

CONSTITUTIONS SOUPLES ET CONSTITUTIONS RIGIDES¹

I. LES CONSTITUTIONS DE ROME ET D'ANGLETERRE

Les constitutions des États romain et anglais ont été du plus grand intérêt pour le monde et elles ont exercé une grande influence sur lui. À partir d'une république installée sur les rives du Tibre, Cité dont les terres rurales alentours n'étaient pas plus grandes que Surrey ou le Rhode Island, s'est formé un Empire mondial dont la structure a conservé, jusqu'à sa fin, les grands traits des institutions ayant permis à la petite république, alors entourée d'une horde d'États hostiles, de se révéler être la plus forte de tous. En Angleterre, s'est développé le Second Empire mondial, d'un type entièrement nouveau, à partir d'une toute petite monarchie qui fut d'abord tribale puis féodale, alors même que cette forme ancienne de gouvernement, à partir d'une série de luttes et d'efforts guidés par un but semi-conscient, s'est transformée en un système monarchique qui n'a de monarchique que le nom. Ce système est devenu au XVIII^e siècle le point de départ de toute la philosophie politique moderne² et au XIX^e siècle, un modèle pour presque tous les projets de gouvernement libre et représentatif qui ont émergé aussi bien dans le vieux monde que dans de nombreux nouveaux pays.

Cependant, ce n'est pas seulement l'étendue de leur influence ni le fait que, comme la Constitution romaine avait influencé le monde ancien, la Constitution anglaise a influencé l'ensemble du monde moderne, qui justifie l'étude approfondie et renouvelée de ces deux systèmes. Les Constitutions sont l'expression d'un caractère national de la même manière que, réciproquement, elles modèlent le caractère de leurs nationaux ; et les mêmes raisons qui ont fait la grandeur de ces deux peuples ont fait la force et la richesse de leurs institutions politiques, particulièrement instructives de tout temps et pour toutes les nations. Il y avait au

¹ Le présent essai est issu de deux conférences prononcées en 1884. Les termes « souple » et « rigide » ont été proposés pour les deux sortes de Constitutions décrites. Il a été élaboré, révisé et actualisé, mais il reste inchangé en substance.

² L'intérêt suscité par la Constitution anglaise chez Montesquieu peut être comparé avec celui que Polybe a manifesté pour la Constitution de Rome.

Ve siècle av. J.-C. des centaines de communautés politiques [Commonwealths] dans les pays méditerranéens disposant de formes républicaines de gouvernement, nombre d'entre elles présentant des caractères communs avec Rome. Il existait au XIVe siècle plusieurs monarchies européennes semblables par leur structure constitutionnelle à celle de l'Angleterre et qui semblaient promettre tout autant de liberté et de richesse. De ces républiques, seule Rome a survécu, détruisant ou absorbant toutes les autres. De ces monarchies, l'Angleterre est la seule qui, à la fin du XVIIIe siècle, soit devenue un système à la fois étendu et fort, assurant à la fois l'ordre public et la liberté de chaque citoyen, et dans lequel le peuple pouvait faire entendre sa voix et influencer le déroulement de la politique nationale. Les autres connurent le despotisme ou restèrent en comparaison arriérés et sous-développés. Par conséquent, lorsque la marée de la conquête napoléonienne s'est retirée, les peuples du continent européen qui commencèrent à s'essayer à la mise en place de Constitutions libres, trouvèrent dans celle de l'Angleterre le meilleur modèle à suivre et tentèrent d'adapter ses principes dans leur propre situation.

Mais c'est encore dans un sens plus profond que l'Angleterre est la mère des gouvernements libres. Même si elle n'a pas, à l'instar de Rome, étendu son système de gouvernement jusqu'à ce qu'il embrasse le monde entier, elle l'a reproduit aux endroits de ses possessions océaniques où ses enfants se sont montrés capables de se gouverner eux même. Des modèles réduits de la Constitution britannique ont ainsi été créés dans dix-sept colonies autonomes. En Amérique du Nord, sept d'entre elles se sont unies dans une Fédération dont la structure gouvernementale est d'origine britannique. En Australie, six autres ont été également regroupées dans un autre système de gouvernement fédéral non moins distinctement britannique. Et une république indépendante, beaucoup plus large par sa population que toutes ces colonies réunies, a reproduit moins précisément, mais dans leurs grandes lignes, les principes des institutions de la mère patrie sans en conserver la forme. Par conséquent, c'est vers Rome et l'Angleterre que le regard de celui qui étudie les constitutions politiques se tournera le plus souvent. Elles représentent les exemples les plus remarquables de vie politique ordonnée, respectivement pour l'ancien et pour le nouveau monde. Et quiconque voudrait s'essayer à classifier les Constitutions et consigner les traits distinctifs de leurs principales sortes trouvera que les illustrations proviennent le plus souvent et le plus pertinemment de Rome et d'Angleterre³.

³ Concernant les pays ou nations dans lesquelles on peut soutenir l'existence d'une Constitution au sens propre, se reporter à la Note à la fin de cet essai.

II. LA CLASSIFICATION TRADITIONNELLE DES CONSTITUTIONS

La classification ancienne des Constitutions qui est parvenue jusqu'à nous, est fondée sur la distinction entre le droit écrit et le droit non écrit, qui est elle-même une distinction mal formulée et qui prête à confusion, parce que le *ius non scriptum* est censé désigner les coutumes : et lorsque les coutumes sont consignées par écrit, elles ne peuvent que difficilement continuer d'être considérées comme « non écrites ». Cette classification propose de ranger dans la catégorie des Constitutions écrites toutes ces Constitutions qui sont expressément exposées dans un document ou un ensemble de documents dotés d'une importance particulière ; de même, sont classées dans la catégorie des Constitutions non écrites, celles dont la naissance [began] ne résulte pas d'un accord formel, mais de la pratique [usage]. Ces usages qui vivaient dans les souvenirs des hommes et qui, même quand ils ont été dans une grande mesure définis et mis à l'abri de l'erreur par leur mise par écrit, sont entendus comme renfermant le produit de l'observation des hommes, et ces derniers continueront vraisemblablement de les observer, mais non de la même manière que lorsqu'ils se lient formellement par une loi.

Cependant, le choix de ces termes n'est pas totalement satisfaisant, bien que la distinction qu'ils visent à établir corresponde à une distinction tout à fait réelle. La ligne distinctive entre les deux types de Constitution qu'ils essaient d'établir est une ligne qui n'est ni claire, ni nette, car dans toutes les Constitutions écrites il existe et il doit y exister, comme nous le verrons dans le présent essai, un élément de pratique non écrite ; tandis que dans ces prétendues Constitutions non écrites, on a tendance à considérer comme obligatoire la trace écrite de la coutume ou du précédent. Ces traces écrites équivalent presque une loi formellement adoptée. De surcroît, les Constitutions non écrites, bien qu'elles se soient formées à partir de coutumes, contiennent pourtant toujours des lois. En outre, ces noms, qui se fondent sur une distinction superficielle, ignorent une autre distinction proposée par le présent essai. Essayons donc de trouver une meilleure classification.

Si nous examinons les Constitutions en général, dans le passé ainsi que dans le présent, nous constaterons qu'elles correspondent à l'un ou l'autre de ces deux types constitutionnels principaux. Comme elles connaissent un développement qui leur est propre, elles en diffèrent à la fois dans leur forme et dans leur contenu. Elles se composent d'une variété de textes spécifiques ou d'accords d'époques différentes, qui peuvent provenir de sources diverses, mélangés avec des règles coutumières issues exclusivement de la tradition ou d'un précédent, auxquelles on accorde une autorité pratiquement égale. D'autres Constitutions sont l'œuvre d'un travail conscient, c'est-à-dire qu'elles résultent d'un effort

volontaire de la part de l'État d'établir une fois pour toutes un corps de règles cohérentes sous lesquelles son gouvernement devrait être établi et conduit. De telles Constitutions sont souvent composées d'un acte juridique – et parfois même de plusieurs – solennellement édicté et dont la forme et le titre le distinguent des lois ordinaires. On pourrait qualifier provisoirement ces deux types de Constitution, de primitif (Old) et de moderne (New), car toutes les constitutions anciennes et médiévales de même que certaines constitutions récentes appartiennent au premier type tandis que la plupart des Constitutions modernes appartiennent au second type. Cette distinction correspond à peu près à celle qui est établie en Angleterre et en Amérique entre la Common Law et la loi écrite ou à la distinction romaine entre *ius* et *lex* de sorte que l'on pourrait décrire ces deux types, respectivement, comme les Constitutions de Common Law et les Constitutions de droit écrit (Statutory Constitution). Pourtant la frontière entre ces deux types n'est pas toujours très claire. Dans les pays dotés des Constitutions de type Common Law, les lois sont souvent adoptées en déclarant, en modifiant, ou même en éteignant une pratique antérieure qui supplante ou remplace en partie, potentiellement larges, des maximes de *Common Law* de sorte que finalement, la plupart des règles essentielles (leading rules) soit consignée dans quelques grandes lois. D'autre part, les Constitutions de droit écrit (Statutory Constitutions) se sont vu appliquer par le biais de l'interprétation, délimitées par les décisions, étendues ou malmenées par la coutume, de sorte qu'après un certain temps, ce n'est plus la lettre du texte qui est le vecteur principal de leur effet. Il est donc souhaitable de parvenir à un test ou à un critère plus précis et plus fin grâce auxquels on pourrait distinguer les deux types de constitution qui viennent d'être décrits en des termes généraux.

III. PROPOSITION D'UNE NOUVELLE CLASSIFICATION DES CONSTITUTIONS

Un tel critère pourrait être identifié dans la relation que chaque Constitution entretient avec les lois ordinaires de l'État et avec l'autorité ordinaire qui promulgue ces lois. Certaines Constitutions, y compris toutes celles qui appartiennent au type ancien ou de Common Law, sont au même niveau que toutes les autres lois du pays, qu'elles existent exclusivement sous la forme des lois ordinaires ou sous la forme de décisions enregistrées, définissant ou confirmant une coutume. Les Constitutions de ce type proviennent des mêmes autorités qui élaborent les lois ordinaires et elles sont promulguées ou abrogées de la même manière que ces lois ordinaires. Dans ce cas, le terme « Constitution » ne désigne rien de plus que toutes celles parmi des lois et des coutumes du pays qui déterminent également la forme et l'organisation de son système politique. Et (comme il apparaîtra plus bas), il est souvent difficile de dire d'une loi particulière si elle fait partie ou non de la constitution politique.

Les autres Constitutions, la plupart d'entre elles appartient au genre nouveau ou de droit écrit (statutory class), se situent au-dessus des autres lois du pays qu'elles régissent. Le (ou les) actes juridiques dans lesquels une telle constitution s'incarne, émanent d'une source distincte de celle des autres lois, sont abrogés d'une manière différente et possèdent une autorité supérieure à elles. Elle est adoptée, non par l'autorité législative ordinaire, mais par une personne ou un corps en quelque sorte supérieur ou spécialement habilité. Si elle est susceptible de changer, elle ne peut être modifiée que par cette autorité ou par cette personne spéciale ou ce corps spécial. Lorsque l'une de ses dispositions est en conflit avec une quelconque disposition de la loi ordinaire, elle prévaut et la loi ordinaire doit être écartée. Tels sont les critères, tantôt politiques, tantôt juridiques qui permettent de différencier ces deux types de Constitutions ; et malgré le fait que dans certains cas, la question de l'appartenance de la constitution d'un État particulier à l'une ou l'autre des catégories serait complexe, il reste que les critères juridiques applicables seront clairs et précis. Dans un État doté d'une Constitution du premier type - primitif -, toutes les lois (à l'exclusion bien évidemment des règlements, des arrêtés municipaux, etc.) sont du même niveau et exercent la même force. Il y a, par ailleurs, une seule autorité législative qui dispose de la compétence d'adopter des lois dans toutes matières et à toutes fins. En revanche, dans le cas d'une Constitution du deuxième type - moderne - on peut observer deux types de lois, l'un étant supérieur à l'autre, et disposant d'une autorité universelle (and more universally potent) ; et il existe également deux autorités législatives, la première est capable de légiférer à toutes fins utiles et la seconde, inférieure, est capable de légiférer seulement dans la mesure où l'autorité supérieure lui a donné le droit et la mission de le faire.

Quelques exemples illustreront mieux la différence entre ces deux types de constitution. À Rome, pendant le deuxième siècle av. J-C., il n'y avait qu'un seul type de promulgation. Toutes les *leges*, adoptées par une assemblée générale (soit par *comitia centuriata* soit par *comitia tributa*) étaient du même degré de généralité et avaient la même force. Il n'y avait qu'une seule autorité législative, le peuple votant dans les *comitia*. Depuis plusieurs siècles, en Angleterre, il n'a existé qu'une autorité législative, autrement dit, le Parlement, qui est l'institution suprême et dont les actes disposent d'une force obligatoire pour tous les citoyens, partout dans le pays. En Angleterre, par conséquent, les lois dites constitutionnelles diffèrent de toutes les autres lois seulement à raison de leur contenu, mais n'appartiennent pas pour autant à un ordre supérieur. Chacune de ces lois, même si on a l'habitude d'appeler l'ensemble qu'elles forment « la Constitution britannique », est susceptible d'être modifiée par l'autorité législative ordinaire à tout moment, comme toutes les autres lois. En d'autres termes, il n'existe aucune différence que ce soit au niveau de la forme juridique ou du degré d'autorité entre une loi (Act) réglant la construction d'un chemin de fer de Manchester à Liverpool et une autre prolongeant le suffrage électoral à tous les ménages ou une loi émancipant l'Église épiscopale Protestante en Irlande. Toutefois, le cas est

différent en Suisse et en France. La Constitution de la Confédération suisse est un document qui fut adopté par le peuple, et tout amendement doit être adopté de la même manière tandis que les lois ordinaires sont promulguées, au contraire, par la législature fédérale des deux chambres⁴. La Constitution actuelle de la République française fut édictée par les deux Chambres réunies et siégeant en Assemblée constituante et ne peut être révisée que par ces deux Chambres réunies à cette fin, après que chacune d'elles a décidé indépendamment de la nécessité de la révision, tandis que les lois ordinaires sont adoptées par les deux Chambres siégeant séparément. Il y a donc une distinction en Suisse comme en France quant à l'autorité qui édicte les normes, et quant à la qualité et la force des lois édictées, la loi appelée Constitution étant entièrement supérieure aux autres, adoptées par le corps législatif en session ordinaire.

Ce qui détermine dans le cas de chaque État du second type, moderne, l'autorité suprême compétente pour promulguer une constitution dépend des dispositions de chacun de ces systèmes. Cela peut être le peuple tout entier, s'exprimant à travers, ce qui est parfois maladroitement appelé, un plébiscite. Cela peut aussi être une assemblée spécialement élue à cet effet qui se dissout lorsque sa tâche est accomplie. Cela peut être aussi différentes assemblées locales, se prononçant chacune séparément sur le même acte juridique qui leur est soumis. Cela peut être, comme en France, le corps législatif ordinaire siégeant de manière particulière, requérant une majorité qualifiée, ou votant de manière concordante lors de plusieurs lectures successives à intervalles réguliers. Toutes ces questions sont d'importance mineure. Le point essentiel est qu'au sein d'États dotés de Constitutions modernes, cette loi suprême ou fondamentale, appelée Constitution, prévaut sur toutes les lois ordinaires et ne peut pas être modifiée par l'autorité législative ordinaire.

J'ai cherché dans de nombreux domaines afin de trouver des termes, des termes nécessairement métaphoriques, qui conviendraient pour décrire ces deux types de Constitution. Elles pourraient être qualifiées d'animée (Moving) et d'inanimée (Stationary) car les Constitutions primitives ne sont jamais arrêtées (at rest), mais connaissent toujours une sorte d'évolution, bien que légère, au cours de l'activité législative ordinaire, alors que celles modernes demeurent immuables et inchangées. Les premières pourraient encore être vues comme fluides (Fluid) et les autres comme solides (Solid) et cristallisées (Crystallized). Quand un homme souhaite changer⁵ la composition d'un liquide, il verse dedans un autre liquide ou dissout un solide dans le liquide et agite la solution pour la mélanger. En revanche, celui qui souhaite modifier la composition d'un solide doit d'abord le dissoudre ou le faire

⁴ Il ne semble pas nécessaire dans le cadre de la réflexion en cours de développer la complication, créée en Suisse par le recours à la voie référendaire pour les lois ordinaires.

⁵ C'est-à-dire modifier mécaniquement et pas nécessairement chimiquement.

fondre et, après l'avoir fait passer à l'état liquide ou gazeux, doit ensuite le mélanger ou en extraire (selon le cas) l'autre substance. L'analogie entre ces deux procédures et celles par lesquelles une constitution primitive et moderne sont respectivement modifiées pourrait justifier ces appellations. Toutefois, il y a aussi une autre métaphore plus simple qui, même si elle ne semble pas complètement parfaite, paraît plus préférable dans son ensemble. Les Constitutions primitives pourraient être qualifiées de flexibles (Flexible), parce qu'elles ont une certaine élasticité, qu'elles peuvent être infléchies et changées dans leur forme tout en gardant leurs principales caractéristiques. Les Constitutions modernes ne le peuvent pas, car leurs dispositions sont fixes et figées. Par conséquent, elles pourraient être qualifiées de constitutions rigides (Rigid constitutions) : je propose donc d'utiliser ces deux appellations pour les besoins de cette étude. Et si les caractéristiques des deux types n'ont pas encore suffisamment été clarifiées par ce qui a déjà été dit, elles le deviendront probablement par la suite, grâce à un examen plus approfondi, auquel nous allons à présent nous livrer.

Je commence par les Constitutions souples, non seulement parce qu'elles sont plus familières aux étudiants d'histoire romaine ainsi qu'aux Anglais, mais aussi parce qu'elles précèdent chronologiquement les autres. Elles sont en effet les seules Constitutions que le monde ancien ait connues. Bien qu'en l'absence du fameux traité d'Aristote « La Politique », nous savons relativement peu de choses sur la majorité de ces constitutions, même des plus célèbres cités grecques (à l'exception d'Athènes) et pratiquement rien au sujet des autres, à l'exception de Rome et de Carthage, il existe certaines raisons, que nous allons donner, expliquant pourquoi on peut supposer sans risque que la totalité d'entre elles s'apparentait au type flexible. Mais elles sont devenues rares dans le monde moderne. À l'exception des pays gouvernés par des régimes despotiques, comme la Russie, la Turquie et le Monténégro, il y a seulement trois pays européens, le Royaume-Uni, la Hongrie — dotée d'une ancienne Constitution très intéressante, présentant des analogies remarquables avec celle de l'Angleterre — et l'Italie, dont la Constitution, établie à l'origine dans un seul document, a été tellement modifiée par la législation qu'on pourrait même penser qu'elle appartient au type de la Constitution flexible. Partout ailleurs qu'en Europe, toutes les Constitutions sembleraient rigides.

Pourtant, sur ce point-ci, une objection préalable mérite d'être examinée. Est-il juste de parler d'une Constitution tout court pour tous les États qui, comme Rome et l'Angleterre, ne font aucune distinction formelle et technique entre les lois des différents types ? Puisqu'il n'y avait à Rome et aujourd'hui en Angleterre qu'une seule autorité législative, dont toutes les lois tirent une force égale, comment distinguer celles qui forment le cadre du gouvernement de celles qui comportent des détails mineurs relatifs à l'administration ? Le grand « Reform Act » de 1832 par exemple — ainsi que les lois de réforme parlementaire de 1867 et de 1884 — était clairement une loi constitutionnelle. Pourtant, il contenait seulement des dispositions mineures qui en aucun cas ne pouvaient être considérées comme fondamentales, et certaines

d'entre elles furent bientôt modifiées par d'autres lois qui peuvent difficilement être considérées comme constitutionnelles. Il existe beaucoup de lois, comme le « Municipal Reform Act » de 1834 (auquel j'ajouterais le « Local Government Act » de 1888 et 1894), pour lesquelles il semble vraiment difficile de déterminer s'ils sont ou non de nature constitutionnelle ; en outre, il y a également des lois qui ne pourraient pas être appelées constitutionnelles (comme le « Scottish University Act » de 1852) qui ont en réalité modifié un acte constitutionnel capital tel que l'« Act of Union with Scotland » (3 Anne, c. 6, art. XXV).

L'objection consiste donc à dire qu'on ne peut pas faire une distinction technique entre les lois constitutionnelles et les autres lois. Il n'y aurait pas eu de Constitution romaine à proprement parler. Et il n'y aurait pas de Constitution britannique. C'est-à-dire qu'il n'est pas possible d'identifier nettement des lois fondamentales, définissant et distribuant les pouvoirs du gouvernement, le mode de création des autorités publiques, les droits et les immunités des citoyens. Ce qu'on appelle la Constitution de l'Empire Romain et ce qu'on appelle actuellement la Constitution du Royaume-Uni, est en effet une masse de précédents portés par la mémoire des hommes ou consignés par écrit, ainsi que des opinions de juristes ou d'hommes d'État, de coutumes, d'usages, de compréhensions et de croyances qui impriment leur marque sur les méthodes de gouvernement, avec un certain nombre de lois. Certaines d'entre elles règlent des affaires de moindre importance tandis que d'autres relèvent tant du droit privé que du droit public. Pratiquement toutes ces lois supposent l'existence de précédents et de coutumes avec lesquels elles peuvent aller jusqu'à se fondre. Elles font de plus toutes l'objet d'une sorte de développement parasite d'actes juridiques et d'habitudes politiques, sans lesquelles celles-ci seraient inapplicables ou à tout le moins appliquées de manière étrangère à leur nature. Même le recensement le plus habile (de cette masse de précédents, portés par la mémoire des Hommes ou consignés par écrit) ne pourrait pas en dresser une liste exhaustive sans qu'elle ne soit infirmée par les Constitutions romaine et britannique, où la Constitution de ces deux États s'incarne dans les lois (statutes) : et même si une telle liste était préparée, elles échoueraient, car les lois ainsi classées ne pourraient pas rendre compte de certaines doctrines et règles capitales. Par exemple, une liste de lois de cette sorte en Grande-Bretagne ne contiendrait rien sur le Cabinet et très peu sur les relations entre la Chambre des Communes et la Chambre des Lords. Aucune lumière ne serait apportée sur des sujets comme le contrôle de la Chambre des Communes sur les affaires étrangères, ou l'obligation ou le droit de la Couronne de passer outre l'avis de ses ministres dans certaines situations. Malgré tout, les lois forment la partie la plus claire et la plus accessible de ce qui forme la constitution britannique. Ces autres règles dont nous avons parlé sont, de par leur nature, très vagues et indéterminées, insusceptibles de rentrer dans une classification, et très

souvent il est impossible de les fixer dans des règles arrêtées⁶. Une partie d'entre elles est déjà obsolète, ou est en passe de le devenir. L'autre partie est sujette à controverse entre différentes écoles de juristes ou d'historiens. La même chose était vraie de Rome, car il semble qu'aucune loi ne définissait le pouvoir des consuls, ni leur relation avec le Sénat, ni ne fixait de limites à l'autorité quasi législative de ce grand magistrat qu'était le Préteur. Les pouvoirs du Sénat étaient très loin d'être établis, et au temps de Cicéron la question de savoir si ses décrets avaient ou non une valeur juridique⁷ faisait l'objet d'un débat constitutionnel ; et les hommes ont pris l'un ou l'autre des deux camps selon leurs tendances politiques, tout comme en Angleterre les avis se sont partagés sur la compétence de la Chambre des Lords à l'occasion des projets de loi de finances.

Aujourd'hui, les faits mentionnés ici semblent sans doute assez évidents pour tout avocat anglais et pour tous ces profanes ayant un tant soit peu de connaissances historiques et juridiques. Il en va autrement pour le sens commun, pour lequel le terme Constitution semble désigner quelque chose de bien défini et de positif. Une grande partie de la présente discussion sur le danger d'une altération de la Constitution britannique⁸ semble provenir de la conception selon laquelle le nom représente une chose concrète, un corps défini, vérifiable et positif, de règles posées noir sur blanc. Les Romains n'avaient pas de mot pour décrire ce qu'on entend par « Constitution ». Même pendant les derniers jours de la République, Cicéron devait utiliser des termes comme *forma* ou *ratio* ou *genus rei publicae* ou *leges et instituta* ; et ce qu'on appelle « droit constitutionnel » apparaissait aux yeux des juristes de l'Empire comme *ius quod at statum rei Romanae spectat*⁹.

Pourtant, l'objection que nous avons envisagée provient de malentendus pouvant naître du mot « Constitution », et non de son usage, pour peu qu'un tel mot soit indispensable. La chose existe et, par conséquent, il faut un mot pour la nommer. Une chose n'en sera pas moins réelle si on ne peut pas en définir ses contours. Une colline est une colline et une plaine est une plaine même s'il paraît difficile de fixer le point où la colline se transforme en plaine. L'ensemble des lois et des coutumes qui conditionnent la vie politique d'un État pourrait très bien être qualifié de constitution ; même des expressions encore plus vagues, comme « Esprit de la Constitution » ou « Principes de la Constitution », peuvent être correctement employées, puisqu'elles aussi décrivent une qualité générale ou une tendance qui transcende l'ensemble des lois et des coutumes qui règlent un État. Ces expressions, aussi, confèrent à cette masse

⁶ Ce point-ci était analysé pour la première fois avec une rigueur admirable par M. Dicey dans son œuvre *Law of the Constitution*.

⁷ V. en ce sens : Essai XIV, vol. II, p. 304.

⁸ J'ai décidé de garder ces lignes, même si elles s'appliquaient davantage en 1884 qu'en 1900, où les changements importants intervenus pourraient réduire les arguments soutenus sur le danger de modifier la Constitution.

⁹ Ulpian, *Digest*, i, I, 2.

(de précédents) une nature différente de celle des Constitutions des autres États ; tout comme chaque nation a un Caractère National (National Character), même s'il est plus facile de reconnaître ce caractère que de le définir.

IV. L'ORIGINE DES CONSTITUTIONS SOUPLES

Essayons maintenant d'envisager l'histoire et les attributions des Constitutions souples. On a déjà observé qu'elles sont plus anciennes que les Constitutions rigides. On pourrait supposer que tel est le cas parce que ces Constitutions sont les plus compatibles avec une conception encore rudimentaire de la société. Parce qu'elles dérivent de la Coutume, source première du droit, elles sont la plus simple et la plus évidente forme que la société politique puisse adopter. Cette observation semble vraie, mais elle ne peut pas toutefois expliquer complètement ce phénomène.

Une Constitution proprement dite est un cadre de société politique organisée par et à travers la loi. En d'autres termes, il s'agit d'une société où la loi établit des institutions permanentes avec des fonctions déterminées et des droits définis. On peut trouver de telles formes de sociétés politiques organisées tout d'abord en petites communautés, soit Urbaines comme les Cités États Grecques, soit Rurales comme celles de l'Angleterre des premiers temps ou de la Suisse médiévale. Chaque fois qu'on examine les communautés importantes des premiers temps de la civilisation comme l'Égypte, l'Assyrie, le Pérou ou la Russie du XVI^e siècle, nous constatons que l'organisation politique primitive est devenue despotique¹⁰ sans apparemment passer par le stade intermédiaire d'une monarchie plus ou moins limitée. En réalité, dans une petite région, les gens s'organisent souvent eux-mêmes sous la forme d'une communauté organisée en investissant une assemblée de citoyens d'une autorité juridique. Le *Folk Mot* de nos ancêtres teutons, comme le *Landesgemeinde* de *Uri* ou *Appenzell* qui subsiste encore, représente sous la forme d'une communauté rurale, ce que l'*αγορά* représentait dans la Grèce d'Homère, ce que l'*εκκλησία* représentait au sein des Cités Grecques postérieures, et ce que le *comitia* représentait à Rome ; je pourrais aussi ajouter ce que (dans un sens plus rudimentaire) l'assemblée populaire représente aujourd'hui en Albanie et ce qu'une assemblée similaire dite *Pitso*, représente parmi les *Basuto* et les *Bechuana Kafirs*. Les assemblées semblables à celle de la ville de *New England* sont des assemblées

¹⁰ J'utilise ici le terme « despotisme » pour des raisons de simplicité, mais aucun régime monarchique n'est absolument despotique, à l'exception peut-être durant des périodes de violence ; cela est dû au fait que les monarques sont toujours responsables devant l'opinion publique et d'autant plus lorsqu'ils sont aussi les dirigeants d'une quelconque tribu ou d'une armée. La réelle distinction se situe entre les gouvernements encadrés soit par un sentiment religieux consacrant d'anciens usages et par la peur d'une insurrection, soit par des institutions bien implantées et des règles juridiques. En ce qui concerne la Russie, on pourrait constater que même si elle n'est pas dotée d'une Constitution au sens propre, trois Lois fondamentales de l'Empire sont censées exister – celle qui déclare le pouvoir autocratique du souverain, celle qui exige de ce dernier d'être membre de l'Église Orthodoxe de l'Est et enfin celle qui fixe les règles de succession au trône.

primaires et non représentatives. Elles rassemblent la totalité des hommes libres au sein de la communauté, bien que, pendant leurs premiers stades, c'était plutôt, dans la pratique, les hommes influents qui déterminaient l'action globale de l'assemblée. Ils adoptent des lois telles qu'il en existe. Toutes les assemblées mentionnées ici, représentant non seulement l'autorité suprême, mais aussi la seule autorité législative, peuvent à tout moment modifier les lois jugées fondamentales, si bien sûr de telles lois existent, car les communautés les plus anciennes restent au stade de la pure coutume et n'arrivent pas jusqu'au concept de loi fondamentale. Que leur système de gouvernement soit formellement incorporé dans un ensemble de lois spécialement importantes ou, comme c'est plus souvent le cas, qu'il soit sous-tendu par un certain nombre d'actes liés et complétés par des usages, ce système demeure au même niveau que les autres lois ou usages, puisqu'il est l'émanation d'une même source : d'une assemblée primaire gouvernante. Ce n'est qu'à partir du moment où le développement du système représentatif a rendu familière la distinction entre l'autorité du peuple lui-même et celle de leurs représentants, que de véritables Constitutions Rigides sont apparues ; car ce n'est qu'à partir de ce moment-là que se présente une méthode de production de lois qui devront être supérieures aux lois ordinaires créées par le corps législatif. Par conséquent, que ce soit en Grèce ancienne, en Italie, ou encore dans l'Europe médiévale, l'Assemblée Primaire fonctionne pour quelque temps et peut créer par son action permanente ce qui est pratiquement une Constitution (c'est-à-dire un ensemble de règles établies incarnant et dirigeant l'exercice du Gouvernement), avant que l'idée d'une constitution politique ordinaire (regular) n'émerge. Cette idée vient à exister lorsque les juristes, au cours de l'évolution de la pensée politique et de la science du droit, commencent à distinguer entre d'un côté, les lois et les coutumes qui concernent la structure de l'État et la gestion de ses affaires et de l'autre, celles qui concernent d'autres matières comme les droits civils des individus ; et également lorsqu'ils distinguent les règles et les usages qui sont fixés et établis, parce qu'ils sont généralement observés et régulièrement appliqués à des faits récurrents, des décisions particulières prises dans des cas particuliers. En ce sens, les Romains auraient pu commencer à sentir qu'ils disposaient d'une constitution même avant la conquête totale de l'Italie. Nos ancêtres anglais sont arrivés au même niveau de conscience au cours du XIVe siècle, lorsque les précédents politiques ont commencé à attirer l'attention et que le Parlement, alors corps représentatif et en cette qualité habilité à parler au nom de la nation, avait définitivement établi ses droits contre la Couronne¹¹. La *Confirmation des Chartes* ainsi que le statut *De Tallagio non Concedendo* de 1297 sont souvent considérés comme les

¹¹ L'histoire d'Angleterre illustre bien ce qui est ici soutenu sur les petites et les grandes communautés. Le *Folk Mot* des Saxons de l'Ouest lorsqu'il est devenu le *Magnum Concilium* de l'ensemble d'Angleterre, même s'il restait une assemblée primaire en théorie, n'était presque plus une réunion des tous hommes libres. Celui-ci ne pouvait continuer à incarner et sauvegarder les droits constitutionnels du peuple que par l'invention postérieure de la représentation, qui l'a transformé en une assemblée virtuellement Populaire, et non plus en une Assemblée Primaire.

fondements de la constitution anglaise pleinement établie. Néanmoins, il serait peut-être préférable de choisir comme point de départ la résistance du Parlement contre le Roi Édouard III, soixante ans plus tard. En tout cas, le langage utilisé par le *Chief Justice* Fortescue (sous le règne d'Henri VI) montre que les lignes directrices de la Constitution étaient devenues très claires à cette époque-là. Une fois arrivé à cette étape, des efforts sont parfois entrepris pour doter ces règles constitutionnelles, ou certaines d'entre elles, d'un degré exceptionnel de force et de permanence. Ces règles peuvent être incorporées au sein d'un document d'une inviolabilité spéciale ; ou elles peuvent être protégées par des serments. Toutefois, la création d'une véritable Constitution Rigide intervient dans une phase postérieure, lors de l'apparition d'un système représentatif. Je dois à présent en revenir à l'étude des causes qui la produisent.

V. AVANTAGES ET FAIBLESSES DES CONSTITUTIONS SOUPLES

Les termes « souple » (flexible) ou « changeant » (fluid) que je propose pour les Constitutions de ce type impliquent que celles-ci ne sont pas stables, et n'ont aucune garantie d'immuabilité et de permanence. Elles se trouvent dans un état d'évolution perpétuelle, comme la rivière d'Héraclite, dans laquelle personne ne peut se baigner deux fois. Non seulement de nouvelles lois sont adoptées continuellement et peuvent plus ou moins affecter ces constitutions, mais leur propre fonctionnement peut quotidiennement mener à leur transformation. De même que la personnalité de chaque homme change peu à peu chaque jour à raison de ses propres actions, de ses réflexions, des émotions que chaque nouvelle expérience de la vie fait naître, de même, chaque décennie influençait-elle la constitution de Rome et continue d'influencer la Constitution d'Angleterre, celle-ci étant un peu différente à la fin d'une période, même courte, de ce qu'elle était à son début. Même une politique volontairement conservatrice ne peut pas arrêter ce processus de variation. Si le changement n'apparaît pas pendant un temps dans les lois, celui-ci reste en maturation dans la pensée des hommes et peut avoir des répercussions d'autant plus violentes qu'il va se traduire dans la législation. Un changement (réaction), tel que celui mené par Lucius Cornelius Sylla à Rome ou même celui qui a suivi la chute du Protectorat Cromwellien en Angleterre, peut se montrer aussi fécond en termes de changements qu'une période révolutionnaire. Le passé ne peut jamais être oublié étant donné que son souvenir contribue à déterminer l'avenir, et les mesures prises afin de restaurer un *statu quo ante* contiennent toujours de nombreux éléments qui ne faisaient pas partie de ce *statu quo ante*, mais qui sont nouveaux et eux-mêmes sources d'autres nouveautés. Les seuls cas dans lesquels on peut considérer que l'évolution constitutionnelle s'est arrêtée sont ceux où une oligarchie, comme à Venise ou dans quelques cités suisses du bas Moyen-âge, obtient le contrôle du gouvernement et, en effaçant de l'esprit et des usages la liberté, entrave le processus naturel du mouvement et du développement

jusqu'à ce qu'un voisin puissant renverse cet État ou que les changements économiques internes provoquent une révolution. Même sous un régime despotique, le système de gouvernement change insensiblement d'un siècle à l'autre, comme ce fut le cas de l'ancienne monarchie française et plus récemment d'un peuple aussi inactif que les Turcs. Cependant, les systèmes despotiques, comme il est difficile de considérer qu'ils sont constitutionnels, ne feront pas partie de la présente étude.

La situation étant celle-ci, il paraît naturel de présumer que ces constitutions Souples (prétendues « non écrites »), puisqu'elles ont été adoptées par l'autorité législative ordinaire et sont modifiables par ce dernier, et qu'elles ne se trouvent dans aucun acte juridique particulièrement sacré, seront en réalité fréquemment et largement modifiées et seront également très rapidement transgressées en pratique, si bien qu'elles n'offrent pas une garantie suffisante de l'ordre public et de la protection des droits privés.

Cependant, ce postulat ne résiste pas à l'épreuve des faits. Revenons à nos deux exemples topiques, Rome et l'Angleterre. La Constitution Romaine est le cas extrême d'un Cadre (Frame) de Gouvernement susceptible d'être modifié par une voie des plus simples et des plus rapides. Rien d'autre n'était exigé si ce n'est le vote de la *comitia* sur proposition d'un magistrat compétent, entériné par le silence des tribuns. Il n'existe aucun doute sur la faculté de chaque tribun à paralyser l'action de la *comitia* mais cependant, au sein d'une communauté comme celle de la dernière période républicaine romaine, il devait être facile pour tous ceux qui souhaitaient effectuer des changements d'y « parvenir » ou de destituer un tribun gênant. Pourtant, la Constitution de Rome, sur le plan juridique, n'a que relativement peu changé pendant les trois siècles intervenus entre les lois de Licinius et l'époque de Sylla, car la plupart des détournements des usages anciens qui, comme on peut l'observer aujourd'hui, entraînaient Rome vers sa chute étaient, sur le plan formel, légaux. Ils constituaient en effet des expédients autorisés par la Constitution, plus rarement et plus prudemment utilisés durant les premiers temps. De même, l'exercice du pouvoir souverain en Angleterre réside dans une assemblée qui peut, de temps à autre, agir avec une promptitude extraordinaire, comme il l'a fait il y a quelque temps (le 9 avril 1883) dans le cas du « Explosives Act » été adopté par la Chambre des Communes en quelques heures (les ordres permanents ayant été suspendus), et qui a également été immédiatement adopté par la Chambre des Lords, avant d'obtenir la sanction royale le jour suivant. Par conséquent, les règles et les principes les plus sacrés de la Constitution pourraient être révoqués de manière parfaitement légale sur le plan formel – y compris la *Magna Carta*, le *Bill of Rights* et l'*Act of Settlement* –, et ce, aussi rapidement que l'« Explosives Act » fut adopté. Toutefois, les grandes lignes du cadre du gouvernement anglais sont juridiquement restées les mêmes depuis 1689 et 1701 ; et les changements les plus importants sont intervenus dès cette deuxième date,

après de longs et fastidieux débats¹². Nous savons tous qu'il est extrêmement difficile de sauvegarder même les progrès constitutionnels les moins importants, comme la suppression de la disposition, apparemment inutile et certainement problématique, selon laquelle un membre de la Chambre des Communes, une fois nommé Ministre de la Couronne, est obligé de quitter son siège et de se soumettre à un vote d'investiture.

Une explication possible de ce véritable paradoxe (souvent négligé) paraît assez évidente. La stabilité de n'importe quelle Constitution ne se fonde absolument pas sur sa forme, mais plutôt sur les forces sociales et économiques qui la sous-tendent et la soutiennent ; et si la forme de la Constitution résulte de l'équilibre de ces forces, le soutien qu'elles lui offrent peut la maintenir inchangée. Deux raisons additionnelles méritent ici une analyse approfondie.

Une Constitution souple, ou une Constitution de Common Law, doit parfois sa stabilité aux conditions mêmes qui lui ont permis de se développer à partir de lois éparses et de simples usages, pour devenir un Cadre de Gouvernement solidement établi. Il y eut sans doute plusieurs cas, comme celui de la plupart des villes de la Grèce antique, où l'enthousiasme de l'esprit critique des hommes ainsi que la violence des factions n'ont jamais laissé à un système de gouvernement assez de temps pour s'enraciner profondément. Ces Constitutions se composaient le plus souvent d'un seul document, et leurs citoyens en ont fait une constitution Rigide pourvu qu'ils aient su comment le faire. Elles n'étaient que rarement le résultat de l'évolution d'anciens usages. Cependant, les meilleurs exemples de Constitutions Souples sont ceux qui sont apparus et se sont développés au sein de nations assez conservatrices, qui respectaient l'Antiquité, donnaient valeur aux précédents et choisissaient de continuer à faire les choses de la même manière que leurs parents avant eux. Ce type de tempérament national est celui qui permet à une Constitution Souple de se développer ; ce tempérament la soutient et la nourrit. Le seul fait que le droit d'opérer d'importants changements ait longtemps existé sans que l'on n'en ait jamais abusé incite l'assemblée à être prudente et modérée en ce qui concerne son application. Ceux qui ont toujours détenu un pouvoir sont moins enclins à s'en servir abusivement¹³. Cette vérité pourrait bien être illustrée tant par l'exemple de Rome que celui de l'Angleterre ; tel était aussi le cas de la Suisse. Dans ces communautés rurales où chacun était citoyen et aisé de manière presque égale, on ne retrouve pas les motifs habituels produisant des changements politiques, bien que Sir H.

¹² Les deux changements cardinaux, l'Union avec l'Écosse et l'Union avec l'Irlande, furent néanmoins au nombre des changements intervenus le plus rapidement.

¹³ Αρχαιοπλούτων δεσποτών πολλή χάρις, Eschyle, *Agamemnon*, 1002 ; « Les hommes dirigeants qui étaient riches avant même de monter au pouvoir disposent de plus de bonté » (nous traduisons).

Maine et d'autres aient poussé trop loin l'idée que le conservatisme naïf de la démocratie provient des habitudes des communautés rurales suisses.

Une explication supplémentaire réside dans le fait que la constitution existante sous la forme d'une grande masse de lois, précédents et coutumes, n'est pas seulement plus mystérieuse, et par conséquent plus auguste dans l'esprit des citoyens ordinaires, que celle qu'ils peuvent lire dans un seul document ; elle n'est pas non plus ressentie comme étant à la merci de leur volonté pour continuer à exister. Une constitution incorporée dans un document que les citoyens ont vu se créer et qu'ils ont adoptée par un vote ne dispose d'aucune part de mystère et de passé. Elle dérive de la souveraineté du peuple, elle lui rappelle sa souveraineté, elle ne lui propose rien de plus exaltant. Elle peut-être la réalisation d'un seul parti au sein de l'État ; et si ce parti se discrédite, il peut partager ce discrédit. La dignité conférée aux constitutions ainsi qu'aux familles royales en raison de leur origine lointaine et presque mythique était renforcée dans le monde antique ainsi qu'au Moyen Âge par des associations religieuses. En Grèce et en Italie, les divinités tutélaires de la cité veillaient lois anciennes. Au Moyen Âge, l'ordre de l'État paraissait comme l'expression de la Volonté de Dieu. Bien que tous ces sentiments aient disparu du monde moderne, le fait qu'une constitution primitive représente un long développement progressif, ou dans des termes quelque peu vulgaires un chemin de l'évolution lui confère un poids certain au sein des esprits philosophiques et imaginatifs. Ces sources de conviction morale ont été jugées suffisantes dans plusieurs pays pour garantir une vie durable à leurs institutions politiques, lesquelles pouvaient être changées par le peuple ou le corps législatif, et dans certains cas remplacées par d'autres institutions plus adaptées à un environnement modifié.

Par conséquent, il ne serait pas juste de dire que les constitutions souples sont instables. Leur singularité véritable, leur mérite distinctif, est qu'elles restent élastiques. Elles peuvent s'étirer ou se plier afin de s'adapter à des cas d'urgence sans perdre leur propre structure ; et lorsque l'hypothèse d'un cas d'urgence touche sa fin, elles reviennent à leur forme initiale, exactement comme les extrémités des branches d'un arbre se plient d'un côté pour laisser passer un véhicule. En raison donc du fait que leur forme n'est pas fixée de manière rigide, un changement temporaire n'est pas considéré comme un changement sérieux. Le sentiment du respect de l'ordre public établi n'est pas ébranlé. Les anciennes habitudes sont sauvegardées et la machine, peut-être légèrement modifiée dans quelques détails que la grande majorité du peuple perçoit à peine, semble continuer à fonctionner exactement comme auparavant.

Quant à savoir si le fonctionnement de cette machine reste le même, c'est un autre sujet. Durant deux siècles et demi, depuis Édouard III jusqu'à Jacques I^{er}, la constitution d'Angleterre est restée presque inchangée sur le plan juridique. Quoiqu'il y ait eu des

moments pendant cette période où le Parlement paraissait prévaloir sur la Couronne, et d'autres où la Couronne paraissait dominer le Parlement, jusqu'à la veille de la guerre civile, on peut douter qu'un changement définitif soit intervenu. Depuis l'époque de la Reine Anne jusqu'à celle de Guillaume IV, la Constitution a conservé une forme juridique pratiquement inchangée. Toutefois, elle a été considérablement altérée dans sa substance. Par conséquent, bien que le caractère Souple d'une constitution lui fournisse parfois une aide pour sortir indemne de certaines épreuves, on constate que ce même caractère peut aussi en dissimuler les conséquences, puisque celles-ci peuvent prendre la forme de changements dans les usages ou l'opinion des citoyens sans qu'ils aient été exprimés, ou du moins pas sur un mode juridiquement déterminé. Les relations entre les deux Chambres du Parlement britannique, ainsi que les relations entre le Parlement et les colonies britanniques actuellement autonomes, peuvent illustrer ce point.

Aucune autre Constitution n'illustre mieux tous ces phénomènes que la constitution de Rome. Elle résultait d'un travail complexe, composé de plusieurs ensembles, fortement reliés les uns aux autres et qui, pourtant, agissaient chacun indépendamment. Cette Constitution a été pliée, tordue, étirée de nombreuses façons sous la pression de nécessités diverses. Cependant, elle parvenait à résister à ces torsions et à ces déformations. Même lorsque la force qui l'avait transformée disparaissait, la constitution pouvait revenir si près de sa forme initiale qu'elle semblait ne jamais avoir subi aucune atteinte. Le passage des consuls aux tribuns militaires, la nomination fréquente d'un dictateur, l'épisode marquant du Décemvirat, la création de nouvelles magistratures, même l'admission fréquente de nouvelles et importantes quantités d'hommes comme citoyens disposant du droit de vote, ainsi que l'adaptation de ses vieilles institutions aux nouvelles tâches de gouvernance des provinces conquises n'avaient perturbé, durant plusieurs siècles, ni son équilibre ni ses principes fondateurs. La suspension des droits privés ordinaires des citoyens, l'extension des pouvoirs ordinaires de la magistrature, susceptibles détruire la plupart des États par la mise en place de précédents dangereux, étaient moins menaçantes pour Rome parce que sa loi ainsi que sa coutume les reconnaissaient comme des moyens appropriés aux cas de nécessité, et, en les légalisant, toutes ces mesures perdaient leur caractère révolutionnaire. Celles-ci faisaient donc partie de la Constitution, même si elles étaient uniquement destinées aux cas d'urgence. Elles ne choquaient pas plus les sensibilités conservatrices qu'elles n'encourageaient des tentatives d'atteinte à la liberté — ce ne fut pas le cas, du moins, jusqu'à ce que l'opinion populaire de la cité change significativement et que les dominions de la République augmentent prodigieusement, de sorte que la Constitution primitive semble manifestement obsolète, et incapable de s'adapter à de nouvelles exigences, plus lourdes que celles pour lesquelles elle avait été conçue.

Une cité Grecque ou une ville Italienne du Moyen âge, une fois qu'elle remettait sous la pression de ses voisins son sort entre les mains d'un dictateur, réalisait presque invariablement qu'elle s'en était remise à un maître qui refusait de renoncer à son pouvoir une fois le danger éclipsé et qui continuait de gouverner comme un Tyran ou un Seigneur. Cela n'arrivait pas seulement en raison du fait que le peuple était passionné et les dirigeants ambitieux, bien que les Romains le furent effectivement, mais plutôt parce que rien n'était prévu au sein de ces cités en cas d'urgence ; en conséquence, quand il devenait nécessaire de placer des pouvoirs extraordinaires entre les mains d'un homme où même d'un collègue, la Constitution subissait un déchirement violent dont elle risquait de ne pas se remettre. À Rome, cette éventualité a été prévue, et ce de manière juridique. Cette opinion s'est développée au sein du peuple ainsi que parmi les hommes dirigeants ambitieux. Le dictateur n'était point atteint par le vertige du pouvoir. Les citoyens ne perdaient pas leur confiance en la solidité du système ; et le système lui-même justifiait leur confiance en retour.

L'élasticité de la Constitution Britannique présentait des caractéristiques différentes, peut être moins frappantes, mais non moins utiles que celles qui ont marqué Rome. Nous les Anglais ne nommons aucun dictateur, puisque nous avons heureusement toujours eu un chef permanent de l'Exécutif, même si dernièrement il n'en a eu que le nom, et nous n'avons que rarement été exposés aux mêmes dangers que ceux craints par les cités États du monde ancien. Cependant, nous gardons en réserve une prérogative immense et vague, qui, même si elle peut ne pas en pratique passer en force contre la volonté de la Chambre des Représentants, peut être utilisée afin d'influer sur des sujets plus importants que ceux nécessitant expressément le concours de l'autorité législative. Le contrôle de l'armée et de la marine ainsi que le contrôle des affaires étrangères n'en sont que quelques exemples. Il existe également d'autres moyens par lesquels les pouvoirs ordinaires de l'Exécutif peuvent être considérablement accrus. Lorsqu'une loi, comme l'*Habeas Corpus Act*, est suspendue, ou lorsqu'un Vote de Crédit pour une quelconque somme d'argent est adopté, le contrôle de la loi ordinaire et des cours dans le premier cas, et le contrôle de la Chambre des Communes sur les Ministres de la Couronne dans le second cas restent alors (surtout si le Parlement n'est pas réuni) suspendus en pratique ; et le présent Souverain (ou plutôt le Cabinet) est presque placé dans la même position que le dernier *Tudor* ou le premier *Stuart*. Certaines mesures rigoureuses pourraient être adoptées afin de réprimer un désordre intérieur, et certaines opérations militaires pourraient être entamées ou menacées à l'extérieur [du pays] au-delà de la compétence légale de la Couronne dans le premier cas, et de ses pouvoirs discrétionnaires ordinaires et de ses fonctions fixées par la coutume dans le second cas. Par conséquent, lorsqu'il paraît nécessaire, non seulement face à une urgence, mais aussi concernant les exigences générales de l'administration, de déléguer le pouvoir législatif suprême du Parlement aux autorités inférieures, on tirait parti de l'ancienne prérogative royale ainsi que de l'institution ancienne du Conseil Privé. Le Parlement donnait les pouvoirs à la Couronne

d'habiliter le Conseil à produire certaines Ordonnances sur plusieurs sujets en lieu et place des lois ; et ces Ordonnances entraient en vigueur soit immédiatement soit après un certain délai pendant lequel elles étaient soumises au Parlement sans recevoir finalement son approbation. De cette façon, une grande quantité de législation secondaire est annuellement produite sans qu'elle provienne directement du Parlement, mais en relevant bien de l'autorité parlementaire, sans porter atteinte au principe selon lequel le Parlement est la seule source de la loi. Et de même, en dehors des fonctions judiciaires anciennes de la Couronne et du Conseil qui conseillait la Couronne, fonctions qui paraissaient au siècle dernier entrer en désuétude, un nouveau système judiciaire avait commencé à se développer. Une nouvelle institution a été créée, le Comité Juridique du Conseil Privé (Judicial Committee of the Privy Council), ressemblant en quelque sorte au Consistoire des Empereurs Romains, qui de nos jours fonctionne comme une Cour d'Appel Suprême pour toutes les possessions britanniques d'outre-mer, d'Inde ou des Colonies.

Le mérite de cette élasticité, présente dans les Constitutions Romaines et Britannique par exemple, est qu'elle offre un moyen de prévenir ou de contenir des révolutions en les arrêtant à mi-chemin. Notons maintenant, comment chaque type de Constitution, la Constitution Rigide et la Constitution Souple, se comporte quand il survient une grande crise, quand une partie de la nation souhaite changer la Constitution, tandis qu'une autre souhaite qu'elle continue d'exister exactement comme elle est. Une Constitution rigide résiste aux pressions si les moyens juridiques prévus pour sa modification ne peuvent pas être utilisés à la discrétion de la majorité requise. Elle peut probablement résister avec succès, mais dans ce cas, devrait surmonter un conflit qui menacerait l'État et provoquerait un sentiment d'hostilité contre ce dernier dans les esprits d'une grande partie de la population. Cependant, si les forces adverses sont très puissantes, elle pourrait être rompue et dans ce cas modifiée. Toutefois, une Constitution Souple, étant plus facilement et rapidement modifiable, et étant très souvent d'une structure moins solide et cohésive, peut se plier sans être rompue, être modifiée de telle manière que les demandes populaires soient satisfaites. Elle pourrait éviter des révolutions par la soumission en pratique d'une des parties au conflit, cette soumission étant reconnue comme un précédent qui sera suivi même si aucune loi ni aucun autre document officiel ne le consacrent. La suppression du droit de modification des lois de finances dont la Chambre des Lords prétendait disposer auparavant en est un exemple. Mais il peut arriver que l'on fasse évoluer un organe qui, bien que véritablement nouveau, atténue ce caractère en conservant sa teinte originelle et continue de fonctionner sans aucune rupture frappante avec ce qui précède. Savoir qu'une constitution peut être modifiée sans effort prodigieux permet de calmer la violence des partisans de la révolution ainsi que l'obstination des partisans de la résistance, parce qu'il permet le compromis. À Rome, le recours contre la désignation d'un tribun militaire, disposant de pouvoirs consulaires, lorsque la plèbe le demandait et que les patriciens ne consentaient pas encore à l'élection d'un Consul plébéien, retardait les révolutions

jusqu'au moment où l'opinion avait si considérablement changé que le danger d'une révolution disparaissait. Par la suite, le compromis grâce auquel le Préteur fut créé – un Consul doté d'une série des devoirs spéciaux – apaisa les craintes conservatrices et adoucit le passage de l'ancien ordre au nouveau. L'histoire de la Constitution Anglaise est une histoire des petits changements constants dont aucun, pas même le *Bill of Rights* à l'époque de la prétendue Révolution, ou *Reform Act* de 1832, ne parvint à changer l'essentiel du régime. Il ne fait aucun doute que quelque chose a été coupé et quelque chose d'autre ajouté, mais l'édifice institutionnel dans son ensemble semblait intact parce qu'on conservait bien plus de l'ancien qu'on n'ajoutait du nouveau.

Les deux principales évolutions qui ont transformé le gouvernement d'Angleterre de la monarchie des Tudor en ce qui pourrait être appelé la ploutocratie actuelle sont l'encadrement de la prérogative royale et le transfert du droit au suffrage à la multitude populaire. Chacune de ces deux procédures a évolué lentement, par étapes successives, chacune d'entre elles semblant petite, mais toutes orientées dans la même direction. Ainsi, la lutte entre les partis a été atténuée par la présence permanente, ou presque, d'un groupe important d'hommes désireux de réforme, mais de réforme modérée. Ces hommes sont ceux qui poussent les extrêmes de droite comme de gauche au compromis, car la Constitution ne permet qu'à de petites réformes d'être effectuées. Le parti du changement, qui serait révolutionnaire s'il ne pouvait faire que de grandes réformes à défaut d'aucun changement, peut alors être divisé ; sa section la plus modérée est déjà, à moins qu'elle ne le devienne, un parti réformiste. Les Chartistes Anglais de 1840-1850 en ont signalé le danger. Mais, entre eux et l'ancien parti des Whigs Constitutionnels, plusieurs courants d'opinion s'entremêlaient les uns avec les autres de façon imperceptible ; et lorsqu'il est apparu que le parti actuel fût favorable à des changements semblables à ceux que les chartistes demandaient, ses hommes les moins violents ont été progressivement réabsorbés au sein de la famille plus large des Whigs ou des Libéraux, ce dernier changeant en fonction de l'époque ; et certains changements, plus précisément le vote par scrutin, ont été obtenus sans grands désaccords.

Il faut cependant se souvenir que l'histoire de la plupart des États a montré qu'une crise a plus de chances de survenir lorsque l'élasticité s'avère être dangereuse, dans la mesure où elle permet à la population d'abuser de cette solution de changement. Il n'y a pas de meilleur indice de force dans la condition physique d'un homme que sa capacité à faire un effort court, soudain et violent sans en souffrir après ; et il n'est rien dont celui qui dispose de cette force soit plus fier que cela. Toutefois, la majorité des hommes d'âge moyen sont conscients que pousser une telle force jusqu'à ses limites est périlleux. L'impunité perpétuelle est susceptible d'encourager un homme à approfondir sa pratique lorsque les conditions y sont moins favorables ou que ses réserves de force sont que dans sa jeunesse. Selon le mythe, alors que le célèbre Milon de Crotone traversait seul une forêt, il vit un chêne où les forestiers, préparant son abattage, avaient mis des coins. Enlevant les coins, il essaya de déraciner l'arbre. Mais il

ne disposait plus de sa force juvénile. L'arbre, en revenant à sa place initiale, lui enserra les mains et l'a gardé prisonnier jusqu'à sa mort. De nos jours, le Capitaine Webb ayant traversé la Manche, exalté par sa prouesse, cherchait à accomplir d'autres exploits toujours plus audacieux et mourut dans le tourbillon d'un rapide en bas des Chutes du Niagara. De même les Romains, ayant investi à de nombreuses reprises leurs magistrats de pouvoirs exceptionnels, se trouvèrent enfin dans une situation telle que leurs précédents permettaient à leur ancienne Constitution d'être renversée. Sylla devint un dictateur de type nouveau. Après un certain temps, il renonça à son pouvoir, mais son exemple a montré que la monarchie n'était pas si lointaine. Jules César a également reçu une autorité exceptionnelle qu'il a utilisée en rassemblant une armée qui a finalement éteint la République. Sa dictature prit plusieurs formes jusqu'à sa transformation en un absolutisme permanent, et ce qui était considéré en pratique comme une révolution a finalement été conduit avec un certain respect des anciennes formes constitutionnelles. En Angleterre, au cours du XVI^e siècle, le Parlement a transféré à une ou deux reprises ses pouvoirs à la Couronne, laquelle a mis la Constitution en danger. Au XVII^e siècle, la monarchie fut abolie et un Protectorat fut instauré suivant des méthodes révolutionnaires. Ceci fut le résultat d'une guerre qui avait détruit une partie vitale de l'ancien appareil politique, aux regrets de la plupart de ceux qui avaient pris les armes en premier lieu. Depuis cette date (à l'exception du règne de Jacques II), la constitution n'a plus jamais été mise en danger.

Il est, pourtant, souvent constaté que le pouvoir considérable que possède le Parlement pourrait être utilisé pour bouleverser des institutions fondamentales avec une rapidité brutale et qu'il pourrait être plus sage de poser des limites à l'action du Parlement. Et ceux qui remarquent la manière dont le Parlement croule et cède sous le poids grandissant du travail qui lui est confié, couplée à l'incapacité de ses gouvernants à assurer l'expédition des affaires courantes¹⁴, prédisent très fréquemment que la Chambre des Communes pourrait se livrer aux mains du Cabinet, le pouvoir de l'organisation des partis politiques étant devenu si fort que le chef de chaque Cabinet serait considéré comme une sorte de dictateur, tirant formellement son autorité de la Chambre des Communes tandis qu'il la tirerait en réalité d'une sorte de « mandat » direct des électeurs¹⁵. D'autres dressent le portrait non moins horrible d'une machine partisane, qu'ils nomment Caucus, dictant une certaine politique aux électeurs d'une

¹⁴ Cela a été rédigé en 1884. Depuis cette année, d'importants changements ont eu lieu dans la procédure suivie à la Chambre de Communes, lesquels ont significativement réduit les droits et l'influence des individus tandis qu'ils ont augmenté les pouvoirs du Ministère. Pourtant, ils n'ont pas réussi à décharger en tout ou partie la Chambre de son travail ; et la Chambre devient de moins et moins prudente (selon les dispositions actuellement en vigueur) lors de l'exercice des pouvoirs relatifs aux lois de finances.

¹⁵ Cette inquiétude a été exprimée fréquemment entre 1880 et 1885. Depuis cette époque, aucun événement ne pourrait la justifier, personne n'ayant entretenu d'ambitions dictatoriales. D'autre part, ce souci a dû naître en grande partie du fait qu'entre 1867 et 1885, la direction des deux grands partis revenait à des chefs particulièrement vigoureux et influents. Il n'y a cependant aucun doute que le pouvoir du Cabinet sur la Chambre des Communes a grandi constamment et rapidement : si bien qu'il continue aujourd'hui encore (1901) de grandir.

part, et une autre politique au Cabinet d'autre part, ce dernier régnant à l'image d'un tyranique, mais selon les formes constitutionnelles. Si la Constitution britannique telle que nous l'avons connue jusqu'à présent devait disparaître, il y a peu de raison de craindre qu'elle le fasse de cette manière particulièrement ignoble¹⁶.

Lorsque les Constitutions Souples disparaissent, elles le font de deux manières. Tantôt elles font place à une autocratie, tantôt elles connaissent une mort violente par révolution ou expirent d'une manière plus naturelle par l'extension et le développement, suivant des formes légales, de l'un de ses organes jusqu'à ce qu'il supplante et remplace en pratique les autres organes. Parfois, elles prennent par ailleurs la forme de Constitutions Rigides. Les causes qui provoquent ce dernier changement relèvent, cependant, de l'examen de ce deuxième type de Constitution ; et celui-ci sera envisagé lorsque l'on aura examiné les caractéristiques restantes de la Constitution de type Souple.

James Bryce

¹⁶ Sur ce danger supposé, on entend actuellement beaucoup moins par rapport à tout ce que l'on entendait en 1884. Le sujet imminent, généralement connu sous le nom « *Birmingham Caucus* » a déjà arrêté de provoquer de sentiments de terreur aux timides.