

Les révisions constitutionnelles non abouties sous la Troisième République

Aurore Granero

DANS **REVUE FRANÇAISE DE DROIT CONSTITUTIONNEL** 2013/4 n° 96 , PAGES 835 À 856
ÉDITIONS **PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE**

ISSN 1151-2385

ISBN 9782130618447

DOI 10.3917/rfdc.096.0835

Date de mise en ligne : 21/01/2014

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2013-4-page-835?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Presses Universitaires de France.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

Les révisions constitutionnelles non abouties sous la Troisième République

AUORE GRANERO

Élaborée dans un esprit de transaction, la Constitution de la Troisième République, composée des trois lois constitutionnelles du 24 février, du 25 février et du 16 juillet 1875, a survécu à de nombreuses propositions de révision. Les constituants de 1875 avaient pourtant rédigé un texte facilement modifiable, souhaitant au plus vite le rétablissement de la Monarchie pour les uns ou, la consolidation de la République pour les autres¹. Alors que soixante-dix-sept propositions parlementaires et vingt-trois projets² ont été déposés afin de modifier partiellement ou intégralement les lois constitutionnelles de 1875, seules trois révisions, toutes d'origine gouvernementale, ont été adoptées³.

L'examen des propositions de révision de la Constitution non abouties fait apparaître que leur objet était très hétérogène. Les velléités des révisionnistes se sont principalement dirigées contre le Sénat, considéré comme une « doublure misérable de la Chambre des députés⁴ ». D'autres

Aurore Granero, docteure en droit public, CRJFC

1. M. Morabito, *Histoire constitutionnelle de la France (1789-1958)*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 10^e éd., 2008, p. 307 ; J.-J. Chevallier, *Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à 1958*, Dalloz, 9^e éd., 2001, p. 308 ; Duez et Barthélémy, *Traité de droit constitutionnel*, Dalloz, 1933, p. 887.

2. C. Bigaut, « Le réformisme constitutionnel des parlementaires », Actes du colloque du III^e Congrès français de droit constitutionnel du 13, 14 et 15 juin 1996, organisé par l'AFDC à Dijon, tome II, p. 789.

3. Loi du 21 juin 1879 abrogeant l'article 9 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 relative à l'organisation des pouvoirs publics (transfert du siège des pouvoirs public de Versailles à Paris) ; Loi du 14 août 1884 portant révision partielle des lois constitutionnelles rendant impossible la modification de la forme républicaine du Parlement, supprimant les sénateurs inamovibles, N. Droin, « Retour sur la loi constitutionnelle de 1884 : contribution à une histoire de la limitation du pouvoir constituant dérivé », *RFDC*, 2009, n^o 80, pp. 725 et s. ; Loi du 10 août 1926 conférant un caractère constitutionnel à l'autonomie de la Caisse de gestion des bons de la défense nationale et d'amortissement de la dette publique, A. Boyeau-Jenecourt, « La révision constitutionnelle du 10 août 1926 relative à la caisse d'amortissement de la dette publique », *RDP*, 2010, p. 135.

4. Exposé des motifs de la proposition de résolution de M. Gauthier de Clagny tendant à réviser la Constitution, *Doc. Parl.*, Chambre des députés, Séance du 29 octobre 1904, Annexe n^o 1996.

sont le fruit d'une réflexion suscitée par les périls de l'époque⁵. Certaines propositions non abouties présentent un intérêt majeur, et notamment en ce qui concerne la protection constitutionnelle des libertés fondamentales. De nombreux députés ont, en effet, déposé des résolutions tendant à ce que le régime renoue avec les traditions des Déclarations des droits, curieusement interrompues sous la Troisième République, et qu'il soit institué un contrôle de constitutionnalité des lois⁶.

Aussi l'objet de l'étude va-t-il se limiter à l'examen des propositions ou projets de révision de la Constitution dont le but était de rendre effectifs les principes issus de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. À cet effet, il est possible de classer ces résolutions selon deux périodes. Tout d'abord, MM. Roche, Benoist, Audiffred ont déposé en 1903 un projet de résolution tendant à réviser la Constitution qui avait un double objectif : constitutionnaliser la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et instituer un contrôle de constitutionnalité des lois⁷. Le même jour, le second signataire du projet de résolution le député Benoist, a déposé une proposition de loi tendant à la création d'une Cour suprême chargée de sanctionner les atteintes à la DDHC. En 1909 et 1911, le député Engerand a demandé, par l'intermédiaire d'une révision des lois constitutionnelles de 1875, la constitutionnalisation de la DDHC et la création d'une Cour suprême chargée de veiller au respect de la constitutionnalité des lois⁸. Ensuite, s'ouvre une seconde période pendant laquelle il est possible de recenser deux nouvelles propositions de révision de la Constitution, celle du député Lairolle en 1919⁹ et celle du député Bonnet en 1925¹⁰. Toutefois l'examen de l'exposé des motifs de ces deux dernières propositions, tendant à la création d'une Cour Suprême chargée de veiller à la protection de la Constitution, démontre que ces dernières présentent moins d'intérêt. Ces deux parlementaires se sont, en effet, contentés de reprendre, en termes très brefs, les propositions déposées par le député Roche ainsi que les idées du député Benoist.

5. Sur ce point, le rapport Thomson qui prend position sur les propositions des députés Meunier, Bonnefous, Renaudel, Forgeot et Hesse relatives à l'organisation du régime en temps de guerre, Rapport Thomson, *JO* du 15 juin 1917, p. 1430.

6. Aux côtés de ces projets de résolution, de nombreuses propositions de lois ont été déposées tendant aux mêmes objectifs ; Sur ce point M. Verpeaux, « Le contrôle de la loi par la voie de l'exception dans les propositions parlementaires de la III^e République », *RFDC*, 1990, n° 4, pp. 688 et s.

7. Exposé des motifs du projet de résolution de J. Roche tendant à la révision de la Constitution, *Doc. Parl.*, Séance du 29 janvier 1903, Annexe n° 711.

8. Exposé des motifs de la proposition de résolution du député Engerand tendant à la révision des lois constitutionnelles, *Doc. Parl.*, Séance du 21 décembre 1909, Annexe n° 2940, p. 252. Le député Engerand a proposé une seconde résolution en 1911, *Doc. Parl.*, Chambre des députés, Séance du 12 janvier 1911, Annexe n° 667, p. 46.

9. Exposé des motifs de la proposition de résolution du député Lairolle tendant à réviser les lois constitutionnelles, 2^e séance du 27 février 1919, *Doc. Parl.*, Chambre, Annexe n° 5758, p. 877.

10. Exposé des motifs de la proposition de résolution du député Bonnet tendant à réviser les lois constitutionnelles, *Doc. Parl.*, Chambre, Séance du 10 janvier 1924, Annexe n° 1334.

L'ensemble de ces projets de résolution dispose d'un point commun, celui de n'avoir pas atteint le stade de la discussion en séance. Devenue majoritaire à la Chambre et au Sénat à partir de 1879¹¹, la gauche républicaine s'est donnée pour objectif d'enraciner la République. Cependant, la plupart des résolutions tendant à consacrer la valeur constitutionnelle de la DDHC et à instaurer un contrôle de constitutionnalité ont été initiées par des députés conservateurs¹². Pour pouvoir faire aboutir leurs projets, ces parlementaires ont dû franchir un double obstacle : un obstacle procédural puisque toute révision de la Constitution était, nécessairement, soumise à la clause de révision contenue à l'article 8 de la loi du 25 février 1875 et un obstacle politique découlant de la dérive du régime vers l'omnipotence parlementaire.

L'article 8 de la loi du 25 février 1875 dispose en effet que : « Les chambres auront le droit, par délibérations séparées prises dans chacune à la majorité absolue des voix, soit spontanément, soit sur la demande du président de la République, de déclarer qu'il y a lieu de réviser les lois constitutionnelles. Après que chacune des deux chambres aura pris cette résolution, elles se réuniront en Assemblée nationale pour procéder à la révision ». Pour pouvoir faire l'objet d'une discussion, les projets d'initiative parlementaire tendant à réviser partiellement ou totalement la Constitution devaient être annoncés en séance et renvoyés par le Président de la chambre concernée à l'examen de la commission d'initiative parlementaire¹³. Cette procédure constituait une première difficulté pour les parlementaires de la droite libérale dans la mesure où ces commissions étaient composées, à l'image de l'assemblée plénière, principalement par des membres de la gauche républicaine. Aussi, les propositions de révision émanant d'hommes politiques de droite étaient elles considérées, par la majorité parlementaire, comme des manœuvres tendant à renouer avec « toutes les formes de réaction et d'autorité contre lesquelles les républicains [ont lutté] depuis plus d'un siècle¹⁴ ».

11. Au début de l'année 1876, les républicains obtiennent la majorité à la Chambre des députés mais le Sénat et la présidence de la République (Mac-Mahon) restent monarchiques. À la suite de la crise du 16 mai 1877, Jules Grévy devient Président de la République et les républicains acquièrent la majorité au Sénat le 5 janvier 1879 (174 républicains contre 126 conservateurs).

12. Les deux principaux auteurs de ces résolutions sont J. Roche et F. Engerand. Le député Roche, menacé de poursuites dans l'affaire de Panama, a quitté l'extrême gauche en 1884, s'est rallié à l'Union républicaine et a été élu lors de son dernier mandat sur la liste de la Fédération républicaine. Le second, le député Engerand a déposé plusieurs propositions de loi tendant à abroger la loi du 22 juin 1886 exilant les membres des familles ayant régné sur la France. Il est également possible de se référer à l'article de J. Bougrab, « Le contrôle de constitutionnalité des lois dans la Constitution de 1946 » dans lequel l'auteur explique que les partis politiques de droite ont toujours été favorables au contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, *RFDC*, 1999, n° 38, p. 285.

13. E. Pierre, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, Paris, Imprimeurs de la chambre des députés, 2^e éd., 1902, pp. 21 et s.

14. L. Blum, *Le populaire*, 9 novembre 1934.

Par ailleurs et si, en théorie, la Constitution de 1875 n'a été modifiée qu'à trois reprises, un changement d'ampleur s'est opéré de lui-même, le parlementarisme absolu¹⁵. Or, l'échec de ces projets de résolutions s'explique également par le fait, qu'à l'époque, la création d'un contrôle de constitutionnalité se heurtait à la souveraineté parlementaire. Instituer un contrôle de la loi revenait en effet à mettre en place un contrôle sur la représentation parlementaire ce qui semblait incompatible avec la pratique du régime et sa déviation vers le parlementarisme absolu. En outre, l'institution d'un tel contrôle aurait permis de donner des armes juridiques aux ennemis de la République, que l'on songe aux anarchistes ou au « péril clérical ». Pour toutes ces raisons, partisans et pourfendeurs d'un contrôle de la loi ne se sont pas seulement affrontés dans les chambres, le débat a donné lieu à de vives controverses entre les juristes de l'époque.

Dès leur accès au pouvoir, les républicains, en réprouvant le passé, ont œuvré pour consolider la République. Cependant, une République qui se veut démocratique ne peut réellement s'exercer qu'avec « la reconnaissance des libertés fondamentales sur lesquelles les lois de 1875 ont gardé le silence¹⁶ ». Considérée comme le régime le plus libéral¹⁷, la Troisième République a néanmoins fait l'objet de critiques relatives à l'inachèvement de la protection des droits et libertés. Malgré les grandes lois libérales des années 1880, le doyen Hauriou a par exemple dénoncé de nombreuses dispositions prises par le législateur. C'est ainsi qu'il déclare dans son ouvrage, *Principes de droit public*, que : « Les lois sur la séparation de l'Église et de l'État, sur les biens ecclésiastiques, sur les congrégations religieuses, dans celles de leurs dispositions qui mettent hors du droit commun les biens ou les personnes ecclésiastiques, sont manifestement contraires aux principes de la liberté individuelle, de la liberté de conscience et des cultes, de la liberté de l'enseignement et de l'égalité devant la loi¹⁸ ». Par ailleurs, le doyen Duguit a dénoncé les mesures législatives et réglementaires d'exception édictées contre l'enseignement dans les congrégations religieuses¹⁹. Alors que le légicentrisme sous la Troisième République a contribué au renforcement des libertés publiques, l'absence de consécration constitutionnelle des droits et libertés constitue une faille à l'œuvre libérale du régime dont il convient d'expliquer l'échec.

15. Selon R. Carré de Malberg, le parlementarisme absolu est « un régime dans lequel le Parlement, devenu maître sur toute la ligne, domine complètement l'exécutif, par opposition au parlementarisme relatif ou dualiste, dans lequel il y a seulement limitation de la puissance gouvernementale par la puissance parlementaire », *La Loi, expression de la volonté générale*, Economica, 1984, p. 196.

16. M. Morabito, *Histoire constitutionnelle de la France (1789-1958)*, op. cit. p. 319.

17. Dans son ouvrage *La République contre les libertés*, J.-P. Machelon tire un bilan plutôt positif de la protection des libertés sous la Troisième République : « Faut-il en conclure que la Troisième République ne mérite plus le qualificatif de libérale ? Il ne le semble pas », Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1976, p. 455.

18. M. Hauriou, *Principes de droit public*, 2^e éd., Sirey, 1916, p. 290.

19. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Fontemoing et Cie, 2^e éd., p. 85.

En dépit de son absence de consécration, le révisionnisme constitutionnel sous la Troisième République peut être qualifié « d'avant-gardiste ». Pour pallier l'œuvre incomplète des constituants de 1875 en matière de protection des libertés fondamentales, les projets de résolutions ont proposé d'intégrer le texte de la DDHC de 1789 aux lois constitutionnelles de 1875 (I) et de consacrer juridiquement ces principes par l'intermédiaire du contrôle de constitutionnalité des lois (II). Ce révisionnisme non abouti a sans doute inspiré les constituants de 1958²⁰ et contribue toujours au débat relatif aux modalités d'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois en France.

I – LA RÉSISTANCE AUX PROPOSITIONS DE RÉVISION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES DE 1875 TENDANT À CONSTITUTIONNALISER LES DROITS ET LIBERTÉS

Les constituants de 1875 n'ont pas pris soin d'inclure dans le texte constitutionnel une déclaration des droits. Les trois lois de 1875 ont donc provoqué une rupture²¹ au moins formelle dans la consécration textuelle des droits et libertés au niveau constitutionnel. Pour remédier à ce que certains ont considéré comme une anomalie²², plusieurs propositions de révision de la Constitution ont été déposées afin de constitutionnaliser la DDHC de 1789 ; propositions qui n'ont toutefois pas abouti. L'absence de consécration constitutionnelle des droits et libertés (A) a emporté de nombreuses conséquences juridiques sur la pratique du régime et la protection du citoyen (B).

A – L'ABSENCE DE CONSÉCRATION CONSTITUTIONNELLE DES DROITS ET LIBERTÉS

Lors de la discussion sur la loi du 1^{er} juillet 1901, le député Denis a déposé une proposition de résolution dont l'objectif était de compléter les lois constitutionnelles de 1875 en leur adjoignant le texte de la DDHC de 1789²³. Cette première tentative a contribué à un débat passionné mais

20. S. Pinon, *Les réformistes constitutionnels des années trente. Aux origines de la V^e République*, LGDJ, 2003.

21. J. Rivero, « Les libertés », Journées d'étude des 16-17 mars 1989 organisées par l'AFDC « La continuité constitutionnelle en France depuis 1789 », *Economica*, coll. « Droit positif », 1990, p. 157.

22. Selon les termes du député Engerand, Exposé des motifs de la proposition de résolution du député Engerand tendant à la révision des lois constitutionnelles, *Doc. Parl.*, Séance du 21 décembre 1909, Annexe n° 2940.

23. Projet de résolution du député Denis relatif à la révision de la Constitution, *Doc. Parl.*, Séance du 28 mars 1901, Annexe n° 2311.

l'Assemblée a rejeté « *in odium rectoris* la proposition d'ériger en règles de droit²⁴ » les principes issus de la DDHC. Ensuite, deux nouvelles propositions de révision ont été déposées.

Le 28 janvier 1903, le député Roche a déposé un projet de résolution tendant à la révision de la Constitution de 1875, et proposant notamment d'insérer un premier paragraphe à l'article premier de la loi du 25 février 1875 ainsi rédigé : « Les droits de l'homme et du citoyen, proclamés dans la Déclaration des droits de la Constitution du 3 septembre 1791, sont la base du droit public des Français et sont garantis par la Constitution ». Dès le premier alinéa de cette proposition, son auteur a exprimé le souhait de limiter les pouvoirs du Parlement : « Le pouvoir législatif ne peut faire aucune loi qui porte atteinte et mette obstacle à l'exercice de ces droits²⁵ ». Il convient de souligner le rôle prépondérant du second signataire de ce projet de résolution, il s'agit du député Benoist. Ce dernier a inspiré les réflexions des années 1930 sur la « réforme de l'État ». Dans son article « Les deux parlementarismes²⁶ », le député Benoist a mis en exergue la nécessité de limiter le pouvoir législatif et a préconisé un renforcement de l'autorité du président de la République²⁷. Charles Benoist a également déposé une proposition de loi tendant à la création d'une Cour suprême chargée de connaître des atteintes portées aux droits et libertés des citoyens. Dans cette proposition, il a souligné les dangers de l'inclinaison du régime vers l'omnipotence parlementaire et a recommandé « le retour résolu aux principes puissants de la Révolution de 1789 ». Le député Engerand a également proposé à deux reprises la constitutionnalisation de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : en 1909 et 1911²⁸. Ces deux propositions de résolution avaient pour but d'assurer le respect des libertés des citoyens en conférant aux droits reconnus dans la DDHC « une expression légale » et « en les incorporant dans la Constitution ».

L'examen de ces propositions de révision non abouties visant à insérer la Déclaration des droits dans les lois constitutionnelles de 1875 fait apparaître une certaine continuité dans les préoccupations des parlementaires concernés. Ceux-ci ont, en effet, constaté que la Constitution de 1875 était

24. J.-P. Machelon, *La République contre les libertés*, *op. cit.* p. 62.

25. Exposé des motifs du projet de résolution de J. Roche tendant à la révision de la Constitution, *Doc. Parl.*, Séance du 29 janvier 1903, Annexe n° 711.

26. C. Benoist, « Les deux parlementarismes », *La Revue des deux mondes*, 15 janvier 1902, p. 285.

27. À ce propos, le projet de résolution de 1903 a proposé, outre la constitutionnalisation de la DDHC et l'institution d'une Cour suprême, une modification de l'article 7 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 attribuant au président de la République le droit de demander une nouvelle délibération de la loi en ajoutant : « Dans ce cas, la loi ne peut être adoptée qu'à la majorité des deux tiers du nombre légal des membres composant la totalité de chaque Chambre », Exposé des motifs du projet de résolution du député Roche, *op. cit.*

28. Exposé des motifs de la proposition de résolution du député Engerand tendant à la révision des lois constitutionnelles, *Doc. Parl.*, Séance du 21 décembre 1909, Annexe n° 2940, p. 252. Le député Engerand proposa une seconde résolution en 1911, *Doc. Parl.*, Chambre des députés, Séance du 12 janvier 1911, Annexe n° 667, p. 46.

« muette » sur la consécration des droits et libertés et qu'il convenait de « combler cette lacune ». Dans leurs propositions, les auteurs ont fait référence aux constitutions françaises antérieures²⁹ mais également aux constitutions étrangères³⁰ pour démontrer que le texte de 1875 ne constituait pas une réelle Constitution. Ainsi, pour le député Engerand, une constitution « est l'ensemble des lois fondamentales déterminant non seulement la nature et les fonctions du pouvoir, mais encore et surtout les principaux droits et devoirs du peuple. Ces hautes garanties contre les abus du pouvoir sont la sauvegarde même de la liberté ». Il ajoute que les constituants de 1875 n'ont visé que l'organisation politique et ont fait du texte de 1875 un simple « exposé officiel » permettant aux autorités étatiques de « transgresser irrévérencieusement les principes généraux inscrits dans la DDHC ».

Pour justifier leurs propositions, les députés Roche et Engerand se sont référés à l'existence de droits naturels, de droits supérieurs s'imposant tant à l'égard du gouvernement que vis-à-vis du Parlement. Ces droits naturels, « non écrits mais ineffaçables » ont été proclamés par la DDHC de 1789 et constituent « le fondement même de l'ordre politique³¹ ». Afin d'argumenter leur conception, les auteurs concernés ont eu recours à une même phraséologie qui, à l'époque, était assez inhabituelle : la loi, l'œuvre du Parlement, organe représentant la volonté de la Nation, pouvait mal faire. Néanmoins, leur raisonnement était différent.

Dans l'exposé des motifs de sa proposition de résolution, le député Roche s'est montré particulièrement virulent à l'égard du Parlement tandis que le député Engerand a surtout cherché à démontrer que la loi pouvait être mauvaise et qu'il était nécessaire de trouver des correctifs à cette difficulté. En effet, l'auteur du projet de résolution de 1903 a souligné que le citoyen de la Troisième République était menacé par « le plus pur arbitraire » et a ajouté que le régime constitutionnel de 1875 ne portait qu'un nom « le bon plaisir - ou le mauvais plaisir - de la majorité parlementaire³² ». Aussi a-t-il préconisé « l'établissement de droits inviolables au profit des citoyens » limitant le pouvoir des gouvernants et plus précisément constituant « des limites au pouvoir législatif³³ ». Selon le député Roche, le Parlement

29. La Déclaration des droits de l'homme a été exposée dans presque toutes les constitutions françaises antérieures. Elle a, en effet, servi de frontispice à la Constitution du 3 septembre 1791, à celle du 10 juin de l'An II ainsi qu'à la Constitution de la République française du 5 fructidor de l'An III. Cette omission est d'autant plus étrange que, d'une part la Troisième République est souvent présentée comme la République des libertés et que, d'autre part, la DDHC a inspiré à d'autres pays, notamment aux États-Unis, des garanties constitutionnelles des droits et libertés.

30. Dans le projet de résolution de 1903, est citée la Constitution de Pensylvannie, la Constitution fédérale des États-Unis, la Constitution Suisse ou encore la Constitution brésilienne, Exposé des motifs du projet de résolution du 29 janvier 1903, *op. cit.*

31. Exposé des motifs de la proposition de résolution du député Engerand tendant à la révision des lois constitutionnelles, *ibid.*

32. Exposé des motifs du projet de résolution de J. Roche tendant à la révision de la Constitution, *Doc. Parl.*, Séance du 29 janvier 1903, *op. cit.*

33. *Ibid.*

« peut faire ce qu'il veut et partout », ce qui conduit à une forme « d'absolutisme³⁴ ». En 1909 et 1911, le député Engerand s'est exprimé en ces termes : « La loi, dit-on d'un côté de l'État, est l'expression de la volonté nationale ; ne pas la respecter c'est mépriser la nation elle-même, faire acte d'anarchie. De l'autre côté, [ajoutait-il], la loi est l'acte d'une Assemblée que rien n'arrête, qui peut tout, même l'absurde³⁵ ».

Dans son *Traité de droit constitutionnel*, Léon Duguit a également utilisé l'expression de « lois contraires au droit » pour qualifier toute loi « contraire à un principe supérieur du droit, inscrit ou non dans une loi supérieure à la loi ordinaire, déclaration des droits ou loi constitutionnelle rigide³⁶ ». Du reste, le débat sur la constitutionnalisation de la DDHC n'a pas seulement eu lieu au sein des chambres, il a également fait l'objet d'une controverse chez les auteurs de l'époque.

En suivant des raisonnements différents, Léon Duguit et Maurice Hauriou se sont prononcés en faveur de la valeur positive de la DDHC. Fervent opposant au droit naturel, le professeur Duguit a pourtant considéré que les principes de 1789 avaient non seulement une valeur supérieure à la loi mais également une valeur supraconstitutionnelle³⁷. Selon le doyen de Bordeaux, la DDHC a survécu à son abrogation par les constituants de 1875 et a conservé sa valeur contraignante. Quant à Maurice Hauriou, il a d'abord utilisé la théorie de la coutume constitutionnelle³⁸ puis celle de la Constitution sociale pour conférer une valeur juridique à la DDHC. Selon le doyen de Toulouse, les droits contenus dans la Déclaration des droits forment une Constitution sociale distincte et supérieure aux constitutions politiques. À l'instar de Léon Duguit, il a constaté l'unanimité des constituants républicains envers la DDHC et en a conclu qu'elle « est la seule qui ait survécu dans la mémoire des hommes parce que, du premier coup, elle [a réalisé] le catéchisme social³⁹ ». Maurice Hauriou explique que l'absence de référence à la DDHC dans la Constitution de 1875 ne constitue pas un obstacle à sa reconnaissance comme règle générale puisque la permanence du contenu des différentes déclarations des droits (celles de 1789, de 1795 et de 1848) a permis de conférer une garantie constitutionnelle aux libertés proclamées dans ces différents textes⁴⁰. Ces deux théories ne visaient pas seulement à conférer

34. *Ibid*

35. Exposé des motifs de la proposition de résolution du député Engerand tendant à la révision des lois constitutionnelles, *op. cit.*

36. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Fontemoing et Cie, tome III, 3^e éd., 1930, pp. 659 et s.

37. L. Duguit, *Ibid.*, pp. 601 et s.

38. Selon M. Hauriou, les déclarations des droits « renouvelées et répétées à chaque changement de constitution jusques et y compris la constitution de 1852, acceptées par la nation entière et par des générations successives, [...] ont pris une valeur coutumière et ne pourraient aujourd'hui être retirées », Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 1929, p. 269.

39. A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, Sirey, t. I, 7^e éd. 1921, pp. 624 et s.

40. M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., Sirey, Rééd. CNRS 1965, p. 624.

une valeur juridique à la DDHC, elles ont ouvert, nous y reviendrons, la perspective d'un contrôle de constitutionnalité des lois.

Contrairement à Léon Duguit ou Maurice Hauriou, Adhémar Esmein a considéré que la DDHC n'avait pas de valeur juridique mais qu'elle constituait simplement un exposé philosophique⁴¹. De son côté, Raymond Carré de Malberg s'est également attaché à démontrer que la DDHC n'avait plus que la portée dogmatique d'une déclaration de vérités philosophiques⁴². Dans *La loi expression de volonté générale*, il a considéré qu'il ne pouvait exister, comme le prétendaient Roche, Engrand ou les professeurs Hauriou et Duguit, des principes supérieurs non-inscrits dans la Constitution qui liaient le législateur. En d'autres termes, il a jugé que seules les règles inscrites dans la Constitution, nonobstant la valeur coutumière que pouvaient revêtir les principes de 1789, étaient susceptibles de s'imposer au législateur⁴³.

Malgré leur opposition à la valeur juridique de la DDHC, Adhémar Esmein et Raymond Carré de Malberg ont souligné que les constituants de 1875 sont restés pénétrés par les principes de 1789. Cette vision explique en partie que les propositions de révision tendant à constitutionaliser la DDHC n'aient pas suscité l'intérêt de la majorité parlementaire. En d'autres termes, les assemblées législatives n'ont pas jugé nécessaire de consacrer des garanties constitutionnelles de libertés publiques dans la mesure où les parlementaires se réclamaient les défenseurs des principes issus de la DDHC de 1789. Surtout, les assemblées législatives, gardiennes de l'ordre juridique interne, ont considéré que la protection et la mise en œuvre des libertés publiques étaient « affaire de législation⁴⁴ ».

Il est en outre possible de se demander pourquoi certains parlementaires voulaient intégrer la DDHC dans les lois constitutionnelles de 1875 tout en soulignant que les principes qu'elle a consacrés n'ont jamais été formellement abrogés. Esmein a considéré que la meilleure garantie des droits individuels résidait moins dans les textes que dans les mœurs, que dans l'esprit national⁴⁵. Cette conception, consistant à faire reposer la garantie des droits sur « l'esprit de 1789 » tout en refusant de consacrer leur supériorité face à une loi toute puissante et qui peut mal faire, est contestable. Le professeur Carré de Malberg a du reste précisément exprimé cette difficulté et ses dérivées : « en s'abstenant de donner une consécration constitutionnelle aux principes qu'ils considéraient comme fixés par les précédents constitutionnels, les constituants

41. « Les déclarations des droits émanent de corps possédant une autorité légale et même souveraine, d'assemblées constituantes, mais elles ne sont pas des articles de loi précis et exécutoires. Ce sont purement et simplement des déclarations de principes. » A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, op. cit. p. 553.

42. R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. II, Sirey, 1922, rééd. CNRS 1962, p. 580.

43. R. Carré de Malberg, *La Loi, expression de la volonté générale*, Sirey, 1931, rééd. Economica, 1984, p. 107.

44. *Ibid.*, p. 121.

45. A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, *Ibid.*, p. 602.

de 1875 ont laissé cette partie du droit public dépourvue de valeur constitutionnelle : ils l'ont abandonnée à la toute puissance du Parlement⁴⁶ ». Il est donc possible de souligner l'utilité de la consécration constitutionnelle de la DDHC pour la protection des droits et libertés.

B – LES CONSÉQUENCES JURIDIQUES SUR LA PROTECTION DES DROITS ET LIBERTÉS

Dans l'exposé des motifs de sa résolution tendant à réviser la Constitution du 28 janvier 1903, Roche a souligné que les « français pourraient voir des lois supprimer absolument la liberté de conscience, la liberté de la presse ; établir une religion ou une irreligion d'État ; abolir l'héritage même en ligne directe ; établir un impôt spoliateur pour toute une catégorie de citoyens⁴⁷ ». Il poursuit son argumentaire ainsi : « Sans doute la Constitution de 1875 est défectueuse, incomplète sur bien d'autres points qui touchent à l'organisation même des pouvoirs publics : nomination du président de la République, composition des deux chambres, choix des ministres, etc. Mais il est difficile, sur ces sujets, de se mettre d'accord. Il est un point, au contraire sur lequel tout le monde est d'accord, sur lequel il est impossible qu'une contradiction soit levée par un républicain quel qu'il soit, même par un homme qui, préférant la monarchie constitutionnelle, veut cependant la liberté, c'est la nécessité de garantir les droits de l'homme⁴⁸ ».

Cette déclaration ne doit pas faire oublier que la plupart des propositions de révision de la Constitution visant à constitutionnaliser les droits et libertés émanaient d'hommes politiques conservateurs. D'ailleurs, les députés Roche et Engerand ont tenté, à plusieurs reprises dans leurs exposés des motifs, de délégitimer la majorité parlementaire républicaine. Pour le député Roche, cette majorité parlementaire « est loin de correspondre à la majorité des citoyens ». En outre, il a précisé qu'il « avait été prouvé lors de certains scrutins décisifs que trois cent un députés, dont l'opinion avait foi, ne représentaient pas même le quart [des électeurs] ». Dans le même sens, le député Engerand a discuté le fait que la loi représentait la volonté nationale. Selon ce dernier, cette affirmation serait exacte si la loi, délibérée par les mandataires de la Nation, était directement et expressément agréée par la Nation elle-même. Il n'a toutefois pas proposé l'institution de procédés de démocratie directe. Or, dès 1898, le député Vaillant a proposé d'instituer le droit d'initiative populaire⁴⁹. Quant au député Boyer, il a demandé aux parlementaires d'accepter le

46. R. Carré de Malberg, *La Loi, expression de la volonté générale*, *op. cit.*, p. 119.

47. Exposé des motifs du projet de résolution de J. Roche tendant à la révision de la Constitution, *op. cit.*

48. *Ibid.*

49. Projet de résolution tendant à déclarer qu'il y a lieu de réviser la Constitution déposée par M. Vaillant, *Doc. Parl.*, Chambre des députés, Séance du 27 juin 1898, Annexe n° 119.

principe de la consultation des électeurs en matière constitutionnelle et budgétaire. À cet effet, il a proposé qu'un dixième des électeurs ait le droit de demander la révision de la Constitution, par une formule qui puisse être acceptée ou refusée par un oui ou par un non, et, que le même nombre d'électeurs puisse, dans le mois qui suit la promulgation d'une loi qui touche à la Constitution ou ayant le caractère de réforme budgétaire, opposer le veto à son application de la même manière⁵⁰.

En outre, le député Roche s'est plaint de « l'esprit régressif du socialisme » substituant « au noble et fécond principe de la liberté, de l'initiative, de la responsabilité individuelle, un véritable césarisme collectiviste ». Il peut paraître regrettable que ce député se soit servi d'une proposition de révision visant à la constitutionnalisation des droits de l'homme comme d'une tribune lui permettant de remettre en cause la législation sociale votée par la majorité républicaine de gauche à travers, notamment, la grande loi syndicale de 1884. L'analyse de l'exposé des motifs du projet de résolution du député Roche met l'accent sur un certain opportunisme qui explique, en partie, le désintéret de la majorité de la gauche républicaine pour son projet. Cette tradition des partis de droite favorables à la constitutionnalisation des droits et libertés ainsi qu'à la mise en place du contrôle de constitutionnalité des lois n'explique pas à elle seule le rejet du régime des différentes tentatives de constitutionnaliser les droits et libertés. L'examen des différentes propositions de révision permet de mettre en exergue d'autres explications à cet échec.

Selon les auteurs de ces propositions, il convient de se référer à la Constitution américaine qui n'est pas seulement un texte organisant les pouvoirs publics mais une véritable « charte des droits publics organisant la sauvegarde de la liberté individuelle⁵¹ », alors que la Constitution de la Troisième République n'est qu'un « code de procédure, très bref, assurant le fonctionnement d'un gouvernement appelé république, mais dépouillé de tout élément constitutif d'une république, c'est-à-dire de toute garantie des droits individuels⁵² ». Les auteurs des propositions de révision constitutionnelle n'ont toutefois pas accordé assez d'importance aux autres différences opposant les lois constitutionnelles de 1875 et la Constitution américaine de 1787.

Pour le député Engerand, la Constitution de 1875 a posé le principe de l'infailibilité des assemblées législatives alors que les États-Unis ont très tôt admis « qu'une assemblée puisse se tromper⁵³ ». En s'exprimant ainsi, le député Engerand ne fait que souligner les conséquences qui ressortent des deux constitutions sans réellement s'attacher à démontrer les

50. Article 1^{er} de la proposition de résolution de M. Boyer tendant à la révision de la Constitution, *op. cit.*

51. Exposé des motifs du projet de résolution de J. Roche, *op. cit.*

52. J. Barthélémy et P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.* p. 24.

53. Exposé des motifs de la proposition du député Engerand, n° 2940, *op. cit.*

sources de leur opposition, expliquant que le Parlement en France s'est abstenu sciemment de constitutionnaliser la DDHC. Paradoxalement, les résistances du régime à la consécration constitutionnelle des droits et libertés avaient pour origine l'article 6 de la DDHC selon lequel la loi est l'expression de la volonté générale. Dès 1875, les constituants ont, en effet, accordé une place essentielle à la loi en reconnaissant que le corps législatif, élevé au pouvoir de représenter la souveraineté du peuple, était le seul à pouvoir exprimer la volonté générale. Au contraire, les constituants américains étaient réservés tant à l'égard du pouvoir exécutif que du pouvoir législatif. Souhaitant la mise en place d'un régime libéral, ces derniers ont gardé le souvenir du Parlement anglais « dont les maladresses et les lois intolérables avaient provoqué la guerre d'Indépendance⁵⁴ ». Si les constituants américains ont très rapidement compris que le pouvoir législatif pouvait se tromper, ils ont surtout inscrit dans leur Constitution une opposition tranchée entre le pouvoir constituant et le pouvoir législatif conçus comme « deux puissances d'essence totalement différentes⁵⁵ ». En d'autres termes, le pouvoir législatif aux États-Unis s'exerce uniquement dans les limites que la Constitution lui a concédées. Aussi, le pouvoir constituant et le pouvoir législatif ne sont-ils pas seulement de « degré inégal, mais bien de nature foncièrement distincte⁵⁶ » de sorte que la Constitution est considérée comme l'œuvre du peuple et domine le pouvoir législatif, simple autorité constituée. Au contraire, la loi en France et son organe le Parlement ont été envisagés comme revêtus d'une force souveraine si bien qu'il n'existait pas dans le texte de 1875 de différence entre pouvoir constituant et pouvoir législatif, entraînant fatalement la suprématie parlementaire sur tous les autres pouvoirs. La procédure de révision de la Constitution est significative de cette mainmise du Parlement sur les lois constitutionnelles.

L'article 8 de la loi du 25 février 1875 dispose : « Les chambres auront le droit, par délibérations séparées prises dans chacune à la majorité absolue des voix, soit spontanément, soit sur la demande du président de la République, de déclarer qu'il y a lieu de réviser les lois constitutionnelles. Après que chacune des deux chambres aura pris cette résolution, elles se réuniront en Assemblée nationale pour procéder à la révision ». Cet article soumettait la révision constitutionnelle à deux phases : le vœu de révision par les chambres et la révision par l'Assemblée Nationale. Il était précisé que les chambres émettaient séparément des vœux déclarant qu'il y a lieu de réviser les lois constitutionnelles à la majorité absolue des voix. Lorsque les deux chambres ont adopté cette résolution, elles devaient se réunir en Assemblée Nationale pour procéder au vote de la révision à la

54. J. Gicquel et J.-E. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 20^e éd., p. 249.

55. R. Carré de Malberg, *La Loi, expression de la volonté générale*, op. cit. p. 109.

56. *Ibid.*, p. 100.

majorité absolue des membres composant l'Assemblée Nationale. Cette dernière était donc en apparence un organe distinct du pouvoir législatif. Or, l'Assemblée Nationale n'était qu'une formation particulière du Parlement dans la mesure où elle regroupait les sénateurs et les députés en fonction au moment de sa convocation. Ainsi que le note Carré de Malberg, « c'est là tout le contraire d'une séparation effective entre l'organe législatif et l'organe constituant⁵⁷ ». À ce propos, les professeurs Barthélémy et Duez, qui se sont prononcés contre toute révision du texte de 1875⁵⁸, ont estimé que la procédure de révision de la Constitution n'était pas démocratique dans la mesure où seul le Parlement était en mesure de modifier la Constitution sans faire appel au peuple⁵⁹.

Au demeurant, l'absence de hiérarchie entre loi ordinaire et loi constitutionnelle a permis à la majorité républicaine de s'affranchir de la nécessité de constitutionnaliser les droits et libertés. Le Parlement étant le seul capable d'édicter la volonté générale, il était également le seul pouvoir compétent pour protéger les droits et libertés. On comprend alors que la majorité parlementaire n'ait pas montré d'intérêt pour constitutionnaliser la DDHC dans la mesure où les lois ordinaires, émanant du seul pouvoir souverain, suffisaient amplement à garantir les droits et libertés. D'ailleurs le légicentrisme de la Troisième République a mis en application de nombreux principes libéraux proclamés en 1789 et qui forment encore aujourd'hui le socle de notre législation républicaine. Dans la première période du régime, le législateur a aménagé dans un sens libéral la liberté de réunion et la liberté de la presse (loi du 30 juin et du 29 juillet 1881). En outre, le Parlement a apporté une contribution substantielle à la garantie de la sûreté personnelle des citoyens en adoptant de nombreux grands textes judiciaires permettant d'humaniser la loi pénale⁶⁰. Aussi les républicains sont-ils restés attachés, malgré le silence de la Constitution, aux libertés consacrées par la DDHC. L'esprit de 1789 a été sauvegardé comme le démontre la loi du 28 mars 1901 qui a permis l'affichage de la DDHC dans les écoles⁶¹. Également, de nombreux ouvrages destinés à la compréhension de la Déclaration ont été publiés⁶². Il reste que, ce transfert de la garantie des droits du niveau constitutionnel au niveau législatif a connu des limites. Lorsqu'il a été menacé par l'exercice d'une liberté ou que celle-ci pouvait porter atteinte à son autorité, le législateur a dérogé à « l'esprit de 1789 » en édictant des lois violant certaines libertés consacrées par la DDHC. Alors que la République s'est enracinée

57. R. Carré de Malberg, *La Loi, expression de la volonté générale*, *Ibid*, p. 113.

58. J. Barthélémy et P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, *Ibid*, p. 903.

59. *Ibid*, p. 905.

60. Ainsi en est-il de la loi du 26 mars 1891 sur le sursis ou encore celle du 11 juillet 1900 relative au casier judiciaire.

61. C. Nicolet, *L'Idée républicaine en France*, Gallimard, 1982, p. 350.

62. Par exemple, A. Depper, *Commentaire de la Déclaration des droits de l'Homme*, Gebrage, Libraire-Éditeur Paris, 1902 ou E. Blum, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, Texte authentique avec commentaire*, Paris Alcan, 1902.

et que la majorité républicaine se réclamait du libéralisme, il a par exemple adopté un régime rigoureux à l'égard des congrégations religieuses, considérées comme des ennemis de la liberté républicaine⁶³. Ces limites démontrent que les propositions visant à constitutionnaliser la DDHC poursuivaient en réalité un second objectif, il s'agissait de protéger juridiquement les droits et libertés contre la toute puissance parlementaire en instituant un contrôle de constitutionnalité des lois. La « constitutionnalisation sanctionnée⁶⁴ » de la DDHC aurait sans doute permis de freiner l'adoption, par la majorité républicaine, des exceptions à la liberté de la presse contenues dans les lois scélérates du 23 juillet et 12 décembre 1893 dirigées contre les anarchistes, ou encore du dernier titre de la loi 1901 sur les congrégations.

II – L'ÉCHEC DES PROPOSITIONS DE RÉVISION DES LOIS CONSTITUTIONNELLES DE 1875 TENDANT À INSTITUER LE CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS

L'idée d'instaurer en France un contrôle de constitutionnalité des lois est ancienne. Lors des travaux préparatoires de la Constitution de l'An II, Sieyès a affirmé la nécessité de créer une autorité compétente pour annuler les lois contraires à la Constitution. Il a demandé, à cet effet, l'institution d'une « jurie constitutionnaire » chargée de « juger les réclamations contre toute atteinte qui serait portée à la Constitution⁶⁵ ». La Constitution de l'An VIII et celle du 14 janvier 1852 se sont appuyées sur les travaux de Sieyès en conférant au Sénat le rôle de gardien de la Constitution⁶⁶. Néanmoins, l'adoption d'un tel contrôle n'avait pas pour but d'assurer la supériorité de la Constitution face aux autres normes. À cette époque, le contrôle de constitutionnalité visait davantage à affaiblir le pouvoir législatif⁶⁷. De la même manière, certains parlementaires ont déposé

63. Les congrégations « favorisées par le Second Empire et triomphantes sous l'Ordre moral représentaient au début de la Troisième République, pour les opportunistes comme pour les radicaux, un danger politique considérable », J.-P. Machelon, *La République contre les libertés*, *op. cit.*, p. 352.

64. J. Rivero, « Les libertés », Journées d'étude des 16-17 mars 1989 organisées par l'AFDC « La continuité constitutionnelle en France depuis 1789 », *Economica*, coll. « Droit positif », 1990, p. 160.

65. E.-J. Sieyès, *Le Moniteur (Réimpressions)*, tome XXV, p. 293. Dans La profession parlementaire, il est à noter qu'André Tardieu a repris le modèle de ces « juries constitutionnaires » afin de « garantir les droits fondamentaux des personnes », *La Profession parlementaire*, Flammarion, 1937, p. 359.

66. J. Bougrab, « Le contrôle de constitutionnalité des lois dans l'élaboration de la Constitution du 27 octobre 1946 », *RFDC*, 1999, n° 38, p. 286.

67. « Le contrôle d'alors, encore qu'inspiré en l'An VIII par Sieyès répondait moins à la préoccupation d'assurer la supériorité du pouvoir constituant qu'à la tendance antiparlementaire des régimes napoléoniens », Carré de Malberg, « La constitutionnalité des lois et la Constitution de 1875 », *RPP*, 1927, p. 348.

des vœux de résolution tendant à créer un contrôle de constitutionnalité des lois dans le but de limiter l'hypertrophie parlementaire et compléter le dispositif légal de protection des droits et libertés (A). Si cette question n'est pas abordée par tous les auteurs publicistes de la Troisième République⁶⁸, ce thème de la création d'un contrôle de constitutionnalité a néanmoins suscité un intérêt doctrinal majeur⁶⁹. Il reste que, en dépit des efforts de nombreux publicistes de l'époque, le contrôle de constitutionnalité des lois sous la Troisième République est resté incompatible avec la pratique de la Troisième République dominée par le mythe de la loi souveraine et sa dérive vers la souveraineté parlementaire (B).

A – LA PROTECTION INCOMPLÈTE DES DROITS ET LIBERTÉS SOUS LA TROISIÈME RÉPUBLIQUE

Sous la Troisième République, de nombreuses propositions ont été déposées afin d'instaurer un mécanisme de contrôle de constitutionnalité des lois. Toutefois, cette question n'a pas uniquement été débattue au sein du Parlement puisque de nombreux publicistes se sont prononcés sur cette garantie essentielle à l'État de droit. D'ailleurs, il est possible de mettre en perspective les propositions parlementaires de révision de la Constitution tendant à instituer un contrôle de constitutionnalité des lois avec les réflexions doctrinales dans ce domaine.

Le 15 mars 1884, le député Naquet a proposé l'institution d'une cour suprême judiciaire « qui puisse, dans les espèces, affranchir l'individu de l'obéissance à la loi, lorsqu'elle est inconstitutionnelle, absolument comme [les] tribunaux peuvent briser dans les espèces l'arrêt d'un maire lorsqu'il n'est pas conforme à la loi⁷⁰ ». De son côté, Maurice Hauriou s'est appuyé sur la comparaison ébauchée par le député Naquet entre le contrôle de légalité d'un acte administratif et le contrôle de constitutionnalité d'une loi pour se prononcer en faveur du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception⁷¹. Dans plusieurs notes sous des arrêts du Tribunal des conflits ou du Conseil d'État⁷² ainsi que dans son *Traité*⁷³, le doyen Hauriou a indiqué qu'il était nécessaire « d'or-

68. À l'instar d'Eugène Pierre, *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, Librairies-Imprimeries réunies, 1893 ; Rééd. de l'édition de 1902, Éditions Loysel, 1989.

69. D. Maus, « La naissance du contrôle de constitutionnalité en France », *L'Esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs. Mélanges Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 713-745.

70. Proposition de résolution de Naquet tendant à réviser certains articles des lois constitutionnelles, Séance du 10 mars 1894, Annexe n° 493.

71. D. Maus, « Avant 1958, l'impossible contrôle de constitutionnalité », in M. Verpeaux, M. Bonnard (de), *Le Conseil constitutionnel, Études de la documentation française*, La documentation française, 2007, p. 20.

72. Le plus significatif est l'arrêt *Heyriès*, CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, Rec., p. 651 ; S. 1922.3.49, note Hauriou.

73. M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 1929, note n° 4, p. 269.

ganiser le contrôle de constitutionnalité des lois par les moyens d'une exception qui puisse être soulevée devant les juges ordinaires à propos de tout litige dans lequel sera applicable une loi suspecte et que le juge sera compétent pour trancher, sauf appel s'il y a lieu⁷⁴ ».

À cet égard, il convient néanmoins de souligner des différences fondamentales entre les propositions parlementaires tendant à réviser la Constitution pour introduire le contrôle de constitutionnalité des lois et la réflexion des publicistes sur les modalités de ce contrôle.

Tout d'abord, les propositions de 1903, 1909 et 1911 déposées par MM. Roche et Engerand tendaient non seulement à instaurer le contrôle de constitutionnalité des lois mais également à constitutionnaliser la DDHC de 1789. Au contraire, les propositions de 1919, et de 1925, introduites par MM. Lairolle⁷⁵ et Bonnet⁷⁶, se sont contentées de proposer l'institution d'un organe juridictionnel spécifique chargé de veiller à la constitutionnalité des lois sans faire référence à la DDHC comme si ces auteurs s'étaient finalement résignés à son absence de consécration constitutionnelle. Or, pour pouvoir introduire en France le contrôle de constitutionnalité des lois, il était nécessaire d'une part, de mettre fin au silence de la Constitution relatif au pouvoir judiciaire et, d'autre part, de rompre avec la brièveté de la Constitution afin que les juges puissent s'appuyer sur des textes consacrant les droits et libertés des citoyens. Comme a déjà eu l'occasion de le souligner Carré de Malberg, les lois constitutionnelles de 1875 « ne contiennent pas de dispositions qui soient de nature à fournir aux tribunaux l'occasion de relever⁷⁷ » des violations aux droits et libertés des citoyens. Dans le même sens, dans ses conclusions sur l'arrêt *Arrighi* du 6 novembre 1936, le commissaire du gouvernement Latournerie a également écrit que « les lois constitutionnelles de 1875 ne contiennent que des prescriptions de procédure, sans intérêt contentieux pour les particuliers⁷⁸ ». C'est donc à tort que les auteurs des propositions de l'entre-deux-guerres ont négligé de faire référence à la constitutionnalisation de la DDHC pour introduire le contrôle de constitutionnalité des lois, car cette consécration aurait peut-être incité le juge administratif à accepter, à tout le moins, à écarter une loi qu'il aurait estimé contraire à des normes de référence consacrant les libertés individuelles⁷⁹. Au lieu de cela, cette négligence a apporté des arguments aux pourfendeurs du contrôle de constitutionnalité des lois.

74. *Ibid.*, p. 271.

75. Exposé des motifs de la proposition de résolution du député Lairolle tendant à réviser les lois constitutionnelles, 2^e séance du 27 février 1919, *Doc. Parl.*, Chambre, Annexe n° 5758, p. 877.

76. Exposé des motifs de la proposition de résolution du député Bonnet tendant à réviser les lois constitutionnelles, *Doc. Parl.*, Chambre, Séance du 10 janvier 1924, Annexe n° 1334.

77. R. Carré de Malberg, *La Loi, expression de la volonté générale*, p. 124.

78. Conclusions Latournerie sur CE, 6 novembre 1936, *Arrighi*, D. 1938, III, I.

79. Palliant cette carence, le Conseil d'État a reconnu l'existence des principes généraux du droit, sur ce point, C. De la Mardière, « Retour sur la valeur juridique de la Déclaration de 1789 », *RFDC*, 1999, n° 38, p. 253 et s.

Ensuite, toutes les propositions tendant à réviser la Constitution dans le but d'instituer le contrôle de constitutionnalité des lois ont fait référence au « modèle américain ». Ainsi, Roche a-t-il déclaré que la France « avait sous ses yeux un exemple éclatant : celui des États-Unis⁸⁰ ». Selon le député Engerand, les dix premiers amendements de la Constitution américaine garantissent des droits aux citoyens et « l'institution de la Cour suprême en assure effectivement le respect⁸¹ ». De la même façon, le député Lairolle a proposé l'institution d'une Cour suprême qui détendrait l'ensemble des compétences que la Constitution des États-Unis a attribué à la Cour américaine⁸². Enfin, le député Bonnet a également émis le souhait d'instituer une « Cour suprême judiciaire, analogue à celle des États-Unis⁸³ ». En réalité, ces propositions ne visaient pas à introduire le contrôle de constitutionnalité sur le modèle américain. En effet, aux États-Unis, le contrôle de constitutionnalité peut être assuré par les tribunaux ordinaires. Au contraire, les auteurs de ces propositions souhaitaient la mise en place d'une Cour constitutionnelle, d'un juge spécial seul compétent pour contrôler la constitutionnalité des lois. Il ressort de cette analyse que les auteurs concernés ont fait référence, avant l'heure pour certains d'entre eux, au contrôle de constitutionnalité de type « kelsénien ».

En outre, il est possible de s'interroger sur la réelle volonté des auteurs de ces propositions d'instaurer en France la suprématie de la Constitution sur les autres normes et de garantir ainsi une protection efficace des droits des citoyens. L'examen attentif des exposés des motifs démontre que les parlementaires ne souhaitaient pas heurter des traditions séculaires de souveraineté de la loi et remettre en cause le système politique de l'époque en confiant le respect de la constitutionnalité des lois aux tribunaux de droit commun. Par ailleurs, dans sa proposition de loi, le député Benoist n'a pas envisagé de contrôle décentralisé. La particularité du système de contrôle qu'il propose réside dans le fait que la Cour suprême statue non seulement sur les atteintes que le pouvoir législatif peut porter aux droits et libertés mais également sur l'éventualité de la violation des droits et libertés par l'exécutif. En réalité, cette proposition n'était pas dénuée d'opportunisme. Selon le Professeur Eric Maulin, le député Benoist a souhaité retirer au Conseil d'État une grande partie de ses compétences contentieuses afin que ce dernier joue le rôle qui lui avait été attribué dans le cadre du régime de l'An VIII c'est-à-dire le rôle de chambre gouvernementale des projets et propositions de lois⁸⁴.

80. Exposé des motifs du projet de résolution de J. Roche, *op. cit.*

81. Exposé des motifs de la proposition du député Engerand, n° 2940, *op. cit.*

82. Exposé des motifs de la proposition de résolution du député Lairolle tendant à réviser les lois constitutionnelles, *op. cit.*

83. Exposé des motifs de la proposition de résolution du député Bonnet tendant à réviser les lois constitutionnelles, *op. cit.*

84. E. Maulin, « Réforme de l'Etat et contrôle de constitutionnalité des lois sous la III^e République Charles Benoist et Jacques Bardoux », colloque, Paris, 22-23 juin 2000, organisé par le Centre d'études constitutionnelles et politiques de l'Université Panthéon-Assas, Paris, Ed. Panthéon-Assas, LGDJ, 2003, p. 73.

En d'autres termes, le contrôle de constitutionnalité de type kelsénien a permis de tirer toutes les conséquences de la distinction entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués dans la mesure où les actes des pouvoirs constitués reconnus contraires aux prescriptions constitutionnelles doivent être sortis de vigueur. Au contraire, les auteurs des propositions de révision de la Constitution ont souhaité la création d'un contrôle concentré pour éviter les empiétements du pouvoir judiciaire dans le domaine législatif. À cet égard, les propositions du Comité Bardoux sont particulièrement significatives. Créé à la suite des émeutes du 6 février 1934, ce comité avait pour ambition de rédiger des textes constitutionnels et législatifs permettant la réforme de l'État. Les conclusions de ce comité, composé notamment de Boris Mirkine-Guetzevitch, Julien Laferrière ou encore Joseph Barthélémy, ont été publiées dans un ouvrage *La France de demain* dans lequel Bardoux a exposé ses principales idées sur la Réforme de l'État⁸⁵. Jacques Bardoux a notamment souhaité la mise en place d'un contrôle de constitutionnalité dont l'objectif est de « limiter l'absolutisme parlementaire⁸⁶ ». Cependant, l'analyse du système préconisé par Jacques Bardoux révèle de nombreuses difficultés. Tout d'abord, il souhaite instituer une Cour suprême aux compétences très étendues. Cette Cour cumule, en effet, différentes fonctions puisqu'elle sert à la fois de Tribunal des conflits, de Haute Cour de justice, de Cour de sûreté de l'État, de Cour chargée du contentieux électoral et enfin de Cour constitutionnelle. Il est donc possible de s'interroger sur l'efficacité d'une Cour suprême exerçant ces multiples attributions. Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois, il est possible de regretter que la Cour suprême ne joue pas le rôle de gardienne de la Constitution. Cette Cour peut être saisie *a priori* de façon consultative mais son avis ne lie pas le législateur. Surtout, la Cour constitutionnelle peut également être saisie *a posteriori* mais son pouvoir est largement encadré dans la mesure où elle ne peut statuer que sur un nombre limité de cas d'inconstitutionnalité. Aussi le système souhaité par le député Bardoux s'éloigne de la défense des droits et libertés et se contente de se garantir contre les éventuels excès du Parlement « sans perdre les bienfaits de sa compétence⁸⁷ ».

Ainsi, si le contrôle de constitutionnalité de type kelsénien et le contrôle tel qu'il était envisagé dans les propositions parlementaires visant à réviser la Constitution procédaient des mêmes modalités, c'est-à-dire que ce contrôle devait être assuré par un organe spécifique, leur portée était, en revanche,

85. J. Bardoux, *La France de demain, son gouvernement, ses assemblées, sa justice*, Sirey, 1936 (Réédition Dalloz, 2006, avec une importante préface et des annotations de Gilles Le Beguec). Ce projet de constitution est publié par Jean Gicquel, « Le problème de la réforme de l'État en France en 1934 », in *Problèmes de la réforme de l'État en France depuis 1934*, PUF, 1965, p. 129.

86. J. Bardoux, *Ibid.*, p. 250.

87. E. Maulin, *op. cit.* p. 82.

différente. Dans l'exposé des motifs de leurs propositions, les parlementaires ont en effet souligné la nécessité de confier le contrôle de constitutionnalité à un juge spécial pour éviter que l'ensemble des juges de droit commun n'empiète sur le pouvoir législatif. Ce faisant, ils ont restreint la portée du contrôle de constitutionnalité puisque pour Kelsen, le contrôle de constitutionnalité était principalement destiné à assurer la suprématie de la Constitution et la hiérarchie des normes. En proposant d'instituer le contrôle de constitutionnalité par la voie de l'exception, les auteurs ont contourné une difficulté fondamentale : la révision de la Constitution⁸⁸.

Il n'est donc pas surprenant que les propositions de révision de la Constitution tendant à créer le contrôle de constitutionnalité n'aient pas abouti. Le pouvoir législatif était, en effet, amené à une double « auto-limitation » consistant d'une part à procéder à la révision constitutionnelle nécessaire à l'introduction d'un contrôle de constitutionnalité par un organe juridique spécifique et, d'autre part, à accepter que son œuvre, la loi, soit soumise à un contrôle. Or, la majorité républicaine n'a pas abdiqué sa toute puissance alors même que « l'autolimitation n'est pas la négation du pouvoir souverain, mais bien l'un des attributs et l'une des marques de ce pouvoir⁸⁹ ». L'absence de contrôle de constitutionnalité a contribué à l'omnipotence parlementaire ne pouvant se résigner à une quelconque limitation de ses prérogatives.

B – L'INCOMPATIBILITÉ DU CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ AVEC LA SOUVERAINETÉ NATIONALE

Il est possible de se demander si la question du contrôle de constitutionnalité des lois pouvait véritablement avoir un sens sous le régime et surtout dans la pratique des lois constitutionnelles de 1875. S'il n'est pas possible de nier que le régime a mis en œuvre de nombreux principes libéraux, il doit néanmoins être mentionné des lacunes importantes concernant la protection des libertés publiques que le contrôle de constitutionnalité aurait permis de combler. Des mesures anti-libérales ont, en effet, été prises au nom de la défense républicaine à l'encontre de certaines catégories de citoyens à l'instar des fonctionnaires. À l'époque des gouvernements Waldeck-Rousseau et surtout Combes, la liberté d'opinion des fonctionnaires a été, selon le Professeur Jean-Pierre Machelon, pratiquement anéantie⁹⁰. À titre d'exemple, dans son ouvrage, cet auteur a relaté le fait qu'un fonctionnaire de l'État ayant pris part à la manifestation de soutien à l'évêque de Vannes expulsé du Palais

88. À ce propos, certains parlementaires ont déposé des propositions de loi visant à instituer un contrôle de constitutionnalité des lois, Sur ce point, Michel Verpeaux, « Le contrôle de la loi par la voie de l'exception dans les propositions parlementaires de la III^e République », *RFDC*, 1990, n° 4, pp. 688 et s.

89. R. Carré de Malberg, *La Loi, expression de la volonté générale*, p. 125.

90. J.-P. Machelon, *La République contre les libertés*, op. cit. p. 329 et s.

épiscopal a été révoqué alors qu'il était en civil et hors de toute portée de convocation ; événement qui témoigne d'une atteinte aux libertés publiques. Il est également possible de citer les règles strictes et contraires au droit de la défense de la justice militaire. C'est ainsi que le procès du capitaine Dreyfus, avant qu'il ne devienne « l'affaire Dreyfus », a démontré les dangers de certaines dispositions légales à l'égard des militaires et les atteintes à la liberté individuelle qu'on pouvait redouter et qui se sont manifestés sous la Troisième République. Dès le début de l'enquête, Dreyfus a été cantonné au secret et n'a pas eu la possibilité, pendant toute la durée de l'instruction, de communiquer avec son avocat. Ces mesures contenues dans le code de justice militaire et que l'on définirait aujourd'hui comme des atteintes aux droits de la défense étaient, à l'époque, légales. La DDHC a pourtant inscrit à l'article 9 la proportionnalité de la rigueur en cas d'arrestation⁹¹. Sans doute, la mise en place d'un contrôle de constitutionnalité, par la voie de l'exception, complétée par une constitutionnalisation de la DDHC, aurait permis d'atténuer les atteintes portées à la liberté individuelle, en la matière, tout en parachevant l'œuvre parlementaire dans le domaine de la protection des droits et libertés.

La résistance de la majorité républicaine aux propositions parlementaires de révision de la Constitution tendant à instaurer ce contrôle n'a pas convaincu les publicistes de l'époque qui se sont efforcés d'en démontrer les avantages. Il convient, en effet, de rappeler que la majorité doctrinale a plaidé, au contraire des propositions parlementaires de révision de la Constitution, en faveur d'un contrôle de constitutionnalité exercé par l'ensemble des juges, nonobstant le fait que la pratique du régime ne pouvait admettre aucune des deux modalités de contrôle.

La conception des parlementaires proposant de réviser la Constitution et qui consistait à confier le contrôle de constitutionnalité des lois à un organe juridictionnel spécifique n'a pas emporté l'adhésion de la majorité républicaine dans la mesure où cette proposition revenait à conférer au pouvoir judiciaire un rôle politique que les lois constitutionnelles de 1875 ne lui avaient pas confié. Cette interprétation de la majorité de la gauche républicaine, découlant de la dérive vers le parlementarisme absolu, était, par conséquent, incompatible avec le contrôle de constitutionnalité des lois assuré par une Cour suprême. Profitant de la brièveté des lois de 1875 ainsi que de l'absence de stabilité gouvernementale, le pouvoir législatif s'est arrogé un privilège fondamental, il s'agit du pouvoir de déterminer par lui-même les attributions que lui a confiées la Constitution et par conséquent du pouvoir d'apprécier « de la constitutionnalité des lois soumises à ses délibérations⁹² ». Mais la méthode préconisée par la doctrine était également incompatible avec l'omnipotence parlementaire.

91. CC, 11 août 1993, *Code de procédure pénale* ; Note P. Avril et J. Gicquel, *Pouvoirs*, 1994, p. 172 ; Note S. Renoux, *RFDC*, 1993, p. 848.

92. R. Carré de Malberg, *La Loi, expression de la volonté générale*, *op. cit.* p. 126.

Léon Duguit ou Maurice Hauriou ont tous deux soutenu la thèse selon laquelle, en utilisant la voie de l'exception, les tribunaux n'empiétaient pas dans le domaine de la loi. Selon le Doyen Duguit, en se prononçant sur la constitutionnalité d'une loi, le juge pouvait seulement l'écartier. Cette loi subsisterait et conserverait tout entier son caractère de loi⁹³. De même le Doyen Hauriou a indiqué qu'un jugement qui refuse d'appliquer une loi à une hypothèse déterminée n'empêche point cette loi de devenir exécutoire, il n'a point la prétention d'arrêter le Parlement dans son droit de légiférer⁹⁴. À ces arguments, il convient d'opposer celui des professeurs Barthélémy et Duez pour qui le pouvoir judiciaire n'avait pas « le prestige nécessaire pour entreprendre la censure du Parlement, fût-ce sur le simple terrain de la légalité⁹⁵ ». D'ailleurs, le Professeur Michel Verpeaux a considéré que le contrôle de constitutionnalité ne pouvait avoir lieu sous la Troisième République, même par la simple voie de l'exception⁹⁶. Ce dernier a principalement étudié la proposition de loi déposée par le député Benoist en 1903 et le projet de résolution du député Roche datant de la même année, pour conclure que l'idée d'un contrôle de constitutionnalité n'aurait pas pu aboutir même en le proposant par la simple voie d'une proposition de loi ordinaire. Cependant, il convient de préciser que le mouvement doctrinal favorable au contrôle de constitutionnalité par la voie de l'exception supposait que tout juge saisi d'un litige devait, avant d'appliquer la loi solutionnant l'espèce litigieuse, vérifier que la disposition législative n'était pas contraire à une prescription constitutionnelle. Aussi, affirmer que la mise en place de ce contrôle portait moins de conséquences sur la souveraineté parlementaire est d'une certaine manière contestable.

Privilégier la voie de l'exception sur le modèle américain revient, en effet, à reconnaître la possibilité aux tribunaux ordinaires et par conséquent, à tous les juges le pouvoir d'examiner la constitutionnalité d'une loi, ce qui pouvait aboutir à une censure de l'œuvre parlementaire. Instituer ce type de contrôle de constitutionnalité correspondait également à investir le juge d'un large pouvoir d'appréciation sur la loi. Or, le pouvoir judiciaire n'était pas nommé par les lois constitutionnelles de 1875 et il aurait fallu « déployer une très grande volonté pour le doter, en droit positif, d'attributions constitutionnelles⁹⁷ ». La Constitution de 1875 avait en effet placé le pouvoir judiciaire dans une position de subordination par rapport au pouvoir législatif, marquant ainsi une différence profonde avec le droit américain. Surtout, la conception révolutionnaire de défiance envers les juges ainsi que la dérive du régime vers l'absolutisme parlementaire étaient

93. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., t. 3, 1923, p. 648.

94. M. Hauriou, Notes sous CE *Winkel*, 7 août 1909, S., 1909, III, p. 14, et sous CE, *Tichil*, 1^{er} mars 1912, S., 1913, III.

95. J. Barthélémy, P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, *op. cit.* p. 225 et s.

96. M. Verpeaux, « Le contrôle de la loi par la voie de l'exception dans les propositions parlementaires de la III^e République », *RFDC*, n° 4 (1990), p. 698.

97. J. Barthélémy, P. Duez, *op. cit.* p. 226.

nécessairement incompatibles avec le contrôle de la loi. En d'autres termes, l'introduction du contrôle de constitutionnalité par la voie de l'exception supposait « de renverser l'ordre hiérarchique constitutionnel⁹⁸ » en conférant à tous les juges des prérogatives qui ne leur étaient pas attribuées par la Constitution, à savoir celles d'examiner et le cas échéant, de censurer l'œuvre du Parlement. Par conséquent, la crainte du « gouvernement des juges » se matérialisait davantage dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité par la voie de l'exception, par le biais d'un contrôle diffus, dans la mesure où la contestation de la loi pouvait intervenir devant n'importe quel juge et non devant un organe juridictionnel spécifiquement créé pour examiner la constitutionnalité d'une loi.

L'entrée en vigueur, le 1^{er} mars 2010, de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), a marqué une étape relativement à la question de l'introduction en France d'un contrôle de constitutionnalité par la voie de l'exception sur le modèle américain. Grâce à cette nouvelle procédure, il devient aujourd'hui possible de soumettre une disposition de droit positif au contrôle de constitutionnalité. Cependant, la réforme constitutionnelle et l'entrée en vigueur de la QPC démontrent qu'il est encore impossible en France d'instituer un contrôle de constitutionnalité sur le modèle américain. La QPC n'est, en effet, admise que comme une « question préjudicielle » et non comme une véritable « exception d'inconstitutionnalité ». L'article 61-1 de la Constitution énonce : « Lorsqu'à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction il est soutenu qu'une disposition législative, promulguée postérieurement à l'entrée en vigueur de la présente Constitution, porte atteinte aux droits et libertés que celle-ci garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, dans les conditions et sous les réserves fixées par une loi organique ». Le rôle du Conseil constitutionnel est précisé, il détient une compétence exclusive pour apprécier la constitutionnalité des lois. En d'autres termes, l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité en France a réduit à néant toutes les théories ou tentatives tendant à reconnaître aux juges ordinaires le pouvoir de contrôler la loi. De là à dire que le mythe de la loi souveraine et celui du gouvernement des juges n'ont pas disparu, il n'y a qu'un pas qu'il est difficile de ne pas franchir.

98. R. Carré de Malberg, *La Loi, expression de la volonté générale*, *op. cit.* p. 121.