

Ceci devient très clair, si nous comparons les situations d'un historien et d'un jurisconsulte.

Le premier ne commencerait pas ses recherches à l'année 1789. Il aurait fort à dire sur l'histoire coloniale et les institutions de l'Angleterre. Il se pourrait même qu'il fût entraîné à remonter jusqu'au Witenagemôt; il est permis de supposer qu'il s'arrêterait peu au cas du canton d'Uri. Un jurisconsulte écrivant sur la Constitution des Etats-Unis s'arrêterait nécessairement sur l'objet même de ses travaux. Mais il verrait bientôt que, pour comprendre les articles de la Constitution, il faut une connaissance préalable des Articles de Confédération; que les opinions de Washington, de Hamilton et en général de ceux qu'on nomme les « Pères de la Constitution » éclairent vivement le sens de nombre d'articles de la Constitution; il se rendrait compte, en outre, qu'on ne peut saisir la portée générale de celle-ci sans avoir jeté un coup d'œil sur la situation des colonies avant la séparation d'avec l'Angleterre et sur les règles du *common law* aussi bien que sur les conceptions de droit et de justice que les colons anglais avaient héritées de leurs aïeux.

Il en est de même quand on compare un historien et un jurisconsulte anglais. Celui-ci, alors même qu'il s'intéresse, comme il arrive maintes fois, au développement de nos institutions, fait le partage entre les vues historiques et juridiques concernant la Constitution. Les historiens, dans leur dévotion pour les plus anciennes phases de l'histoire connaissable, sont envahis par un amour pour les germes de nos institutions, qui paraît anormal aux yeux d'un légiste, et ils semblent n'apporter que peu d'attention à leur développement postérieur. M. Freeman ne consacre qu'un tiers de son ouvrage à quelque chose d'aussi moderne que l'époque des Stuarts. La période de deux siècles environ, toute de vicissitudes et de progrès, qui s'est écoulée depuis l'époque connue sous le nom de la Révolution glorieuse, paraît n'avoir attiré qu'à peine l'attention de cet écrivain;

c'est volontairement et non par ignorance qu'il n'a pas esquisse les annales de notre Constitution actuelle. Un jurisconsulte doit envisager le sujet d'une manière différente. La dernière période de l'histoire d'Angleterre est celle qui lui fournit le secours le plus puissant dans l'étude du droit actuel.

Nous espérons avoir obtenu du Dr Stubbs qu'il consacrerait à l'Université seule les talents abandonnés à l'épiscopat; notre espoir a été déçu. Dans l'état actuel des choses, l'historien qui peut le plus servir aux besoins des jurisconsultes est M. Gardiner. Les luttes du xvii^e siècle, le conflit entre Jacques et Coke, la théorie de Bacon sur la prérogative, les efforts de Charles pour substituer la volonté personnelle de Charles Stuart à la volonté légale du roi d'Angleterre, toutes ces choses ne touchent pas peu les problèmes relatifs du droit actuel. La connaissance de ces événements nous garde, au moins, de cette illusion, si l'on peut s'exprimer ainsi, que la liberté constitutionnelle moderne a été établie par une étonnante méthode de progrès rétrograde et que chaque pas franchi vers la civilisation a été un pas tendant à retourner vers la simple sagesse de nos ancêtres barbares. L'assertion sur laquelle repose cette idée, à savoir, qu'il existait, chez nos ancêtres saxons, une règle politique plus ou moins parfaite, blesse la vérité juridique et historique.

C'est faire une enquête qui exige *a priori* des assertions insoutenables, que de demander comment cette masse de subtilités légales auraient « été considérées par un « homme qui aurait pris part aux élections d'Eadward et « de Harold, et qui aurait pris la parole et fait résonner ses « armes dans la grande assemblée qui restaura Godwine « en ses terres (1) ».

Ce sont des questions aussi oiseuses que d'essayer de

(1) Voir FREEMAN. — *Growth of the English constitution* 1^{re} éd., p. 123.

répondre à ce qu'un Indien Cherokee pouvait penser de la prétention de George III de séparer la taxation de la représentation. Dans chaque cas, la question implique d'elle-même que la simplicité du sauvage le rend incapable de résoudre avec bonheur un problème dont il ne peut même comprendre les termes. La civilisation peut quelquefois s'élever au-dessus, mais la barbarie demeure toujours au-dessous du niveau des fictions légales, et nos respectables ancêtres saxons n'étaient, si on les compare non seulement à nous, mais à des hommes semblables à nous, tels que Coke et Hale, que de respectables barbares.

Toutefois, supposer que la finesse des juristes a, par l'invention des fictions légales, corrompu la belle simplicité de notre Constitution primitive, c'est mépriser la science politique des juristes autant qu'élever les mérites de la société primitive. Les fictions des tribunaux, grâce à des juristes tels que Coke, ont servi la cause de la justice et de la liberté, à un moment où elle ne pouvait être défendue par aucun autre moyen. Il y a, en effet, des conditions sociales dans lesquelles les fictions ou les subtilités légales, sont les seuls moyens d'établir cette règle de l'impartialité de la loi, qui est la véritable base de la civilisation anglaise.

Rien ne peut être plus pédant, plus artificiel et plus contraire à l'histoire que les raisonnements par lesquels Coke poussait ou contraignait Jacques à renoncer à tenter d'enlever les affaires aux tribunaux suivant la volonté personnelle de Sa Majesté (1). Mais jamais une argumentation puissante, jamais une science politique éclairée, n'a établi une loi plus essentielle à l'existence véritable de la Constitution que le principe mis en vigueur grâce à l'obstination et aux sophismes du grand « Chief-Justice ».

Chose curieuse, la notion d'une Constitution idéale corrompue par la technique des juristes est, au fond, une illusion de l'imagination juridique. L'idée d'un progrès

(1) Voir 12 Rep. 64; HEARN, *Government of England*, 2^e édit., chap. III.

rétrograde est simplement une forme de l'appel au précédent. Cet appel est apparu à chaque crise de l'histoire d'Angleterre, et, véritablement, personne plus que mon ami, M. Freeman, n'a établi aussi vigoureusement la singularité des efforts tentés par les Anglais pour étendre les libertés du pays : ces tentatives d'innovation ont toujours revêtu la forme d'un rappel de droits préexistants. Mais l'appel au précédent n'est simplement, devant les tribunaux de droit, qu'une fiction par laquelle les décisions judiciaires dissimulent leur transformation en législation judiciaire. Et une fiction n'en reste pas moins une fiction, quoiqu'elle soit passée des tribunaux dans le domaine de la politique ou de l'histoire. Ici, donc, l'astuce des juristes en a imposé à la simplicité des historiens. Le formalisme et la manie de l'archaïsme ont, pour ainsi dire, joint leurs mains et se sont réunis pour tromper dans leurs recherches ceux qui étudient le droit constitutionnel.

Voyons maintenant les publicistes.

Les meilleurs exemples de pareils penseurs sont Bagehot et le professeur Hearn.

Aucun auteur des temps modernes, — on peut l'assurer sans crainte, — n'a fait autant que Bagehot pour élucider le fonctionnement complexe du gouvernement anglais. La *constitution de l'Angleterre* est si brillante, originale et sage que bien peu, parmi ceux qui l'étudient, remarquent combien elle dénote de savoir, de sagesse et de méthode. Les touches légères, par exemple, avec lesquelles Bagehot esquisse le gouvernement de cabinet tel qu'il existe en réalité, amusent au point de faire oublier au lecteur que cet écrivain a, le premier, expliqué la véritable nature du cabinet en conformité avec les faits actuels, et ses relations exactes avec la Couronne et le Parlement. C'est, en un mot, un des rares professeurs qui aient exposé des matières compliquées, de telle façon que le public oublie qu'elles ont eu un jour besoin d'explication. Le professeur Hearn peut être compté au nombre des précur-

III. — Vue des publicistes ; leur défaut est de ne considérer que les conventions de la constitution.

seurs de Bagehot. Dans certains cas, il a, lui aussi, envisagé les institutions anglaises à un point de vue nouveau et les a entrevues comme éclairées d'une lumière toute fraîche. On eût reconnu en lui un des théoriciens, sans conteste, les plus ingénieux et les plus distingués de la Constitution anglaise, s'il eût occupé une chaire dans le Royaume-Uni, au lieu d'avoir été professeur à l'Université de Melbourne.

Nous comptons faire une ample moisson dans les ouvrages de ces deux écrivains, et, en fait, nous la ferons; mais, comme pour M. Freeman, bien que nous apprenions beaucoup de notre éminent maître, il ne nous enseignera pas précisément ce que nous recherchons en tant que légistes. A vrai dire, Bagehot et le professeur Hearn traitent et veulent simplement traiter des arrangements ou des conventions politiques et non des règles de droit (1). Quelle est au juste l'influence morale qu'exerce un monarque constitutionnel plein de sagesse? Dans quelles circonstances un ministre est-il fondé à dissoudre le Parlement? Dans quels cas la création d'un grand nombre de pairs pour un but spécial est-elle constitutionnellement justifiable? Sur quel principe un cabinet peut-il autoriser des questions ouvertes? Telles sont, — avec certaines autres de même ordre, — les controverses soulevées et résolues par des écrivains que nous pouvons appeler *conventionnalistes*, puisqu'ils ont étudié les rapports conventionnels de la Constitution. Ces controverses sont, pour la plupart, importantes et graves; pourtant, elles ne seront jamais discutées devant les tribunaux de droit. Si le Premier Ministre décidait la création de cinq cents pairs, à coup sûr la Division de la Chancellerie ne pourrait pas lui enjoindre

(1) Note du traducteur : Le texte anglais contient deux expressions à peu près intraduisibles en français : *understandings*, *conventions*. Par là, l'auteur désigne les règles qu'il est convenu (*conventions*) par un accord tacite (*understanding*) d'appliquer. Il les oppose aux règles de droit proprement dites : *constitutional law*, *statutory enactments*. Nous traduisons *understandings* et *conventions* par *arrangements*, *accords*, *conventions*.

de ne pas mettre son projet à exécution. Si le même personnage refusait de se retirer sur un vote de blâme, la Division du Banc de la Reine ne lancerait certainement pas un *quo warranto*, lui intimant l'ordre d'avoir à déduire les motifs pour lesquels il reste Premier Ministre. En tant que juriconsulte, je trouve ces matières trop élevées pour moi. Leur solution pratique doit être laissée à la profonde sagesse des membres du Parlement; quant à leur solution spéculative, elle appartient au domaine des publicistes.

Un simple légiste peut faire remarquer que les auteurs qui développent et expliquent le caractère conventionnel des arrangements qui forment une large part de la Constitution, ont laissé de côté la seule chose digne d'être expliquée. Ils ne fournissent aucune réponse satisfaisante à la question suivante : comment se fait-il que ces arrangements politiques soient respectés au moins aussi scrupuleusement que les commandements de la loi? (1) Invoquer l'opinion publique et les raisons de convenance, c'est n'offrir qu'une solution insuffisante à un problème réellement curieux. L'opinion publique approuve et l'utilité publique exige que les contrats soient observés; cependant, ils ne le sont pas toujours et on peut présumer qu'ils le seraient moins souvent encore si la loi ne punissait leur inexécution et n'assurait leur accomplissement.

Il est cependant certain que les arrangements politiques ne sont pas des lois, et qu'aucune convention n'expliquera l'entière nature du droit constitutionnel, si, véritablement, « le droit constitutionnel » est strictement du droit.

Sur ce point, un doute se présente à l'esprit de ceux qui ont étudié la Constitution. Est-il possible que ce que l'on appelle « droit constitutionnel » soit en réalité un carrefour où se rencontrent l'histoire et la coutume qui n'est pas, à proprement parler, du droit, et n'appartient certainement pas au domaine du professeur appelé à n'étudier et à

Le point de vue conventionnel n'explique pas comment est assurée l'observation des conventions.

Le droit constitutionnel est-il réellement du droit?

(1) Voir de plus longs développements sur ce point, *infra* Part. III.

n'enseigner que ce qui est véritablement et indubitablement du *droit* anglais? Se peut-il que cette expression obscure de Tocqueville « la constitution anglaise n'a pas d'existence réelle, elle n'existe point » (1), soit la vérité entière sur cette question? En ce cas, les juristes renonceraient volontiers à un domaine pour lequel ils ne pourraient invoquer aucun titre solide. La première moitié du droit constitutionnel devrait, comme concernant l'histoire, être l'apanage des professeurs d'histoire. L'autre moitié devrait, comme concernant les conventions qui illustrent le développement du droit, être abandonnée à mon ami, le professeur de jurisprudence, parce que c'est son métier de s'occuper des bizarreries ou des parties éloignées de la science juridique, ou encore à mon ami, le professeur de droit international, parce qu'étant habitué à l'enseignement du droit qui n'est pas du droit, et étant accoutumé à expliquer ces règles de morale publique qui sont improprement appelées droit international, il sera dans son élément, en expliquant la morale politique, qui, dans l'espèce, est appelé improprement droit constitutionnel.

Avant, toutefois, d'admettre comme vérité cette supposition que « le droit constitutionnel » n'est pas à proprement parler du droit, il convient d'examiner d'un peu plus près la signification précise que nous attachons au terme « droit constitutionnel ; » nous verrons alors si ce peut être véritablement l'objet d'un commentaire juridique.

Le droit constitutionnel se compose de deux sortes de règles.

Le droit constitutionnel, dans le sens où ce terme est employé en Angleterre, semble embrasser toutes les règles intéressant directement ou indirectement l'exercice de la puissance souveraine dans l'Etat (2). Il comprend, par suite, entre autres choses, toutes les règles qui définissent les organes

(1) TOCQUEVILLE. — *Œuvres complètes*, I, 166-167.

(2) Comparez HOLLAND, *Jurisprudence*, 8^e édit., p. 128 et 326-329. « Par la constitution d'un pays, on désigne son droit touchant l'organisation et la forme de sa législature ; les droits et les fonctions des

du pouvoir souverain, toutes celles qui gouvernent leurs relations réciproques ou qui déterminent la façon dont l'autorité suprême ou les membres de cette autorité exercent leur pouvoir. Les règles du droit constitutionnel fixent l'ordre de la succession au trône, règlent les prérogatives du *magistrat suprême*, déterminent la forme de la législature et son mode d'élection. Elles concernent aussi les ministres, leur responsabilité, leur sphère d'action, limitent le domaine sur lequel s'étend la souveraineté de l'Etat et déterminent quels sont les sujets et quels sont les citoyens. Remarquez l'emploi intentionnel du mot *règles* et non du mot *lois*. Si je l'emploie, c'est pour appeler l'attention sur ce fait que les règles composant le droit constitutionnel, au sens anglais du terme, comprennent deux sortes de principes ou maximes, d'un caractère entièrement différent.

Les premières de ces règles sont, au sens le plus strict, des *lois* ; ce sont, en effet, des règles qui — écrites ou non écrites, édictées par *statutes* ou dérivées de la coutume générale, de la tradition, des maximes faites par les juges, connues sous le nom de *common law* — sont sanctionnées par les tribunaux ; ces règles constituent « le droit constitutionnel », dans le sens propre de ce terme, et peuvent, pour faciliter la distinction d'avec les autres, être appelées collectivement « le droit de la constitution ».

L'autre sorte de règles se compose de conventions, manières de voir, habitudes ou pratiques, qui, quoique pouvant régler la conduite des différents organes du pouvoir souverain du ministère, ou des autres fonctionnaires, ne sont pas, en réalité, des lois proprement dites, attendu qu'elles ne sont pas sanctionnées par les tribunaux. Cette portion du droit

1^o Règles qui sont de véritables lois — droit de la constitution.

2^o Règles qui ne sont pas des lois. — Conventions de la constitution.

« différentes parties du corps législatif ; la composition, la fonction et « la juridiction des cours de justice. La Constitution est une division « principale, une section, un titre du code du droit public, qui ne se « distingue du reste que par l'importance supérieure du sujet qu'elle « traite ». — PALEY, *Moral Philosophy*, liv. VI, chap. VII.

constitutionnel peut, pour faciliter la distinction, être appelée les « conventions de la constitution », ou la morale constitutionnelle. Pour dire la même chose d'une façon quelque peu différente, le « droit constitutionnel », tel que l'entendent en Angleterre le public et des auteurs autorisés, se compose de deux éléments. Le premier, — ce que j'appelle ici la « loi de la constitution », — comprend ce qui, indubitablement, est du droit; l'autre élément, — appelé ici les « conventions de la constitution », — se compose de maximes ou pratiques qui, quoique pouvant servir de règle de conduite ordinaire à la couronne, aux ministres et autres personnes soumises à la Constitution, ne sont pas strictement des lois. Pour comprendre plus aisément le contraste entre la loi de la constitution et les conventions de la constitution, prenons des exemples.

Exemples de règles appartenant à la loi de la constitution.

Les règles suivantes appartiennent au domaine de la loi de la constitution :

« Le roine peut mal faire ». Cette maxime, — telle qu'elle est interprétée à l'heure actuelle par les tribunaux, — signifie, tout d'abord, que par aucune procédure légale, le roi ne peut être rendu personnellement responsable de ses propres actes; si le roi (pour prendre un exemple absurde) brûlait la cervelle du premier ministre, il n'y aurait pas en Angleterre de tribunal compétent pour connaître d'un tel acte. Cette maxime signifie, en second lieu, que personne ne peut alléguer les ordres de la couronne ou même d'un haut fonctionnaire pour s'excuser d'un acte que la loi ne justifie pas. Ce principe, dans ses deux applications, — notons le, — est une loi et même une loi de la constitution; ce n'est pas une loi écrite. — « La couronne n'a aucun pouvoir pour dispenser de l'obligation d'obéir à la loi »; cette négation, cette abolition du pouvoir de dispenser de l'observation de la loi fait partie maintenant du bill des droits; c'est une loi de la constitution et une loi écrite. — « Il y a toujours un individu légalement responsable de chaque acte de la couronne. » Cette responsabilité des ministres est, dans les

pays étrangers, une partie formelle de la Constitution; en Angleterre, elle résulte de l'action combinée de plusieurs principes légaux, savoir : 1° la maxime d'après laquelle le roi ne peut mal faire; 2° le refus par les tribunaux de reconnaître comme accompli par la couronne tout acte qui ne revêt pas une forme particulière, comprenant en général l'apposition d'un sceau spécial par un ministre ou le contre-seing ministériel ou quelque chose équivalant à ce contre-seing; 3° le principe suivant lequel un ministre qui appose un sceau particulier ou sa signature sur un acte est responsable de cet acte qu'il a, pour ainsi dire, endossé (1). La responsabilité ministérielle est donc encore une loi de la constitution, mais non une loi écrite. — De même, le droit à la liberté individuelle, le droit de réunion publique et beaucoup d'autres droits sont du domaine de la loi de la constitution, bien que la plupart d'entre eux ne soient que la conséquence de cette loi plus générale, de ce principe plus général, suivant lesquels un homme ne peut être puni que pour des violations directes de la loi (c'est-à-dire pour des crimes) prouvés d'une façon légale (c'est-à-dire devant les tribunaux du royaume).

Aux conventions de la constitution appartiennent les maximes suivantes :

Exemples de règles appartenant aux conventions de la constitution.

« Le roi doit acquiescer ou, pour employer une expression inexacte, ne peut pas opposer son « veto » à une loi votée par les deux Chambres du Parlement (2). » — « La Chambre des pairs n'a pas l'initiative en matière de loi de finances. » — « Lorsque la Chambre Haute siège comme cour d'appel, seuls les lords légistes (*law lords*) peuvent prendre part aux délibérations. » — « Les ministres se démettent quand ils ont perdu la confiance de la Chambre des

(1) Voyez HEARN. — *Government of England*, 2^e édition, chapitre IV.

(2) Sur la signification du « veto », voir HEARN, *Government of England*, 2^e édit., pp. 31, 60, 61, 63, 348 et l'article *Veto* dans la dernière édition de l'*Encyclopædia Britannica*, par le professeur ORELLI.