

JEAN-FRANÇOIS AUBERT

**La Constitution
son contenu, son usage**

KURT EICHENBERGER

Sinn und Bedeutung einer Verfassung

Helbing & Lichtenhahn Verlag AG Basel

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Aubert, Jean-François:

La constitution – son contenu, son usage / Jean-François

Aubert. Sinn und Bedeutung der Verfassung / Kurt

Eichenberger. [Referate zum 125. Schweizerischen Juristentag].

– Basel; Frankfurt am Main: Helbing und Lichtenhahn, 1991

ISBN 3-7190-1195-X

NE: Eichenberger, Kurt: Sinn und Bedeutung einer Verfassung

Préface

En proposant une réflexion sur le sens et l'utilité de la Constitution, la Société Suisse des Juristes entend contribuer, dans son domaine, aux manifestations destinées à marquer le 700^e anniversaire de la fondation de la Confédération.

Car la Constitution fédérale est le ciment qui unit véritablement les pièces disjointes dont la Suisse est composée. Le pacte de 1291 ne réunissait que trois cantons. Mais tous ont adhéré aux valeurs exprimées dans notre Loi Fondamentale, qui en reste la garante indispensable et essentielle.

Une réflexion sur la Constitution au sens large s'impose d'autant plus que notre Constitution helvétique se trouve aujourd'hui confrontée à de nombreux défis.

Défis de l'époque moderne d'abord, qui font craquer de toutes parts le carcan de la Constitution historique, au point que sa révision totale a été envisagée.

Mais aussi défi nouveau et extraordinaire provenant d'un ordre juridique supra-national, qui tend à s'imposer de plus en plus au-dessus de la Constitution nationale, dont le rôle de „loi suprême du pays“ est remis en question. Déjà maintenant, dans certaines matières, le juge de dernière instance n'est plus un juge suisse.

Souhaitons que les travaux des deux éminents constitutionnalistes qui ont accepté d'être rapporteurs cette année servent à guider l'évolution nécessaire de la Constitution fédérale, dans le respect des valeurs qu'elle incarne.

Louis Dallèves
président de la Société Suisse des Juristes

ISBN 3-7190-1195-X

Bestellnummer 2101195

© 1991 Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, Basel

Umschlaggestaltung: Vischer & Vettiger, Basel

Table des matières

INTRODUCTION	15
CHAPITRE PREMIER.	
BREVE HISTOIRE DU MOT ET DE LA CHOSE.	17
1. Histoire du mot.	17
2. Histoire de la chose.	19
CHAPITRE II. LA NOTION DE CONSTITUTION.	28
A. <i>De la constitution en général.</i>	28
1. La constitution se rapporte à l'Etat.	28
2. La notion neutre de constitution.	30
3. De la distinction entre la matière et la forme.	33
4. De la constitution au sens formel.	37
a) Critères de la constitution formelle.	37
b) Primauté de la constitution formelle.	40
c) Finalité de la constitution formelle.	45
d) Présentation des constitutions formelles.	48
e) Typologie des constitutions formelles.	49
B. <i>De la constitution dans les régimes politiques pluralistes.</i>	52
1. Du pluralisme politique.	52
2. Des conditions du pluralisme politique.	53

B. De la constitution dans les régimes politiques pluralistes.

1. Du pluralisme politique.

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

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

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

véritablement disputées⁹¹. Il est vrai que cette vue optimiste ne correspond guère à la réalité. Dans la plupart des partis uniques, il y a une petite clique qui étouffe les manifestations d'indépendance. Mais c'est l'existence de cette clique, davantage que le caractère unique du parti, qui tue le pluralisme.

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

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

2. Des conditions du pluralisme politique.

a) Des conditions non juridiques.

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

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

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

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

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

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

– Il y a enfin l'explication qu'on pourrait, assez paradoxalement, qualifier de nationaliste. Dans certains Etats, le chef du parti unique motive en effet son souci d'unité par la crainte de voir éclater le pays si tous les habitants pouvaient voter comme il leur plaisait. Ici, le pluralisme est associé au tribalisme⁹², le tribalisme à la désagrégation de la nation.

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

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

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

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

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

75. L'explication nationaliste est peut-être de toutes la plus facile à comprendre. Il s'agirait de prévenir, par une forte centralisation, d'innombrables mouvements centrifuges. Mais justement, si c'est de cela qu'il s'agit, on pourrait penser qu'une structure étroitement unitaire, ouvertement antifédéraliste ("jacobine"), suffirait à maintenir ensemble les différentes parties de l'Etat⁹³. Est-il en outre nécessaire que le centralisme se confonde avec la dictature, est-il inconcevable que l'autorité centrale soit elle-même l'objet d'un concours, faut-il qu'elle soit abandonnée tout entière aux mains d'un chef unique et inamovible? Il est vrai que, près de chez nous, la France a subi Robespierre et les Bonaparte. Mais les trois expériences ont mal fini et leur échec même montre assez que l'idée de la nation ne réclame pas le sacrifice de la liberté. D'ailleurs, cette France moderne dont nous parlons a vécu deux cents ans de centralisation et moins de quarante ans d'absence de pluralisme (en y comptant encore le temps, tout à fait anormal et par conséquent peu significatif, de la seconde guerre mondiale): autre preuve que le souci d'unité ne justifie pas la dictature. Et puis tout le problème devrait être repris à la base: à supposer qu'une nation ne soit qu'une somme de tribus qui se détestent, on peut se demander si, passé un certain degré de haine, une telle "nation" a encore sa raison d'être. Là est le côté un peu paradoxal de l'argument. Sans doute n'est-il pas question que les autorités d'un Etat plient devant le premier mouvement de sécession, sinon le monde entier tomberait dans une agitation permanente. Mais, quand des signes répétés montrent que les diverses parties d'un pays ne désirent pas poursuivre la vie commune, est-il juste, est-il même utile de les contraindre à vivre ensemble?

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

b) Des conditions juridiques.

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

1) La protection des droits fondamentaux.

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

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

liberté⁹⁴, a pour conséquence que l'égalité juridique n'assure nullement l'égalité sociale et financière et que la compétition politique risque d'être faussée par la disparité des moyens engagés.

2) La division des pouvoirs.

79. La deuxième condition juridique du pluralisme est la division des pouvoirs. Si, en effet, tous les pouvoirs étaient concentrés dans une seule autorité, la liberté politique aurait bien un sens au moment où cette autorité est élue, mais elle serait ensuite mise en veilleuse jusqu'à l'élection suivante⁹⁵. Bien entendu, dans l'intervalle, la critique, de la presse par exemple, demeurerait possible, mais, pour ce qui est des actes de l'Etat, ils seraient, pendant plusieurs années, le fait d'une même majorité toute puissante. C'est dire que le pluralisme produira des effets plus constants si les pouvoirs sont partagés entre plusieurs autorités, élues ou nommées selon des modes différents, ou à des moments différents, ou à des niveaux différents. Or les procédés de partage ne manquent pas: garantie de l'indépendance des tribunaux, distinction entre un Parlement et un Gouvernement, division du Parlement en deux chambres, référendum populaire, fédéralisme, régionalisme, attribution de compétences aux municipalités. Tous ces procédés ont pour dénominateur commun d'augmenter les chances d'efficacité du pluralisme. Pour ne donner qu'un exemple: un Gouvernement libéral nomme des juges libéraux pour une longue durée; les élections politiques suivantes remplacent le Gouvernement libéral par un Gouvernement conservateur; mais ce Gouvernement conservateur trouve en face de lui un tribunal libéral.

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

⁹⁵ Selon la célèbre formule: "Le peuple anglais pense être libre, il se trompe fort: il ne l'est que durant l'élection des membres du parlement; sitôt qu'ils sont élus, il est esclave, il n'est rien", J.J.Rousseau, *Du contrat social*, livre III, chapitre XV. L'exemple est, à vrai dire, un peu forcé. A cette époque, les Anglais qui avaient le droit de vote étaient probablement plus libres que ne le voulait l'auteur.

3) Le respect des minorités.

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

3. Du rapport entre le pluralisme et la constitution.

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

a) Le pluralisme vivifie la constitution.

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

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

b) La constitution fortifie le pluralisme.

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

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

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

“Elle doit être la même pour tous” (art. 6 III). “La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires” (art. 8 I), etc. Preuve qu’aux yeux des rédacteurs, si la liberté était bien protégée par la loi, elle l’était encore mieux par une constitution supérieure à la loi⁹⁶.

86. L’examen des règles sur la division des pouvoirs nous conduit à une conclusion semblable. Certaines de ces règles trouvent assurément une garantie suffisante dans la forme de la loi: cette forme convient très bien, par exemple, à l’attribution de compétences à des communes. Mais il y a d’autres règles qui perdraient une partie de leur valeur si elles n’étaient pas passées dans une forme supérieure. Ce sont en particulier les règles qui visent le législateur dans ses rapports avec les autres organes de l’Etat. Une loi ordinaire du Parlement qui partagerait les compétences entre le Parlement et le Gouvernement ne donnerait au Gouvernement que des pouvoirs précaires, révocables en tout temps. Une loi du Parlement qui organiserait un référendum sur un sujet déterminé ne conférerait au peuple que le droit de donner un avis, puisqu’une autre loi du même Parlement pourrait ensuite prévoir le contraire de ce que le peuple a souhaité⁹⁷. On trouve aussi des exemples dans les rapports de type fédératif. Si la forme d’action supérieure, dans un Etat fédéral, est la loi votée par le Parlement fédéral, les compétences des Etats membres ne valent guère mieux que celles d’une municipalité⁹⁸. En résumé: si c’est le Parlement qui est le législateur ordinaire, la position juridique du Gouvernement, celle des

Etats fédérés, celle même du corps électoral⁹⁹ ne sont vraiment solides que lorsqu’elles sont fixées dans une constitution supérieure à la loi.

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

C. De la constitution dans les systèmes politiques complexes.

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

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

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

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

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

a) Des conditions non juridiques.	53
b) Des conditions juridiques.	56
1) La protection des droits fondamentaux.	56
2) La division des pouvoirs.	57
3) Le respect des minorités.	58
3. Du rapport entre le pluralisme et la constitution.	58
a) Le pluralisme vivifie la constitution.	58
b) La constitution fortifie le pluralisme.	59
 C. <i>De la constitution dans les systèmes politiques complexes</i>	61
1. Les Etats fédéraux.	62
2. Les communautés supranationales.	64
 CHAPITRE III. LE CONTENU DE LA CONSTITUTION.	68
1. Diversité du contenu des constitutions.	68
2. La partie instrumentale de la constitution.	71
a) Les règles sur la structure de l'Etat.	71
b) Les règles sur l'organisation de l'Etat.	73
c) Les règles sur la revision de la constitution.	75
3. La partie substantielle de la constitution.	75
a) Les garanties des droits des particuliers.	75
b) Les buts de l'Etat, les tâches de l'Etat, les mandats donnés par le constituant aux autorités constituées.	80
c) Les principes de l'action de l'Etat.	85
d) Les symboles de l'Etat.	86
4. Autres règles soustraites à l'action du législateur ordinaire.	86
5. Le contenu des constitutions suisses.	88
a) Le caractère formel des constitutions suisses.	88
b) Le contenu de la Constitution fédérale.	91
1) Le contenu classique.	91
2) Le contenu spécialement suisse.	93
3) Les projets de revision.	98
c) Le contenu des Constitutions cantonales.	101

CHAPITRE IV. L'USAGE DE LA CONSTITUTION.	106
1. La connaissance de la constitution.	106
2. La résonance de la constitution.	107
3. L'application de la constitution. Rôle de l'autorité politique et du juge.	107
4. L'application de la constitution dans ses différentes parties.	111
a) La structure.	111
b) L'organisation.	114
c) Les droits fondamentaux.	115
1) La conception constitutive des droits fondamentaux.	117
2) Les droits sociaux.	121
3) La coexistence de deux niveaux de protection.	124
d) Les buts, les tâches et les mandats.	127
e) Résumé.	132
f) Ce qui nous paraît souhaitable.	134
5. La constitution et la réalité politique.	136