au XX^{ème} siècle, siècle des totalitarismes.

³³ *Rapport sur un ouvrage de M. Th. Sedgwick*, in *Œuvres complètes*, cit., t. XVI, p. 245.

³⁴ «En Angleterre, comme en Amérique, tout finit par un procès. Dans ces pays, l'on se dit: "Nous avons des juges, nous verrons qui a raison." Malheureusement nous n'avons pas cette patience civique. Ainsi, en 1848, la question de savoir si on avait oui ou non le droit de faire des banquets devait se terminer par un procès, c'est ainsi que les choses se seraient passées aux États-Unis. En France, on a mieux aimé trancher la difficulté par une révolution. C'est un peu plus cher qu'un procès, et c'est la liberté qui en paye les frais.» (Edouard Laboulaye, *Histoire des États-Unis*, cit., t. 3, p. 478.)

³⁵ *De la démocratie en Amérique*, cit., t. 2, p. 392-393: «La force des tribunaux a été, de tout temps, la plus

grande garantie qui se puisse offrir à l'indépendance individuelle, mais cela est surtout vrai dans les siècles démocratiques; les droits et les intérêts particuliers y sont toujours en péril, si le pouvoir judiciaire ne grandit et ne s'étend à mesure que les conditions s'égalisent».

³⁶ *Ibidem*, t. 1, p. 227.

³⁷ *Ibidem*, t. 1, p. 171.

³⁸ «Si le juge ne pouvait attaquer les législateurs que de front, il y a des temps où il craindrait de le faire ; il en est d'autres où l'esprit de parti le pousserait chaque jour à l'oser. Ainsi il arriverait que les lois seraient attaquées quand le pouvoir dont elles émanent serait faible, et qu'on s'y soumettrait sans murmurer quand il serait fort ; c'est-à-dire que souvent on attaquerait les lois lorsqu'il serait le plus utile de les respecter, et qu'on les respecterait quand il deviendrait facile d'opprimer en leur nom». (*Ibidem*, t. 1, p. 172.)

³⁹ *Ibidem*, t. 1, p. 171.

⁴⁰ «D'ailleurs, la loi ainsi censurée n'est pas détruite: sa force morale est diminuée, mais son effet matériel n'est point suspendu. Ce n'est que peu à peu, et sous les coups répétés de la jurisprudence, qu'enfin elle succombe». (*Ibidem*.)

⁴¹ «(...) on comprend sans peine qu'en chargeant l'intérêt particulier de provoquer la censure des lois, en liant intimement le procès fait à la loi au procès fait à un homme, on s'assure que la législation ne sera pas légèrement attaquée. Dans ce système, elle n'est plus exposée aux agressions journalières des partis». (*Ibidem*, t. 1, p. 171-172.)

⁴² *Ibidem*, t. 1, p. 171.

⁴³ V. Charles Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, Economica et Presses Universitaires d'Aix-Marseille, (édition de 1928), rééd. 1986, p. 20 : «(...) le sens juridique de la justice consti-

tionnelle - le seul que l'on recherche ici - est donc, en dernière analyse, de garantir la répartition de la compétence entre législation ordinaire et législation constitutionnelle, d'assurer le respect de la compétence du système de règles ou de l'organe suprême de l'ordre étatique» et Louis Favoreu, *La modernité des vues de Charles Eisenmann sur la justice constitutionnelle*, *ibidem*, p. 380.

⁴⁴ V. la dernière subdivision du chapitre VIII sur la constitution fédérale, intitulée «Ce qui fait que le système fédéral n'est pas à la portée de tous les peuples, et ce qui a permis aux anglo-américains de l'adopter», *De la démocratie en Amérique*, cit., t. 1, p. 241 et ss.

⁴⁵ *Ibidem*, t. 1, note L, p. 558 : «Les lois de 1830, non plus que celles de 1814, n'indiquent aucun moyen de changer la constitution. Or, il est évident que les moyens ordinaires de la législation ne sauraient suffire à cela. - De qui le roi tient-il ses pouvoirs ? de la constitution. De qui les pairs ? de la constitution. De qui les députés ? de la constitution. Comment donc le roi, les pairs et les députés, en se réunissant, pourraient-ils changer quelque chose à une loi en vertu de laquelle seule ils gouvernent ? Hors de la constitution ils ne sont rien : sur quel terrain se placeraient-ils donc pour changer la constitution ? De deux choses l'une : ou leurs efforts sont impuissants contre la charte, qui continue à exister en dépit d'eux, et alors ils continuent à régner en son nom ; ou ils parviennent à changer la charte, et alors la loi par laquelle ils existaient n'existant plus, ils ne sont plus rien eux-mêmes. En détruisant la Charte, ils se sont détruits».

⁴⁶ *Ibidem* Sur les débats parlementaires de 1831 et de 1842 à propos du pouvoir constituant, v. Alain Laquièze, *Les origines du régime parlementaire (1814-1848)*, thèse de

droit, Paris, dactylo., 1995, t. 1, p. 281 et ss.

⁴⁷ *De la démocratie en Amérique*, cit., t. 1, p. 170.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Dalloz, 1938, 3^{ème} partie, p. 1 et ss.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 5-6.

⁵¹ «Si (...) malgré les progrès qu'il a faits dans l'étendue de son contrôle, le juge, et en particulier le juge de l'excès de pouvoir, a désarmé les préjugés qui avaient fait tenir en suspicion la magistrature de l'époque intermédiaire, ce serait, semble-t-il, une entreprise non moins vaine que dangereuse que de l'engager à risquer, par de telles tentatives de contrôle, tout l'acquis de la jurisprudence. Quelque atteinte qu'aient pu recevoir certaines idées peut-être trop absolues sur la souveraineté de la loi, il n'en reste pas moins en effet que, dans la théorie et aussi dans la pratique de notre droit public, le Parlement reste l'expression de la volonté générale et ne relève à ce titre que de lui-même et de cette volonté». (*ibidem*, p. 7.)

⁵² V. les observations de Jean-Claude Lamberti, *Tocqueville et les deux démocraties*, cit., pp. 119-121.

⁵³ C'est le cas aussi d'un conseiller à la Cour de cassation, Charles-Guillaume Hello qui, en 1848, déconseille aux tribunaux de «juger entre les pouvoirs constituant et législatif» car la loi «se présente à eux comme l'expression de la souveraineté et ils lui doivent l'obéissance», *Du régime constitutionnel*, cit., t. 2, p. 249.

⁵⁴ Félix Berriat Saint Prix, *Commentaire sur la charte constitutionnelle*, Paris, Videcoq, 1836, p. 119.

⁵⁵ Edouard Laboulaye, *Histoire des Etats-Unis*, cit., t. 3, p. 28-29.

⁵⁶ *Ibidem*, t. 3, p. 475.

⁵⁷ «Il n'y a pas une disposition de la constitution qu'on ne puisse violer par une loi. La constitution déclare que la liberté individuelle sera respectée, que nul ne sera distrait de ses juges naturels, que les accusés seront jugés par le jury.

Laquieze

Viendra un moment d'agitation, et l'on fera une loi qui renverra les citoyens devant des commissions militaires. Ils s'adresseront à la justice, la constitution à la main; les tribunaux décideront qu'ils ne connaissent que la loi. De là est né le peu d'estime que nous avons pour les constitutions. Nous savons que le lendemain des révolutions on nous fait des constitutions où on nous promet tout ; mais les lois ne nous donnent rien, et les lois ne sont pas changées. Dès qu'on arrive à mettre à exécution la constitution, on trouve ces lois entre la constitution et la justice». (*ibidem*, t. 3, p. 475-476.)

⁵⁸ V. la préface des *Questions constitutionnelles*, Paris, Charpentier, 1872 (p. IV et ss.) qui contient un tableau comparatif entre l'école révolutionnaire ou française et l'école américaine, ainsi que cette observation: «[...] il y a un abîme entre la démocratie suivant l'école révolutionnaire et la démocratie telle qu'on l'entend aux Etats-Unis. Chez nous, la souveraineté du peuple est un mot ; le véritable souverain, c'est l'assem-

blée. En Amérique, le peuple est souverain en droit et en fait; on rirait d'une chambre qui oserait s'attribuer une apparence de souveraineté» (*ibidem*, p. VI - VII).

⁵⁹ «La grande réforme faite en Amérique est donc de placer entre la constitution et la législation un pouvoir qui dit au législateur: la constitution faite par le peuple est ta loi comme la mienne. C'est la *lex legum*. Nous ne devons la violer ni l'un ni l'autre» (*ibidem*, t. 3, p. 477).

⁶⁰ *Ibidem*, t. 3, p. 476.

⁶¹ *Ibidem*, t. 3, p. 491.

⁶² *Ibidem*, t. 3, p. 493-494. On notera que Laboulaye, à la suite de Montesquieu et de Tocqueville, défend un libéralisme qui accorde une place essentielle à la loi pour la défense des libertés : sur cette question, v. Jean-Claude Lamberti, *Tocqueville*, cit., p. 108 et ss.; Lucien Jaume, *La liberté et la loi. Les origines philosophiques du libéralisme*, Paris, Fayard, 2000, *passim*.

⁶³ V. son livre *Le parti libéral. Son programme et son avenir*, Paris, Charpentier, 7^{ème} édition, 1869, spéc. p. 115 et ss.

⁶⁴ *Du pouvoir constituant* (octobre

1871), in *Questions constitutionnelles*, cit., p. 386.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ V. les procès-verbaux de la Commission de la Constitution de 1848, présidée par Cormenin et dont faisait partie Tocqueville, in Alexis de Tocqueville, *Œuvres complètes*, t. III: *Écrits et discours politiques*, Paris, Gallimard, 1990, p. 55-158.

⁶⁷ *Considérations sur la Constitution* (juillet 1848), in *Questions constitutionnelles*, cit., p. 48.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 101-102 ; on pourra comparer cette liste à l'énumération des droits effectuée par la constitution du 4 novembre 1848, articles 2 à 17.

⁶⁹ V. André Dauteribes, *Les idées politiques d'Edouard Laboulaye*, cit., t. 1, p. 172 et ss.

⁷⁰ V. Françoise Mélonio, *Tocqueville et les Français*, cit., p. 222 et ss.

⁷¹ Emile Boutmy, *Études de droit constitutionnel*, Paris, Plon-Nourrit, 1885, p. 181-182.

⁷² Une bonne synthèse de ce débat est présentée par Guillaume Drago, *Contentieux constitutionnel français*, Paris, PUF, 1998, p. 133 et ss.