

## L'ART DU PREAMBULE LE PRECEDENT DE 1848\*

Patrice ROLLAND  
Professeur à l'Université Paris XII

"... et notamment son préambule ; ..." : la petite phrase qui a profondément modifié le droit constitutionnel français, conduit à s'intéresser à cette partie des constitutions qui ne fut probablement longtemps perçue que comme un préliminaire dont le caractère politique et idéologique autorisait un survol rapide avant que ne s'ouvre la seule chose qui comptait vraiment du point de vue juridique, la constitution proprement dite dans ses articles numérotés. De fait, le langage courant ne voit dans un préambule que l'exposé d'intentions préalables, ou des paroles ou démarches ne formant qu'une entrée en matière. Le préambule ne serait donc que ce qui annonce sans engager encore. Il n'est, en conséquence, pas évident du tout que la notion de préambule dans l'histoire constitutionnelle française ait eu avant 1971 un sens et un contenu autonome et qu'elle mérite d'être un objet de réflexion constitutionnelle et juridique. Tout porte à croire, au contraire, que ce mot, peu employé, s'est longtemps confondu soit avec la notion de préliminaires plus ou moins formels, soit, pour la période révolutionnaire, avec les déclarations des droits<sup>1</sup>.

Au sens strict le préambule est une chose rare dans les constitutions françaises et même étrangères. Si on examine la façon dont, matériellement, les constitutions françaises commencent, on constate qu'il n'y a, le plus souvent, ni préambule ni même toujours de préliminaires. Celles de l'An VIII, X, XII représentent l'hypothèse la plus simple : il n'y a ni préambule, ni déclaration, ni même de "Au nom de..." ; la constitution commence immédiatement par le premier article. On ne peut qu'y voir le reflet de l'édiction autoritaire par l'individu dont le pouvoir ne repose, à ce moment du moins, que sur la force et le fait accompli du coup d'État. En 1875 le laconisme des constituants est le reflet de leurs divisions et de leur relative impuissance à se décider. D'autres constitutions sont annoncées et séparées de prolégomènes plus ou moins longs par une formule liminaire : la Charte de 1814 est annoncée par la formule "... avons... accordé et

---

\* Patrice Rolland : « De l'art du préambule » in *La Constitution du 4 novembre 1848 : l'ambition d'une république démocratique*. Textes réunis par J. Bart, J.-J. Clère, Cl. Courvoisier et M. Verpeaux, Dijon, EUD, 2000, pp. 143-186. (Publications de l'Université de Bourgogne <<http://www.u-bourgogne.fr/EUD>> ; CV).

<sup>1</sup> On peut en trouver un exemple dans l'estampe qui reproduit la Déclaration des droits et devoirs de l'An III en qualifiant de "préambule" la courte formule liminaire "Le peuple français proclame...", terme qui n'est pas employé par le texte lui-même, mais provient du graveur (cf "Les constitutions de la France 1791-1992", Catalogue de l'exposition, p. 74). Dans la Commission de la Constitution en 1848 les membres parlent volontiers de "prolégomènes" (cf Cormenin, Dornès, Dufaure, in "Procès-verbaux de la Commission de la Constitution de 1848" (pp. 61, 62 et 70) reproduits dans A. de Tocqueville "Écrits et discours politiques", Œuvres complètes, Gallimard, 1990, T. III, vol. 3, p. 55-158.

accordons, fait concession et octroi... de la Charte constitutionnelle..."; l'Acte additionnel de 1815 énonce que "les articles suivants... seront soumis à l'acceptation libre et solennelle de tous les citoyens,..."; en 1852 le président de la République "promulgue la constitution dont la teneur suit". Comme en 1848, le préambule est clairement séparé de la constitution par la formule qui décrète ou promulgue. C'est là une différence entre la Seconde République et la tradition révolutionnaire constamment évoquée et elle tire le préambule vers le genre justificatif plus que vers celui des principes fondateurs du régime.

Si toutes les constitutions ne commencent pas de façon aussi sèches que celles du Consulat et de l'Empire ou de la Troisième République, et qu'elles s'ouvrent donc par une sorte de préliminaire, elles n'en ont pas pour autant un véritable préambule. Le mot n'est employé explicitement que trois fois en 1848 et en 1946-1958. On peut certes considérer comme un équivalent matériel du préambule les trois déclarations des droits qui précèdent les trois constitutions révolutionnaires de 1791, 1793 et 1795 dans des conditions textuelles un peu différentes : en 1791 et en l'An III la Déclaration précède la Constitution ; en 1793 la Constitution englobe la Déclaration qui se distingue de l'Acte constitutionnel qui la suit. À la vérité ceci révélerait plutôt que la notion de préambule reste purement formelle et littéraire, voire typographique, et ne se distingue guère à ce stade de l'idée de préliminaire.

Si on examine les constitutions qui possèdent formellement un préambule (1848, 1946-1958) et celles qui en possèdent matériellement l'équivalent, on peut classer en deux grandes catégories ces préliminaires constitutionnels. La première catégorie est celle des préambules de caractère "légitimant" ou justificatif; elle regroupe des régimes libéraux tout autant qu'autoritaires : Charte de 1814, Acte additionnel de 1815, Constitution de 1852, mais aussi celles de 1946 et 1958. Tous ces préambules contiennent des références historiques appuyées dont le but est d'établir la légitimité politique du régime qui proclame sa nouvelle constitution. Louis XVIII rappelle la continuité royale ; Napoléon soutient en 1815 que le voeu de la France l'accompagne depuis quinze ans ainsi qu'en témoignent les acceptations successives des différentes constitutions par le peuple. En 1946, les constituants rappellent "la victoire remportée par les peuples libres". L'autre modèle de préliminaire, celui qu'adopteront les constituants de 1848, est celui qui s'attache à la garantie des droits; c'est la grande tradition républicaine de proclamation des droits inaliénables et sacrés de l'homme qu'invoque Crémieux en 1848. Le préambule de 1946 constitutionnalisera cette tradition, lui qui "décide comme en 1793, 1795 et 1848 de les inscrire en tête de sa Constitution". Le préambule de 1946 combine donc à la fois le rappel d'une légitimité historique longue, celle des principes libéraux et républicains et la fonction de proclamation et de garantie des droits de l'homme.

Il y a donc dans le cadre de la République française un rapport assez étroit entre le préambule et la déclaration des droits mais sous réserve d'une précision supplémentaire. Matériellement la Déclaration des droits sert de préambule dans les constitutions de 1791, 1793 et 1795, ainsi que dans le premier projet de constitution de 1946. Mais, au sens strict, il faut constater que le mot de préambule n'a été explicitement employé que dans les deux constitutions qui n'ont pu, pour des raisons politiques et idéologiques, réussir à rédiger une nouvelle déclaration des droits. En 1848 comme en 1946, le

préambule est ce qui reste après "l'échec déclaratoire"<sup>2</sup>. Dans les deux cas les constituants n'ont pu se mettre d'accord pour rédiger une déclaration contenant de nouveaux droits ; dans les deux cas le préambule est la manifestation d'un refus d'une rupture trop grande dans la continuité politique et idéologique traditionnelle, celle du libéralisme face au socialisme. C'est essentiellement le reflet d'une résistance, soit à l'introduction de nouveaux droits (droit au travail en 1848), soit à une formulation et une interprétation nouvelle des droits de l'homme (en 1946).

Le préambule de 1848 a, de ce point de vue, une position exemplaire. Il est le premier de ce nom. Il est républicain. Parce qu'il est le fruit d'un échec déclaratoire, il est le premier à se distinguer clairement des traditionnelles déclarations des droits ; il peut donc éventuellement affirmer une autonomie de ses fonctions comme de son contenu<sup>3</sup>. La démarche de rédaction d'un préambule peut, en effet, correspondre à plusieurs fonctions distinctes : ouvrir, annoncer mais aussi fonder. Les principes annonciateurs constituent le programme politique du nouveau régime. Les principes fondateurs livrent à la fois l'idéologie du régime mais aussi par là les principes d'interprétation; ils participent alors des fondements constitutionnels et juridiques du régime<sup>4</sup>.

Ainsi présenté le préambule peut être compris comme un texte de nature intermédiaire. Du point de vue de la rédaction d'une nouvelle constitution il représente ce moment intermédiaire entre le passé et l'avenir ; il entend nécessairement marquer une rupture mais il annonce aussi l'avenir par les idéaux qu'il met en avant. Il est encore intermédiaire entre la pure volonté politique fondatrice et le droit nouveau enfin "posé". Il est ce moment où le droit commence à exister à distance de la volonté politique parce qu'il devient dorénavant susceptible d'une interprétation et d'une application par des autorités différentes du pouvoir constituant originaire. En fin de compte, le préambule est pris entre deux grandes fonctions qui peuvent, telles quelles, se combiner mais dont les conséquences logiques sont assez différentes : soit il entend marquer un commencement, et on insistera alors sur les idéaux, les promesses, les vues d'avenir mais ils ne pourront constituer que des vœux, des engagements politiques ou des promesses d'évolution

<sup>2</sup> Voir le rapport d'A. Marrast fait au nom de la Commission de la Constitution dans la séance du 30 août 1848 : "Dans le premier projet, nous avons essayé de définir la liberté et l'égalité : le texte nouveau ne les définit point, mais il consacre toutes les institutions qui les garantissent." (Compte-rendu des débats de l'Assemblée nationale, T. III, p. 596); voir aussi l'intervention de Gatiens-Arnoult qui résume les raisons qui ont conduit au refus de rédiger une véritable déclaration des droits (séance du 5 septembre 1848 Compte-rendu, T. III, p. 794).

<sup>3</sup> Le 22 mai 1848 Cormenin présenta, en effet, un plan de constitution comprenant une Déclaration des devoirs et des droits. Les commissaires convinrent de l'utilité de ce préambule pour fixer les nouveaux droits et le but de la constitution. Présenté à l'Assemblée le 19 juin, le projet de Déclaration fut rejeté après les observations des bureaux. Le 7 août Vivien présenta un projet de Préambule qui après quelques modifications en commission fut soumis à l'Assemblée constituante. Il est intéressant de noter que ce projet ressemble étroitement au projet manuscrit que rédigea Tocqueville (cf les remarques d'A. Jardin et le texte in A. de Tocqueville "Écrits et discours politiques", précité, p. 159 note 1).

<sup>4</sup> Pour tenter d'y voir clair, un député avait tenté d'énoncer dès le début les différents types de préambule imaginables : "Quand la pensée se laisse aller à se demander ce que peut être le préambule d'une grande constitution, elle le conçoit, ou comme une thèse philosophique exposant la théorie sublime de la nature humaine et des destinées de l'homme, ou bien comme une thèse politique exprimant les idées, les sentiments et les besoins de l'époque ; ou bien comme une thèse logique qui posent les principes d'où la constitution tout entière doit découler ; ou bien enfin comme une doctrine pratique qui trace les limites de la sphère dans laquelle doit s'agiter l'activité du peuple". (Gatiens-Arnoult, séance du 5 septembre 1848, Compte-rendu, T. III, p. 795).

progressive du droit ; soit on veut en faire le lieu de fondation du nouveau régime politique et dès lors ses principes fondateurs doivent s'imposer et être protégés pour l'avenir contre toute évolution indésirable ou destructrice, et on insistera sur la liaison forte entre le préambule, la constitution et les lois à venir, ainsi que sur le caractère immuable des principes fondateurs. Les constituants seront pris entre ces deux logiques finalement assez peu compatibles du point de vue juridique car elles appellent un rapport différent à la constitution et donc une rédaction différenciée du préambule.

L'étude du préambule peut donc s'ordonner autour d'une articulation systématique entre les choix politiques et leur mise en forme juridique et constitutionnelle. Le contenu et la fonction du préambule peuvent être compris, de façon banale mais nullement inexacte, comme l'énoncé des justifications et des principes politiques du nouveau régime. On peut donc n'y voir qu'un simple manifeste idéologique. Il est pourtant le lieu de problèmes de nature constitutionnelle et juridique d'une autre complexité : sous les débats apparemment techniques sur la valeur obligatoire et juridique, sur la nature des liens avec la constitution proprement dite, sur la fidélité interprétative, etc. se posent les questions les plus graves et les plus fondamentales sur ce qu'exige l'installation et la fondation d'un nouveau régime, les garanties d'avenir et de solidité, la certitude du respect des principes puisque la république est le régime politique par excellence qui a et qui repose sur des principes. Il n'est pas illégitime, s'agissant du préambule, de partir d'une thématique politique et non juridique puisque le droit n'est pas encore à proprement parler posé. Les questions que le juriste se pose à l'égard du préambule sont simples : faut-il faire précéder la constitution d'un préambule ? quel contenu lui donner ? quelle valeur juridique lui reconnaître ? La rédaction d'un préambule voudrait qu'on sache ce que veut dire commencer une constitution et comment on peut le faire : y a-t-il politiquement et juridiquement rupture ou continuité ? d'où vient le droit puisqu'il s'agit d'une constitution nouvelle ? Quant à la question de savoir ce que doit contenir un préambule républicain, elle met en lumière un paradoxe de l'idéal républicain et les vertiges de la volonté prise entre la souveraineté absolue et le désir d'une garantie supraconstitutionnelle, autrement dit d'une sorte de fondation absolue et éternelle. Telles ont les deux grandes séries de questions que les constituants de 1848 eurent à affronter au moment de la rédaction du préambule.

## **I. - LE PREAMBULE EST UN COMMENCEMENT**

Le problème que pose le commencement d'une constitution républicaine a un aspect politique et un aspect juridique. Du point de vue politique, le préambule a pour fonction d'indiquer d'où vient le nouveau régime; il faut donc marquer à la fois la rupture avec le passé récent et sa nouveauté. Du point de vue juridique, Crémieux invoquera devant l'Assemblée constituante une tradition, qui ne sera d'ailleurs qu'imparfaitement respectée, celle de commencer la constitution par une déclaration solennelle des droits. La première fonction du préambule est donc de manifester ou non la rupture de la continuité politique et juridique et de marquer un commencement nouveau. La question de l'origine de la constitution ne présente pas de véritable difficulté du point de vue politique alors qu'elle en est une du point de vue juridique.

## A. - Un commencement politique

Sous sa forme politique, la question de l'origine de la constitution apparut lorsqu'on se demanda s'il fallait faire précéder ou non la constitution d'un préambule. Les enjeux politiques du débat peuvent être ainsi caractérisés : existe-t-il un commencement absolu ou non en politique ? Faut-il ou non marquer une rupture de la continuité politique, juridique, historique ? Le constituant peut-il dire d'où il vient ? La discussion qui eut lieu sur l'utilité d'un préambule, fut l'occasion de faire ressortir ce questionnement politique implicite. La contestation de son utilité vint des milieux légitimistes ou catholiques et monarchistes. Ce refus est d'autant plus significatif qu'on ne peut pas le mettre au seul compte du conservatisme social car le leur est largement le même que celui des "républicains du lendemain" qui soutiennent pourtant la nécessité d'un préambule. Cette crainte conservatrice largement répandue s'exprime, qu'il y ait préambule ou non, dans la crainte de proclamer des "droits infinis" donnant lieu à des réclamations elle-mêmes infinies<sup>5</sup>. Il existe toujours, de fait, un pragmatisme conservateur qui entend éviter toutes les proclamations solennelles de principes et se contenter d'une organisation des pouvoirs publics. On retrouve les mêmes arguments qu'à l'été 1789 où le désir de la positivité des droits correspond à celui de brider les réclamations populaires que pourrait susciter une déclaration des droits trop générale et vague. Mais cette crainte commune ne suffit pas à expliquer à elle seule le refus d'un préambule ou d'une déclaration des droits.

En 1848 le refus exprimé par une petite minorité révèle donc, de surcroît, une position philosophique et pas seulement politique. Il provient de l'idée qu'il n'y a jamais véritablement dans les choses humaines de rupture et donc de création. Celles-ci reposent sur des fondements éternels, une permanence qu'il n'est même pas besoin d'énoncer puisqu'il s'agit de ce qu'enseigne la religion elle-même<sup>6</sup>. On ne saurait les livrer à une proclamation et leur donner une sanction constitutionnelle : "... que vous propose-t-on ? De revêtir d'une sanction officielle, de consacrer par des volontés, d'assimiler aux lois des principes abstraits, des vérités métaphysiques, scientifiques : voilà ce qu'on vous demande de consacrer. ... il est évident ... que la vérité n'a rien à gagner à cette sanction qu'on demande, ... La vérité n'a rien à gagner, car elle n'est pas du ressort de la puissance législative"<sup>7</sup>. À l'objection selon laquelle une nouvelle constitution est le reflet des changements intervenus dans la société, Fresneau répond que "la vérité est toujours la même" et que "la nature humaine ne change pas". Il en résulte que la constitution n'a pas

<sup>5</sup> Dans la Commission de la Constitution, même ceux qui sont favorables à une Déclaration des droits se montrent sensibles à cette question : Lamennais pense qu'une déclaration n'oblige pas à une réalisation immédiate ; Marrast est hostile aux maximes théâtrales et veut qu'on n'indique que ce qu'on peut réaliser prochainement ; Barrot ne veut pas "se jeter dans les chimères", ni donner des espérances impossibles à réaliser ; Cormenin finalement propose "de faire de tout cela une déclaration sommaire, sans ouvrir des espérances irréalisables" (cf le procès-verbal des débats de la Commission, op. cit., pp. 62-64). Plusieurs députés exprimèrent au cours des débats les mêmes craintes.

<sup>6</sup> Le vicomte Fresneau, gendre de la comtesse de Ségur, député légitimiste de Bretagne souligna que "ce que se propose le législateur, c'est d'écrire la constitution de l'homme qui ne change pas, c'est d'écrire la loi même de l'âme humaine, les droits et les devoirs." séance du 5 septembre 1848, Compte-rendu, T. III, p. 801. Il proposait de réduire le Préambule à la formule suivante : "En présence de Dieu et au nom du peuple français, l'Assemblée Nationale décrète : ...".

<sup>7</sup> Fresneau, séance du 5 septembre 1848, in Compte-rendu des débats, T. III, p. 800.

à proclamer ces vérités éternelles qui restent du domaine de la religion et qu'elle n'a donc à se soucier que d'établir les seuls rapports entre les pouvoirs. Mgr Fayet, évêque d'Orléans, soutient dans le même sens que le dogme et le fondement de la République ne peuvent être que la religion et par conséquent qu'il est éternel et invariable<sup>8</sup>. Le député Levet ironise sur ces proclamations brillantes de principes éternels qui ne durent pas. Parlant de la constitution américaine, il souligne que "ceux qui ont fait cette constitution, les Franklin et les Washington, savaient, aussi bien que les législateurs français, qu'il est des principes de morale universelle qui doivent dominer toutes les lois positives. Mais ils ont compris le danger qu'il y avait à transcrire de semblables principes dans une constitution qui doit être, avant tout, une oeuvre pratique, et qui, pour ainsi dire, n'est que la mise en action des résultats conquis par l'expérience et la théorie"<sup>9</sup>.

Le pasteur Coquerel, membre de la Commission, avait bien saisi que le principe sous-jacent de ce refus d'un préambule provenait d'une vision de l'histoire : selon lui Mgr Fayet regrettait que la Commission ait oublié "toute l'histoire de France". Sous l'image de cette continuité historique sans faille il s'agit bien de dénier le fait qu'il y ait de véritable rupture en profondeur et surtout que du nouveau puisse être créé par les hommes y compris en matière de droits ou de rapports politiques. L'évêque d'Orléans soutint ainsi qu' "une constitution seule dans le monde a traversé quatre mille ans; cette constitution est faite en dix lignes, et, cependant, elle a formé un peuple et l'a soutenu, elle l'a lié avec lui-même sans Gouvernement, sans patrie, et le peuple se tient debout avec sa constitution, sur la poussière des plus grandes nations anéanties"<sup>10</sup>. Sans aller jusqu'à cette continuité absolue fondée sur la loi divine, plusieurs députés font remarquer qu'en 1848 la révolution est plutôt sociale que politique et que la rupture n'est donc pas essentielle comme elle a pu l'être en 1789. Cazalès, le fils du constituant de 1789, conçoit qu'en 1791 on ait inscrit la déclaration des droits en tête de la constitution : "La révolution française créait, on peut le dire, un nouveau monde dans la politique ; à ce nouveau monde il fallait un frontispice. C'était tout à fait du nouveau qu'on faisait. Sommes-nous dans cette situation ? J'avoue que je ne le crois pas ; nous continuons la révolution française ; ces grands principes, nous les conservons, nous les avons toujours conservés, au milieu de beaucoup de vicissitudes, ..." <sup>11</sup>. Le même jour Levet confirmait qu'il n'y avait rien à ajouter aux principes de 1790, "principes qui n'ont pas besoin d'être inscrits dans la constitution que nous sommes chargés de faire, et je ne vois pas surtout la nécessité d'associer à ces principes des principes nouveaux et inconnus, sur la portée desquels on est pas d'accord et qui sont un sujet d'effroi et d'alarme pour la conscience publique"<sup>12</sup>.

La volonté de rédiger un préambule l'emporta parce que la majorité pensait qu'il devait y avoir véritablement un commencement solennel. On voulait un frontispice à une oeuvre

<sup>8</sup> "Qu'est-ce donc que le dogme d'une vraie République ? Le dogme de la vraie République, dont la liberté, l'égalité, la fraternité sont les liens, le dogme de la véritable République, c'est la religion, l'amour de la patrie. Je dis donc que le fondement unique de toutes les Républiques, c'est la religion, l'amour de la patrie, la justice, l'honneur et la pratique de toutes les vertus privées et publiques", séance du 5 septembre 1848, *Compte-rendu*, T. III, p. 798.

<sup>9</sup> Levet, séance du 6 septembre 1848, *Compte-rendu* T. III, p. 812.

<sup>10</sup> Fayet, précité, p. 799.

<sup>11</sup> Cazalès, séance du 6 septembre 1848, *Compte-rendu*, T. III, p. 819. Levet soutient le même point de vue (même jour, p. 813) : "la révolution de Février n'est que la conséquence des principes qui ont été conquis en 1790 par nos pères..."

<sup>12</sup> Levet, séance du 6 septembre 1848, *Compte-rendu*, T. III, p. 813.

aussi importante et capitale<sup>13</sup>. Buchez définira le préambule comme "l'inauguration si magnifique d'une superbe période sociale, celle d'un magnifique mouvement de progrès, de dévouement" ; il représente "l'inauguration d'un système social nouveau, d'une République, qui, je l'espère, aura une longue durée"<sup>14</sup>. Buchez soutint même que le préambule, en donnant un but à la société, la transforme de phénomène naturel ou biologique en phénomène volontaire<sup>15</sup>. Le préambule devait donc remplir sa fonction sous deux aspects complémentaires : marquer la rupture politique et annoncer la nouveauté du régime, qu'elle prît la forme d'une nouvelle proclamation des droits classiques ou celle d'une reconnaissance de droits nouveaux. Un député hostile à la nouveauté explicita fort bien le choix des constituants : "Il est certain ... que c'est parce que la révolution de Février a été généralement considérée comme une révolution plutôt sociale que politique, que la commission s'est crue obligée de faire précéder son oeuvre d'un préambule indiquant, sous une forme plus ou moins absolue, les principes nouveaux qui caractérisent cette révolution"<sup>16</sup>. Ce furent Crémieux et Lamartine qui défendirent le plus fermement la nécessité d'un préambule. En faisant appel à la grande tradition (Montesquieu, Rousseau, l'Assemblée de 1791), Crémieux illustre bien ce double aspect du préambule : il marque la rupture politique avec l'Empire et la Monarchie qui n'eurent pas de déclaration car celle-ci est l'institution par excellence qui signifie la République ; et il souligne, par là, la nouveauté et la spécificité de ce régime, garantir effectivement les droits et libertés de l'homme<sup>17</sup>. Pour Crémieux une constitution qui n'a pas de préambule livre l'individu tout entier à la domination de la société et de l'État. La fonction de garantie des droits est donc l'essentiel du préambule qui tend ainsi à se confondre avec la déclaration des droits. Les constitutions qui n'ont pas eu de préambule sont celles où le pouvoir absolu s'est établi. Inversement "pourquoi le pouvoir constituant a-t-il voulu proclamer les droits en 1791 ? Parce qu'il fallait les faire connaître. Pourquoi les réclamons-nous en 1848 ? Parce qu'il faut les fixer et les déterminer... Si l'on ne proclame pas ce droit individuel, savez-vous ce qu'on oublie ? C'est le respect de la société pour l'individualité de l'homme, du citoyen. Non, l'homme n'a plus d'individualité sérieuse quand il n'a plus de droits reconnus"<sup>18</sup>. On va au communisme car "la société est maîtresse des individus" et "l'État absorbe le citoyen". Le préambule se justifie encore

<sup>13</sup> Hubert-Delisle renverse l'argument monarchien de l'été 1789 en considérant qu'un peuple nouveau n'a pas besoin d'une proclamation solennelle de ses principes ; il lui suffit de les mettre en oeuvre. C'est au contraire un peuple ancien et dont la liberté a connu des péripéties qui doit écrire ces droits dans sa constitution. (séance du 6 septembre, Compte-rendu, T. III, p. 809). Le préambule est donc bien ici chargé de signifier toute la rupture avec le monde ancien.

<sup>14</sup> Buchez, séance du 6 septembre 1848, Compte-rendu, T. III, p. 830.

<sup>15</sup> Ibidem : "... en indiquant qu'à notre exemple il serait utile qu'elles missent en tête de leur constitution cette idée de but, il arriverait qu'elles considéreraient autour d'elles quel est en effet leur but, et qu'au lieu d'aller chercher dans des conceptions philosophiques de races et de doctrines un élément de politique, elles iraient peut-être le chercher dans quelque chose de plus pratique et de plus social. Le but ne constitue pas une race, il constitue une société, une réunion d'hommes animés du même esprit, ayant la même volonté, et par conséquent tendant à la même action. C'est pour cela que je crois de la plus haute importance de mettre en tête de la constitution ce mot de but".

<sup>16</sup> Levet, séance du 6 septembre 1848, Compte-rendu, T. III, p. 813.

<sup>17</sup> Cette intention est d'autant mieux avérée que les députés non républicains contestèrent précisément cette nouveauté et cette spécificité de la république telle que la présente Crémieux : Levet soutient que depuis 1789 les principes sont entrés dans le droit français, sous-entendant quelque soit la nature du régime (séance du 6 septembre 1848, Compte-rendu, T. III, p. 813) ; Cazalès rappelle que l'Angleterre n'a pas de constitution républicaine et connaît pourtant la liberté et que l'Amérique est républicaine et connaît la liberté sans préambule (séance du 6 septembre 1848, précitée, pp. 818-819).

<sup>18</sup> Crémieux, séance du 6 septembre 1848, Compte-rendu, T. III, p. 815.

parce qu'aux époques nouvelles il faut des proclamations nouvelles ; les déclarations doivent enregistrer la différence des temps : "À ces grandes époques de rénovation, qui sont la gloire des sociétés qu'elles régénèrent, n'est-il donc pas nécessaire de proclamer la situation nouvelle ? Ne faut-il pas marquer dans l'histoire nettement l'état nouveau, et laisser sur cette mer agitée autant de phares qui éclairent l'avenir ?"<sup>19</sup> La rédaction d'une constitution ne peut être traitée comme un simple acte de légiste qui ordonne sans chercher à convaincre. Pour Lamartine l'oeuvre constituante ne peut se penser sans un préambule, "la plus belle partie de l'oeuvre", celle qui recueille les vérités générales passées à l'état de patrimoine commun. Il ne faut pas omettre de placer au sommet de notre constitution "ces grandes pensées, ces grands sentiments et ces grands enthousiasmes qui nous ont dominés à l'heure de la révolution créatrice"<sup>20</sup>. Et, en protestant "avec énergie pour ces déclarations de principes et d'humanité qu'on nous refuse avec une si aveugle persistance, ... pour nous, pour nos enfants, pour notre époque, pour l'avenir, pour notre justification d'avoir fait une révolution"<sup>21</sup>, Lamartine énonce ces principes, eux qui sont la marque du nouveau régime issu de la révolution : le suffrage universel, l'abolition de la peine de mort en matière politique, la fraternité.

Le problème politique et juridique du commencement d'un nouveau régime s'est posé, sous une seconde forme, à l'occasion de la critique que fit le député Sainte-Beuve de l'inscription dans le préambule de la reconnaissance de droits supérieurs et antérieurs aux lois positives. Il fit remarquer de façon très fine que cette formule rendait chaque citoyen juge de la constitutionnalité des lois et qu'en pratique c'était reconnaître, comme dans l'article 35 de la constitution de 1793, le droit à l'insurrection<sup>22</sup>. Sainte-Beuve faisant valoir que la révolution de Février avait été légitimée au nom du droit électoral de tout individu, Jean Reynaud l'interrompt en soulignant que "nous nous sommes insurgés en Février légitimement; c'était notre devoir"<sup>23</sup>. Le député conservateur put, dès lors, faire remarquer que sur une telle base plus aucun ordre politique et juridique positif n'est possible. Il souligne par là le paradoxe d'une fondation d'un nouveau régime par la révolution. Le principe qui justifie la révolution ne peut plus être celui qui justifie le nouveau régime sous peine de lui interdire concrètement de s'établir et de durer. Le régime politique qui sort d'une insurrection populaire ne peut pas inscrire dans son texte fondateur ce droit à l'insurrection sous peine de creuser sa propre tombe. Le préambule de 1848 doit faire face à ce paradoxe. Il inscrit ces droits antérieurs et supérieurs qui justifient l'insurrection de Février contre la Monarchie de Juillet mais il faut

<sup>19</sup> Ibidem, p. 814. On retrouve cette même idée que le préambule a pour fonction d'indiquer les principes nouveaux, chez Cormenin ou Tocqueville qui le dirent en Commission : "... il y a des droits et des besoins nouveaux nés de l'état du pays.." (Cormenin), "... il y a des principes nouveaux plus sociaux que politiques qu'il convient de mettre en tête de la Constitution parce qu'il en découlera des conséquences méthodiques". (Tocqueville) in A. de Tocqueville, *Écrits et discours politiques*, précité, pp. 62 et 64.

<sup>20</sup> Lamartine, séance du 6 septembre 1848, *Compte-rendu*, T. III, pp. 821-822.

<sup>21</sup> Ibidem, p. 825.

<sup>22</sup> "... l'art. 3, sous une forme plus euphémique, plus douce, plus simple en apparence, renferme le même principe dont les factieux sauront parfaitement bien tirer les mêmes conséquences ; ils s'armeront de la constitution ou de son préambule contre notre loi. Eh bien, ce préambule ... est une sorte de poste avancé dans lequel les factieux établiront leurs batteries pour foudroyer votre constitution.", séance du 7 septembre, *Compte-rendu*, T. III, p. 848. Il montrait concrètement comment une telle contestation pourrait, par exemple, partir du statut de la liberté de la presse que l'Assemblée venait de réformer de façon plus sévère.

<sup>23</sup> J. Reynaud, séance du 7 septembre, *Compte-rendu*, T. III, p. 849.

simultanément les priver de toute positivité à l'égard du nouveau régime républicain qu'il prétend fonder.

Peut-on, même en droit positif, éviter de se poser la question de l'origine du droit lorsqu'il y a rupture de la continuité constitutionnelle ? Il n'y a certes de rupture qu'au niveau du droit constitutionnel et de la légitimité politique, le droit privé échappant à cette solution de continuité. Comment peut se signifier cette rupture sur le plan juridique ? Bien qu'ils ne figurent pas dans le préambule mais dans les "Dispositions transitoires", il faut signaler les articles 112 et 113. Ces dispositions transitoires sont, elles aussi, le reflet de ce même caractère intermédiaire reconnu pour le préambule puisqu'il faut à la fois combiner la rupture voulue et les inévitables continuités. La rupture est signifiée par l'article 112 sous la forme d'une abrogation des lois contraires au nouvel ordre juridique, contrariété dont on peut supposer que la constatation relève du juge. La continuité est signifiée, quant à elle, par le maintien en vigueur des textes non contraires "jusqu'à ce qu'il y soit légalement dérogé".

## B. - Un commencement juridique

Comment se pose la question de l'origine du droit constitutionnel et de son commencement lorsqu'on est dans la situation de rédiger une nouvelle constitution ? Il s'agit de savoir, non seulement d'où vient ce droit mais encore sur quoi il se fonde ? En droit constitutionnel la question se fixe sur deux interrogations complémentaires entre elles : la distinction du préambule et de la constitution, et la question de la valeur juridique du préambule, toutes deux permettant de savoir où commence le droit.

Carré de Malberg considérait que la question des origines n'avait pas à être posée du point de vue du droit positif. Ceci revenait à considérer que l'origine du droit est un pur fait dont le juriste n'a rien à dire en tant que tel<sup>24</sup>. Le refus de s'interroger sur son origine et donc sur sa légitimité, dans l'hypothèse d'une nouvelle constitution, revient à se soumettre au pur fait c'est-à-dire à la pure force qui est à l'origine de la rupture politique et constitutionnelle. On peut pourtant se demander si la question sur l'origine du droit est évitable même pour le juriste positif; elle se pose, en effet, lorsqu'il s'agit de savoir à partir de quand il y a droit dans le texte de la constitution, c'est-à-dire en pratique si le préambule a valeur juridique ou non.

C'est pourtant cette question de l'origine du droit qui inquiétait un député de gauche qui intervint dans le débat sur le préambule en 1848 : "Et s'il n'y a pas de droits antérieurs et supérieurs aux constitutions, sur quoi se fonderaient ceux qui feraient des lois positives ? Quels seraient la source, le fondement, l'excuse de leur autorité ?"<sup>25</sup> Il entendait justifier la légitimité de l'insurrection de Février 1848, démarche politique et idéologique qui ne concerne pas l'origine de la constitution mais exprime le désir de justifier et de légitimer

---

<sup>24</sup> R. Carré de Malberg, "Contribution à la théorie générale de l'État", 1922, T. II §§ 317-318 et 444 ; voir contra les analyses critiques de S. Rials dans "Supraconstitutionnalité et systématisme du droit" in Archives de philosophie du droit, 1986, t. 31, pp. 61 et s.

<sup>25</sup> Detours, séance du 7 septembre 1848, Compte-rendu, T. III, p. 849.

la révolution comme le résultat de l'exercice d'un droit qui n'est pas inscrit, et pour cause, dans le droit constitutionnel positif du régime renversé. La révolution, par là, assurée de sa légitimité, permet par suite de fonder avec assurance le nouvel ordre constitutionnel. Le député pose en réalité deux questions à la fois : celle de la légitimité politique et celle de la source du droit positif. La question de l'origine juridique de la constitution fait signe vers deux possibilités parce qu'elle cherche à répondre en réalité à deux questions différentes. On peut, en effet, désigner deux origines possibles en fonction de deux logiques différentes qui écartèlent le droit constitutionnel. La première logique correspond à la fonction d'organisation des pouvoirs et à l'idée de fondation d'un nouveau régime politique. C'est une logique politique qui s'appuie sur le principe de volonté du souverain. Lorsqu'il s'agit de savoir sur quoi fonder un nouvel ordre juridique constitutionnel, il faut bien convenir que ceci peut fort bien se faire à partir d'un pur fait (révolution, coup d'État, voire même violation de la constitution...) et d'une volonté qui fixe ensuite la procédure de production du droit positif, c'est-à-dire la seule origine que le juriste positif veuille connaître<sup>26</sup>. Il est donc celui qui ne se pose jamais la question de la légitimité de l'origine ; pour lui le fait est le droit, du moins à ce moment-là. Autrement dit l'origine de la constitution n'a pas besoin d'être elle-même juridique lorsqu'on s'en tient à sa fonction fondatrice. La seconde logique à l'oeuvre pousse en un sens très différent, car elle est celle qui correspond à la fonction constitutionnelle de garantie des droits. La question de la légitimité redevient alors pertinente de ce point de vue, la tradition constitutionnelle liant depuis 1789 la notion de constitution à celle de garantie des droits. La logique est alors juridique et s'attache aux sources de ces droits garantis. Le débat sur la question des origines prend ici une autre ampleur, de nature quasi-religieuse puisque les contempteurs de l'article III du préambule, adeptes du positivisme juridique, furent traités d'"athées". Dupin répondit que l'article III du préambule "est un des plus moraux et des plus dignes d'être proclamés par le législateur humain, au moment où il fait acte de sa plus grande puissance, de sentir cependant quelque chose de son infirmité, de reconnaître et de proclamer qu'il y a un droit supérieur et antérieur aux lois qu'il est appelé à faire"<sup>27</sup>. Cette humilité du législateur qui avoue ainsi qu'il n'a pas le droit de tout faire ou de tout défaire, lui fait assigner au droit une origine supérieure pour pouvoir le faire échapper à la volonté absolue du souverain, constituant ou législateur. Si l'origine des droits est méta-juridique (philosophique, morale, ...) elle reste en pratique entre les mains des organes politiques (i.e. entre les mains du souverain démocratique) ; il ne peut y avoir qu'une garantie politique des droits<sup>28</sup>. On comprend dès lors comment certains cherchent une origine juridique, et pas seulement philosophique ou politique, des droits garantis, antérieure au droit positif, par conséquent susceptible de pénétrer directement dans la hiérarchie des normes et de s'y imposer. Démarche correspondant à une logique de type juridictionnel puisqu'il s'agit de garantie des droits, elle a tendance à faire remonter un peu plus haut la hiérarchie des normes jusqu'au point où il est possible de faire échapper la norme originelle à la volonté des hommes. Il s'agit en quelque sorte d'ajouter une garantie à la garantie, ou si l'on veut, - *Quis custodiat custodias ?* - de

<sup>26</sup> Considérant l'origine révolutionnaire de la plupart des constitutions françaises, Carré de Malberg écrit que "dès lors, il serait puéril de se demander, en pareil cas, à qui appartiendra l'exercice légitime du pouvoir constituant. À la suite d'un bouleversement politique résultant de tels événements, il n'y a plus, ni principes juridiques, ni règles constitutionnelles : on ne se trouve plus sur le terrain du droit, mais en présence de la force. Le pouvoir constituant tombera aux mains du plus fort", op. cit., p. 496.

<sup>27</sup> Dupin (de la Nièvre), compte-rendu, T. III, p. 849.

<sup>28</sup> Sur cette problématique, voir par exemple dans le contexte de la constitution de l'An III, P. Rolland "La garantie des droits" in La constitution de l'An III, ou l'ordre républicain" E.U.D., 1998, notamment pp. 47-60.

garder le gardien. En ce sens le jusnaturalisme tend à faire échapper à la volonté des hommes ce qui est confié à la garde immuable de la nature des choses ou de Dieu (et par voie de conséquence inéluctable à leurs interprètes reconnus ou auto-proclamés).

La distinction du préambule et de la Constitution est l'une des façons de savoir où commence le droit. Le préambule est-il de même nature que la constitution ? Une seule fois cette distinction eut une origine constitutionnelle et reposa sur une décision de principe avec l'article 92 alinéa 3 de la constitution de 1946. Dans les autres cas il faut recourir à une analyse : la distinction doit-elle porter sur les fonctions ou encore sur le caractère matériel ou formel du texte ? Cette distinction est-elle elle-même possible à ce niveau ? Question qui tend à appeler une réponse positive si le préambule est considéré comme le porteur des grands principes du nouveau régime, ou une réponse négative s'il n'est qu'une introduction à la constitution. On a pu souligner qu'il est difficile d'opérer cette distinction et que ceci confirme l'inutilité de ce préambule<sup>29</sup>. En fin de compte, les constituants se trouvent devant l'alternative suivante : ou bien le préambule a un rôle propre et fondamental, et il se distingue donc de la constitution mais alors avec quelle valeur ? ou bien il n'est qu'un simple préliminaire et il n'a donc que peu d'utilité puisque l'essentiel, y compris la garantie des droits, figure dans la constitution. On retrouve ici, *mutatis mutandis*, la même difficulté et la même alternative s'agissant de la distinction de la déclaration des droits et de la garantie des droits en 1791. Chercher à savoir si et dans quelle mesure le préambule se distingue de la constitution, laisse présager en pratique la réponse à l'autre question, celle de sa nature juridique.

Au premier abord, tous sont d'accord sur les éléments de distinction des deux quant au contenu, qu'on les présente en part négative ou positive. Un député prit le soin de présenter un amendement tendant à préciser clairement cette distinction. Pour lui le préambule est un programme pour le présent comme pour l'avenir. Il en résulte que "le préambule ne doit être que moralement et progressivement obligatoire : la constitution, au contraire, est obligatoire strictement, littéralement, immédiatement. Il me semble qu'il faut plus de nobles sentiments dans le préambule, et plus de raison pratique dans la constitution. Le préambule éclaire et persuade, la constitution commande"<sup>30</sup>. Cette intervention est intéressante parce qu'elle caractérise assez bien l'opinion commune de l'Assemblée sur ce qu'est un préambule et on en tient la confirmation dans la réponse que fit Vivien au nom de la Commission : la rédaction du dernier paragraphe du préambule

---

<sup>29</sup> Voir l'intervention de Fresneau : "... vous aviez dans le premier préambule une définition des libertés publiques, une définition des droits de l'individu, une définition qui a été transportée dans le premier titre de la constitution, ce qui prouve, par parenthèse, combien il est difficile de bien délimiter ce qui ressort de la constitution même, et ce qui est du ressort du préambule ; il y a là encore une confusion qui n'est pas sans danger ; ..." (séance du 5 septembre 1848, Compte-rendu, T. III, p. 802). Levet indiquait que le préambule n'avait plus d'intérêt depuis qu'une partie avait été intégrée dans la constitution et que son maintien ne peut conduire qu'à des risques de discordance entre lui et la constitution puisqu'en fin de compte ils n'ont, tous deux, pas de contenu et de fonction essentiellement différents (séance du 6 septembre 1848, précité, p. 812). D'autres, au contraire, pensent qu'il est très facile de faire la distinction parce qu'elle est à leurs yeux purement formelle : "L'on me dira peut-être que ce n'est pas un préambule, mais un chapitre de la constitution. Je répondrai qu'il n'y a rien de si facile que d'en faire un préambule; il suffit d'ôter les mots *chapitre premier*" (Alphonse Blanc, séance du 7 septembre 1848, précitée, p. 840).

<sup>30</sup> Maissiat, séance du 15 septembre 1848, Compte-rendu, T. IV, p. 34 ; il avait commencé en disant : "Le préambule diffère donc réellement de la constitution proprement dite ; en quoi ?"

n'indique que "les vues progressives de la constitution" et n'impose aucune "obligation d'accomplir, dès à présent, immédiatement tous les devoirs qui sont imposés par les articles du préambule"<sup>31</sup>. Ceux qui sont hostiles au préambule diront que c'est l'opposition du vague et du positif : un vague qui nuit à la partie positive de la constitution<sup>32</sup> ; ou invoqueront l'exemple américain qui loin d'adopter "un programme dogmatique" a préféré pour les droits de l'homme "des amendements qui ne contiennent que des dispositions purement législatives"<sup>33</sup> ; ou feront encore remarquer que "quelque fût le talent de ceux qui ont été chargés de le rédiger ou de ceux qui veulent le rédiger, ils laisseront toujours beaucoup de prise, trop de prise à la discussion, à l'interprétation ; là est le danger, ceux même qui l'approuvent conviennent qu'il n'en peut pas être autrement, car aucun n'aura la prétention d'apporter ici une oeuvre tellement entière, tellement complète, tellement claire qu'il ne soit pas possible de la discuter"<sup>34</sup>. On pourra inversement soutenir que le préambule est "la plus belle partie de l'oeuvre" car il permet de "faire précéder la codification politique de leur pays, de ces grands symboles, de ces grands principes, de ces grandes vérités générales qui illuminent de plus haut l'ensemble des lois secondaires, et qui, bien loin de leur enlever de leur dignité, de leur autorité, ... ajoutent à ces lois passagères, à ces lois temporaires, à ces lois locales, l'autorité de la vérité, de la justice, de l'équité éternelle"<sup>35</sup> ; tout aussi enthousiaste quant à l'énonciation des causes non seulement politiques mais aussi philosophiques de la constitution, on peut réclamer plus encore : "... si une certaine réserve vous était permise dans la rédaction des articles de votre constitution, une courageuse hardiesse philosophique dans le préambule eût été digne de vous"<sup>36</sup>. Ainsi, qu'ils y soient favorables ou non, tous font donc la même distinction, quant au contenu, entre le préambule et la constitution : comme le rappelle Dufaure le premier indique le but, l'intention, l'esprit de la constitution et proclame la garantie des droits<sup>37</sup>, mais seul le second en indiquant les moyens dans des "articles" équivaut à un commandement et donne une valeur obligatoire à ces prescriptions<sup>38</sup>. Dufaure exprime très clairement l'articulation à laquelle tous songent lorsqu'il examine le rapport entre l'article VIII du préambule et l'article 13 de la constitution : "... nous n'avons pas cru tout faire en disant dans l'art.8 du préambule les devoirs qu'à notre avis le

<sup>31</sup> Ibidem.

<sup>32</sup> Cf. Fresneau précité (pp. 800-801) hostile à la présence, en tête de la constitution, "d'une dissertation métaphysique", oppose la "constitution pratique, positive" à "la constitution philosophique et à la déclaration des droits et devoirs". Il en résulte qu' "il ne manque pas d'esprits qui se servent des formules abstraites, toujours plus ou moins vagues, précisément parce qu'elles sont générales, précisément parce qu'elles sont élevées; qui se servent de ces textes élastiques, ... pour attaquer les lois positives, les prescriptions formelles qui en sont véritablement l'émanation, et c'est pour cela que vos lois ordinaires ne sont pas précédées de considérants; on a craint que si le législateur formulait d'abord sa pensée et disait quel est le but de la loi avant de l'écrire, on a craint que les simples citoyens ne se fissent juges de l'application que le législateur aurait faite des principes. On a pensé que si l'on autorisait les citoyens à se retrancher ... dans le préambule pour attaquer plus tard la règle qui en émane, on en compromettrait ce qui, avant tout, doit être sauvegardé, la prescription positive".

<sup>33</sup> Levet, précité (p. 812). Il précisait : "Évitons donc, dans une oeuvre aussi sérieuse que celle de la constitution, tous ces programmes dogmatiques qui promettent plus qu'ils ne tiennent, et qui excitent des espérances qu'on ne peut jamais réaliser. Lorsqu'il s'agit d'assurer le bonheur, de fixer les destinées d'un grand peuple, il vaut mieux se montrer moins brillants, mais plus positifs et plus vrais".

<sup>34</sup> Besnard, séance du 6 septembre 1848, Compte-rendu, T. III, p. 826.

<sup>35</sup> Lamartine, séance du 6 septembre, Compte-rendu, T. III, p. 821.

<sup>36</sup> Martin-Bernard, séance du 14 septembre 1848, Compte-rendu, T. IV, p. 8.

<sup>37</sup> Dufaure, séance du 5 septembre 1848, Compte-rendu, T. III, p. 796.

<sup>38</sup> On ne saurait dire "juridique" puisque tout au long du siècle la véritable doctrine est qu'un droit ou une liberté n'est invocable que si le législateur est intervenu pour lui donner un statut. La constitution ne fait au législateur qu'une obligation politique d'intervenir.

législateur devait toujours avoir en vue ; nous avons été plus loin ; dans l'art. 13 de la constitution, nous avons cherché à indiquer pratiquement, positivement, plus pratiquement peut-être, si j'ose le dire, que ceux qui nous attaquent, nous avons cherché à indiquer de quelle manière la société pouvait remplir ce grand devoir de protection et de bienveillance sociale que nous avons indiqué par le préambule<sup>39</sup>. Au préambule les idéaux et les buts, à la Constitution les moyens et les règles.

Cette articulation dont les constituants de 1848 sont persuadés et qui, à leurs yeux, reprend de plus la tradition de 1791, est tellement claire qu'on pourrait penser que tout est dit et qu'il n'y rien à ajouter. Pourtant quelques constituants, en général marqués très à gauche, contesteront cette dichotomie. C'est qu'une question politique de taille se pose toujours : comment institutionnaliser la volonté fondatrice des constituants et du souverain et pérenniser l'ordre politique et constitutionnel nouveau<sup>40</sup> ? C'est sur ce terrain que fut posée la question de la valeur juridique du préambule parce que si le préambule est un texte d'une telle importance fondatrice pourquoi ne pas lui donner la même nature que la constitution proprement dite ?

On vient de voir que, favorables ou défavorables à son existence, tous le distinguait de la constitution, quant à sa fonction et à son contenu de telle sorte qu'était impliqué presque nécessairement le caractère non-juridique du préambule pour des raisons matérielles et non formelles. Les constituants de 1848 ont naturellement retrouvés, y compris pour des raisons politiques, les mêmes clivages qu'en 1789 opposant le caractère déclaratoire et le caractère décisoire, les simples promesses pour l'avenir et l'engagement positif. C'est ainsi que la garantie des droits est placée en 1791, 1793 et 1795 dans la constitution proprement dite pour conférer aux promesses de la Déclaration un caractère juridique. La constitution de 1848 reproduit le même schéma dans son chapitre II, intitulé "Droits des citoyens garantis par la constitution". Il est le reflet de l'échec déclaratoire devant la Commission et se substitue à la déclaration des droits qu'ils ont renoncé à produire à cause de leur division sur le droit au travail. Si l'on en croit les constituants, ces droits garantis présentent matériellement tous les caractères de la juridicité, en particulier grâce à la précision de l'énonciation, au contraire de ceux qui sont proclamés dans les déclarations précédant les constitutions révolutionnaires<sup>41</sup>. Esmein a beaucoup insisté sur

<sup>39</sup> Dufaure, séance du 14 septembre 1848, Compte-rendu, T. IV, p. 16.

<sup>40</sup> Il faut à la fois souligner, comme le fait G. Vedel dans le débat sur la supraconstitutionnalité, le caractère irréel de cet idéal de stabilisation et de fixité des institutions constitutionnelles, mais aussi se convaincre, du point de vue des idées, qu'on ne peut pas penser l'idée de "Pères fondateurs" ni celle de "fondation" sans cette volonté de pérennité des institutions nouvelles.

<sup>41</sup> En réalité le même problème se pose à propos de la constitution qui contient la garantie des droits. La juridicité elle-même n'est pas sûre. Il n'y a pas beaucoup de différence quant à la rédaction et à la normativité des énoncés entre les Déclarations précédant et les Garanties intégrées dans la constitution. La généralité de la proclamation, tout autant que celle de la garantie, a interdit tout au long du 19e siècle d'y voir un droit directement invocable en l'absence d'une loi lui conférant le statut de "liberté définie". Toute cette discussion est largement abstraite jusqu'à la seconde guerre mondiale car la positivité juridique ne pouvait provenir que de la seule loi : Montalembert perdit devant la Chambre des pairs son procès car la reconnaissance de la liberté d'enseignement dans les "dispositions particulières" (art. 69) de la Charte ne lui conférait aucune positivité en l'absence de loi; le procureur général soutint que la proclamation constitutionnelle d'une liberté n'enlevait pas au Pouvoir législatif "le soin de donner les institutions nouvelles" et la Chambre des pairs rappela que la Charte n'a pu abroger les dispositions antérieures mais "a simplement imposé à la législature le devoir de s'occuper incessamment de la confection des lois nécessaires pour mettre en action les principes qu'il (l'art. 69) énonce." (cf les pièces du procès dans M. Prétot "Le libéralisme catholique" A. Colin, 1969,

ce schéma mais on peut se demander si ce n'est pas une systématisation *ex post*<sup>42</sup>. La distinction entre la Déclaration et la Garantie, en 1791, a d'abord pour cause le décalage de deux ans entre la déclaration de l'été 1789 et la rédaction de la constitution. Elle a ensuite seulement pour cause la crainte de voir invoquer par les citoyens des droits insuffisamment précisés dans la déclaration mais qui le seraient mieux dans la constitution.

Ce schéma apparemment simple et évident compte tenu de la spécialisation et de la distinction entre préambule et constitution, a cependant soulevé des inquiétudes révélatrices. Si le préambule n'a aucune valeur juridique comment s'assurer qu'il participe pleinement à la fondation du nouveau régime ? Après tout, ceux qui ne voulaient pas de ce préambule sont aussi et fort logiquement ceux qui ne se sont ralliés à cette république que contraints et forcés et on verra qu'ils ne sont guère soucieux de lui donner un caractère tranché et typé. Lamartine n'est-il pas trop romantique et optimiste lorsqu'il croit que les grandes vérités du préambule inspireront effectivement l'initiative ou l'interprétation des lois qui suivront ? Jean Reynaud, comme d'ailleurs Lamartine, a bien signalé, en vue de défendre leur proclamation solennelle en tête de la constitution, le risque de trahison des idéaux fondateurs par les législateurs du futur. Ce n'est donc pas un hasard si ce sont deux républicains de la veille, de gauche voire d'extrême-gauche, qui soulèvent la question de la valeur juridique du préambule, c'est-à-dire ceux qui sont les plus soucieux d'établir la république face à une majorité de "républicains du lendemain" qu'on pourrait soupçonner de tiédeur, voire de trahison. Boussi réclame que le préambule fasse "partie de la constitution elle-même; ce n'est pas une préface, comme on l'a dit, c'est une partie du livre lui-même; ce sont des axiomes desquels découleront tous les principes et toutes les prescriptions qui se trouveront dans la constitution"<sup>43</sup>. Il demande donc que le mot Constitution précède le préambule et non pas le suive. Martin (de Strasbourg) au nom de la Commission rejeta l'amendement car il reviendrait à la suppression du préambule<sup>44</sup>. De façon politiquement plus précise Deville demanda qu'on mît dans la constitution un principe qui avait été discuté au moment du préambule<sup>45</sup>. Ceci revient à avouer que le préambule, n'ayant pas la force juridique qui lui permet de poser avec une certitude suffisante les principes fondateurs de la République, il faut intégrer dans les articles de la constitution les principes fondamentaux ; c'est là seulement que se trouve la

---

pp. 151-157) ; cf aussi les autres références dans le même sens données par Esmein dans ses "Éléments de droit constitutionnel français et comparé", 4e éd., 1906, pp. 463-466.

<sup>42</sup> Esmein, op. cit., pp. 460-462; il prend pour évidente une distinction qui relève tout autant de l'idéologie que de réalités techniques propres au droit : le souci de la positivité tient à la fois à ce qu'un droit doit être énoncé de façon précise pour pouvoir être utile à ses titulaires mais aussi à ce qu'une telle énonciation permet aussi d'éviter politiquement ou socialement un bouleversement trop grand de la société. Esmein affirme que le préambule de 1848 est une véritable déclaration des droits (op. cit., p. 460), affirmation qui est, au moins quant au critère matériel, douteuse.

<sup>43</sup> Boussi, séance du 6 septembre, Compte-rendu, T. III, p. 831. Pierre Leroux souligna, lui aussi, que "suivant moi on a séparé à tort le préambule du chapitre Ier et du chapitre II de la Constitution" (séance du 7 septembre, Compte-rendu, T. III, p. 852).

<sup>44</sup> Réponse curieuse car l'amendement ne visait pas à une telle suppression, sauf si on tient que le préambule doit être par nature différent et séparé de la constitution.

<sup>45</sup> Deville, séance du 3 novembre 1848, Compte-rendu, T. V, p. 291 : "... il a été généralement reconnu dans cette Assemblée, lorsqu'on a voté le préambule de la constitution, que les lois n'avaient pas et ne pouvaient avoir d'effet rétroactif. Eh bien, c'est parce que le principe n'a pas été consacré dans la constitution que je viens demander que... on n'entende attribuer à la haute cour que les complots et les crimes commis depuis la promulgation de la constitution".

véritable garantie. Qu'ils le regrettent ou non, tous considèrent donc que le préambule situé en tête ne peut avoir qu'une valeur proclamatoire et non obligatoire.

S'il fallait conclure sur la nature du préambule et sur le point de savoir s'il remplit une fonction propre, il faudrait revenir sur ce qui le distingue formellement et matériellement de la constitution. Le critère formel de distinction, celui dont on déduit le caractère juridique de la constitution et non juridique du préambule, n'est lui-même possible et ne peut intervenir que si l'ordre juridique est déjà posé avec ses règles formelles de production du droit positif. Or lorsqu'une révolution est intervenue, la fondation de la nouvelle constitution se fait nécessairement *ex nihilo* du moins en droit constitutionnel. Le seul critère formel de la juridicité serait ici l'intégration du préambule dans la constitution. Seul donc, par la force des choses, un critère matériel permet de distinguer la nature juridique des deux. La question est donc de savoir quels sont les critères matériels de la juridicité qui peuvent faire éventuellement du préambule une source de droit. Il faut s'interroger sur l'exacte différence matérielle entre la déclaration des droits et la garantie des droits. La distinction entre la normativité qui entraîne le caractère obligatoire et les idéaux ou les promesses est la grande inquiétude des constituants qui ne veulent pas se laisser entraîner trop loin et voir engager à la légère la société ou l'État à l'égard des individus. Mais on sait que les proclamations les plus larges peuvent encore fonder un droit au moins à titre négatif : on a vu le juge administratif estimer que la proclamation du droit de grève, en l'absence des lois qui devait l'organiser, n'était pas privé de toute positivité et qu'au moins il interdisait à l'autorité administrative de le suspendre absolument. On peut raisonner de même à propos de la dignité de la personne humaine, proclamation vague s'il en est mais qui négativement permet de fonder quelques annulations.

## II. - LE PREAMBULE EST UNE FONDATION

Déjà, devant la Commission, une série d'alternatives avait été posée de façon abstraite et préalable permettant de se représenter le contenu du préambule par différence avec celui d'une constitution républicaine : au préambule la "simple émission de principes" et à la constitution "les règles détaillées" (Cormenin) ; au premier ce qui est permanent et à la loi ce qui est variable (Dufaure) ; ou encore la déclaration des droits distinguée de l'exercice immédiat (Considerant, Lamennais) ; l'idéal distingué de la réalisation prochaine et des moyens (Marrast) ; la déclaration des droits distinguée de la loi entendue comme seul instrument de droit positif (Martin)<sup>46</sup>.

Si le préambule n'est pas une simple introduction ou une simple formule liminaire, quelle fonction remplit-il, au-delà de cette première approche abstraite, qui le distingue néanmoins de la constitution ? Parce qu'il introduit à un régime républicain, il est amené à jouer un rôle propre qui n'est pas celui d'une introduction à un régime politique quelconque ; il permet, en effet, de répondre à deux problèmes difficiles, propres à ce

---

<sup>46</sup> Voir les procès-verbaux de la Commission de la Constitution, op. cit., notamment pp. 61-64.

type de régime politique : la république n'est-elle qu'une forme procédurale ou bien doit-elle défendre un dogme ? La souveraineté démocratique est-elle absolue ?

### A. - Un paradoxe de l'idéal républicain : entre dogme et forme procédurale

Le paradoxe que doit affronter la république naissante n'est, en réalité, que celui de la liberté elle-même lorsqu'elle est pensée comme le fondement et le but d'un ordre politique et constitutionnel. Comment peut se définir la république dès lors qu'elle considère la liberté comme la valeur centrale du nouveau régime qu'elle institue : doit-elle être un "dogme" selon l'expression du projet de préambule<sup>47</sup>, ou ne doit-elle se contenter que d'être une forme procédurale, c'est-à-dire la forme qui met en oeuvre l'égalité liberté individuelle et politique des individus ?

Des républicains convaincus ont milité dès le départ pour que la république soit essentiellement comprise comme la forme politique et constitutionnelle de l'égalité liberté des citoyens. Marrast, dans son rapport introductif, après avoir présenté le tableau des révolutions incessantes que connaît la France, se demandait pourquoi le régime républicain était la solution de ces difficultés : "Que faut-il pour cela ? Adopter une forme de gouvernement flexible, pénétrable aux intérêts comme aux idées, où le sentiment public trouve toujours son expression sincère, et dont le moule soit rebelle à l'ambition ou à la violence des minorités"<sup>48</sup>. Il insiste sur la souplesse de ce régime qui s'adapte à la volonté des majorités : "Avec le suffrage universel, tout peut être défectueux, mais tout est temporaire et corrigible. Nulle exclusion, ni pour aucun homme, ni pour aucune doctrine : hommes et doctrines ont un seul juge, la majorité nationale. Contre ses erreurs possibles, la minorité convaincue et tranquille a pour elle la liberté de parole, de la presse, de l'association, et le temps, cet auxiliaire infailible de la vérité"<sup>49</sup>. Marrast peut ainsi caractériser la constitution républicaine comme celle qui "arme la démocratie des moyens de se régulariser, de se mouvoir, de se modifier pacifiquement". Cette confiance repose, en dernier lieu, sur le libre jeu de la volonté des citoyens dont, à l'évidence, Marrast ne peut songer qu'elle veuille cesser de désirer cette égale liberté politique dont elle jouit enfin. Le républicain Jean Reynaud vient appuyer cette conception de la république dans le sens d'une conception formelle en critiquant la formule du projet de préambule : "La République a pour dogme : la Liberté...". Il obtiendra en fin de compte que le mot dogme soit remplacé par celui de principe. Il conteste, en effet, qu'une république puisse avoir un dogme. Celui-ci peut consister en une vérité religieuse, morale, philosophique ou même politique. Mais à ses yeux, "il y a un certain danger que ce dogme ainsi introduit dans la constitution ne donne lieu de penser que les lois de la religion vont faire invasion dans les lois de la politique..."<sup>50</sup>. Le danger est d'autant plus grand qu'avec le grand mot de fraternité la constitution touche au domaine moral et religieux. "Et qui ne sait, citoyens, que la politique n'y peut faire un pas sans s'y engloutir, et, pis encore, sans détruire par ce mélange même et la morale et la

<sup>47</sup> "Elle a pour dogme la liberté, l'égalité et la fraternité". Article IV du projet de préambule présenté le 30 août 1848 à la place du projet de Déclaration des droits abandonné (cf *Compte-rendu*, T. III, p. 602).

<sup>48</sup> Marrast, rapport fait au nom de la Commission, séance du 30 août 1848, *Compte-rendu*, T. III, p. 596.

<sup>49</sup> *Ibidem*.

<sup>50</sup> Reynaud, séance du 7 septembre 1848, *Compte-rendu*, T. III, p. 836.

religion". Relisant différentes expressions employées dans le projet de préambule Reynaud s'exclame : "Ainsi nous voilà en pleine religion; que dis-je en pleine théocratie, car voici que les prescriptions religieuses, les prescriptions de la loi écrite, nous sont imposées de par la loi !" <sup>51</sup>. Reynaud révèle en fin de compte ce qui le pousse à cette laïcisation du préambule, elle-même reflet de ce qu'on appellera plus tard la laïcité de la République : "Ainsi, voilà du premier pas, la liberté civile qui périclète sous ces empiètements du dogme religieux sur le domaine politique !" <sup>52</sup>. Ce que réclame Reynaud, c'est une nette séparation des ordres religieux et politique au profit de l'un comme de l'autre, et plus encore au profit de la liberté individuelle dont la liberté de conscience est le cœur et l'emblème. Il ne rejette pas l'idée de fraternité mais il veut qu'en république elle soit entendue de façon républicaine et non religieuse : "Ce principe ferait sa perte, s'il n'était pas entendu comme il doit l'être, s'il venait à être entraîné hors du droit, s'il arrivait à autoriser l'usurpation des lois civiles sur la conscience, et de la politique sur la religion, ce même principe, bien pris, est justement la force, la grandeur, la source de vie de la République ; mais ne disons pas, de peur de confusion, qu'il est son dogme ! disons simplement, nettement, carrément qu'il est le principe de ses lois" <sup>53</sup>. Le formalisme de la république est ici impliqué par le fait qu'elle ne saurait imposer aucun dogme; elle reste donc à la merci de la volonté entièrement libre de chaque citoyen.

Le formalisme de la république est poussé encore plus loin par ceux qui ne sont pas républicains. C'est ainsi qu'on peut comprendre le sens de certaines interventions de députés monarchistes. Cazalès invoque la constitution américaine qui "est parfaitement républicaine", et où il n'y a pourtant ni aphorismes ni maximes politiques mais seulement des déclarations de choses positives. Elle se contente de régler les rapports entre les pouvoirs au contraire de la tradition révolutionnaire française qui a accumulé en vain les "déclarations de droits politiques", préjugé défavorable pour un préambule. Il faut se contenter des grands principes inscrits dans le cœur des Français. Finalement une constitution républicaine sans préambule, c'est-à-dire sans l'énonciation de ses principes politiques, permet de ne pas lui donner un contenu trop précis. Ainsi, lorsque l'Assemblée rejette l'amendement Thouret visant à exclure de la présidence de la République les membres des anciennes familles régnantes, elle renonce à un critère matériel de la république au profit du seul critère formel de l'élection par le suffrage majoritaire dont elle ne tardera pas à mesurer les conséquences.

<sup>51</sup> Ibidem, p. 837 ; Mgr Fayet avait lui aussi contesté à la République le droit d'employer le mot dogme à la façon dont elle le faisait, car le mot ne peut désigner que des réalités religieuses mais il précisait, non sans un lapsus significatif, que "le dogme de la République... (*interruptions*), Je dis donc que le fondement unique de toutes les Républiques, c'est la religion, l'amour de la patrie, la justice, l'honneur et la pratique de toutes les vertus privées et publiques. Voilà le dogme...", séance du 5 septembre 1848, Compte-rendu, T. III, p. 798. Cazalès fait de même remarquer la difficulté de "traduire en formule le dogme de la liberté" ; on ne peut pas dire que la liberté ni l'égalité soit un dogme. Quant à la fraternité, si on peut le faire c'est parce qu'elle est un dogme religieux avant d'être un dogme politique (séance du 6 septembre 1848, Compte-rendu, T. III, p. 820).

<sup>52</sup> On tient un exemple concret des difficultés que le libéralisme politique rencontre dans la brève discussion entre Ferdinand de Lasteyrie et Dupin à propos de l'article VII du préambule proclamant que "les citoyens doivent aimer leur patrie". Lasteyrie, au nom du respect de la conscience, demande qu'on ne proclame pas ce sentiment "parce qu'il y a des sentiments de la nature qui ne se décrètent jamais". Il défend, comme Reynaud, une certaine forme de laïcisation lorsqu'il admet "qu'on leur dise de défendre leur patrie, mais qu'on ne leur ordonne pas de l'aimer, c'est leur faire injure". À cette tentative de limiter les devoirs républicains au for externe, Dupin réplique que cette "susceptibilité" lui est incompréhensible : "ce n'est pas seulement un devoir et un sentiment, c'est un dogme". (le rédacteur note à ce moment (Bruit) ; cf séance du 7 septembre 1848, Compte-rendu, T. III, p. 856.

<sup>53</sup> Ibidem.

Contre cette tendance à réduire la république aux formes de la liberté et de l'expression de la volonté souveraine par le suffrage universel se dressent ceux qui pensent qu'on ne peut pas se contenter d'une "république quelconque" pour reprendre le mot de Babeuf contre la république directoriale<sup>54</sup>. Lorsque Crémieux défend le principe d'un préambule précédant la constitution, il fait valoir qu'il constitue précisément une tradition et une pratique qui distinguent la république des autres régimes politiques que la France a connu. La république a un contenu qui n'est pas seulement fait des règles constitutionnelles d'organisation des pouvoirs et c'est une des fonctions du préambule que de le signifier : " ... est-ce que vous ne comprenez pas combien il est nécessaire, dans le temps où nous vivons surtout, de mettre sous les yeux du peuple son code, sa loi, son évangile politique, ce que vous avez justement appelé son dogme politique ? Oui son dogme politique, car il y a pour les Républiques un dogme politique, comme il y a pour tous les hommes un dogme religieux"<sup>55</sup>. Buchez a bien saisi que la république pouvait être entendue comme une forme et il insiste pour que le but de ce régime soit explicité dans le préambule dont c'est l'une des fonctions : "... l'idée de but est une idée moins importante, peut-être à placer en tête d'une constitution monarchique, ou d'une constitution aristocratique ; en effet ... le but se conserve dans une monarchie comme une tradition de famille; dans une constitution aristocratique il se conserve également comme une tradition du même genre ; il y a une nécessité plus grande de mettre cette idée en tête de la constitution d'une république du genre de celle sous laquelle nous vivons"<sup>56</sup>. Autrement dit, en république, indiquer le but est une condition vitale puisque c'est le seul régime qui est remis à la responsabilité de la libre volonté des citoyens<sup>57</sup>. C'est Lamartine qui donne peut-être la formulation la plus forte de ce refus d'une positivité purement juridique et formelle. Il rejette le simple acte de légiste, celui qui ordonne, - *sic volo, sic jubeo* - ; "c'est un fait pour ainsi dire matériel et brutal que l'injonction de la loi". Le préambule, en rassemblant les grandes vérités, permettra de lier les grands principes religieux entendus en un sens large avec les paragraphes de la constitution "en sorte qu'au lieu d'être ce que vos orateurs semblent vouloir en faire, *un mécanisme pur et un*

<sup>54</sup> Tocqueville emploie la même expression dans une lettre à sa femme du 23 mars 1848 pour définir les opinions politiques des campagnes normandes : "Non seulement elles ne sont pas partisans de la république exagérée, mais elles me paraissent fort opposées à la république quelconque..." in Correspondance familiale, Oeuvres complètes, Gallimard, 1998, T. XIV, p. 519.

<sup>55</sup> Crémieux, séance du 6 septembre 1848, Compte-rendu, T. III, p. 815. Il faut noter que si la liberté et les droits de l'homme sont effectivement le "dogme" de la république, il s'agit là d'un dogme dont le contenu est fort peu dogmatique puisque sa mise en oeuvre concrète est laissée à la libre détermination des libres citoyens. Autrement dit le dogme de la république existe mais il ne porte très largement que sur une forme, la liberté conférée également à tous les citoyens.

<sup>56</sup> Buchez, séance du 6 septembre 1848, Compte-rendu, T. III, p. 831.

<sup>57</sup> Montesquieu a souligné que c'est la raison pour laquelle l'éducation est plus fondamentale en république que dans les autres régimes : il faut y développer l'amour des lois et de la patrie. "Cet amour est singulièrement affecté aux démocraties. Dans elles seules, le gouvernement est confié à chaque citoyen. Or le gouvernement est comme toutes les choses du monde; pour le conserver, il faut l'aimer". (De l'esprit des lois, Livre IV, chap. V). En république les intérêts personnels ne sont pas naturellement conduits à soutenir le régime comme c'est le cas en monarchie ou en aristocratie. Le rôle éducatif d'un préambule avait été signalé, dès le début, par Cormenin : "poser les prolégomènes... qui serviront surtout d'enseignement au peuple" (procès-verbaux de la Commission, précités, p. 61) et par Crémieux qui expliquait ainsi ce qui excite les révolutions : "C'est le danger de ne pas apprendre suffisamment au peuple ce qui lui est dû et ce qu'il doit lui-même; c'est le danger de ne pas l'éclairer assez sur ses droits et ses devoirs. Eh bien, une proclamation en tête d'une constitution a pour objet spécial de faire connaître au peuple dans quelle situation il se trouve dans le pays." (séance du 6 septembre 1848, Compte-rendu, T. III, p. 814.

*matérialisme en action*, cette politique pratique de la République envers le peuple soit une religion, un véritable culte de la société envers elle-même ; oui, une religion de l'humanité envers son Dieu !"<sup>58</sup>. De nombreux constituants parleront des devoirs de l'homme comme l'une des formes du "dogme social". L'avocat républicain Freslon, répliquant à Sainte-Beuve qui contestait la reconnaissance constitutionnelle de "droits antérieurs et supérieurs aux lois positives", soutint "que ceux qui prétendent qu'il n'y a dans la société humaine que les droits consacrés par les constitutions ou les formules légales ; je dis que ceux-là, qu'ils le sachent ou qu'ils l'ignorent, sont, en morale et en métaphysique, des athées véritables. Hé bien, comme le préambule est surtout pour moi un acte de foi dans le droit, un acte de foi dans la providence, je demande le maintien de l'article 3 du projet"<sup>59</sup>.

La majorité fit donc le choix politique d'une république qui ne soit pas purement procédurale : elle affirme donc un "dogme" républicain. Il revint ainsi au préambule de lui donner un contenu propre qui fonde pour l'avenir les principes d'interprétation de la constitution. Elle se donne un contenu concret qui la différencie non seulement de l'empire ou de la monarchie mais encore d'autres républiques possibles. Elle ne veut pas être une "république quelconque" c'est-à-dire celle qui résulte du seul fonctionnement des institutions comme ce fut le cas, au moins constitutionnellement, pour la Troisième République<sup>60</sup>. À la vérité, elle se donne un "dogme" et une "foi", mais ceux-ci restent singulièrement ouverts à la fois par le libéralisme politique des constituants et par le souci d'ouvrir la voie de la révision constitutionnelle<sup>61</sup>. Le préambule donne indéniablement à la République de 1848 un contenu qui lui est propre et même unique dans la tradition française. C'est une République qui consacre au sens large une transcendance par rapport au régime politique qu'elle représente. La formule "en présence de Dieu" est classique dans la tradition révolutionnaire française mais c'est aussi la dernière fois qu'elle sera employée. Cette transcendance est encore reconnue, de façon plus immédiatement intéressante pour les juristes, par l'article III : "Elle reconnaît des droits et des devoirs antérieurs et supérieurs aux lois positives". Cette référence à une extériorité qui la dépasse confère à la République un double caractère ouvert et libéral : c'est le cas, rare, où un régime politique reconnaît publiquement qu'il n'est pas à l'origine de toute la société, ni de tout droit et que la volonté souveraine doit se reconnaître des limites. La République énonce publiquement qu'elle n'a pas vocation à connaître de tout l'homme et qu'une partie de ses droits lui échappe, reconnaissance politique et symbolique mais non immédiatement juridique car il lui revient à elle seule de transcrire

<sup>58</sup> Lamartine, séance du 6 septembre 1848, Compte-rendu, T. III, p. 822 (souligné par nous).

<sup>59</sup> Freslon, séance du 7 septembre, Compte-rendu, T. III, p. 848 ; au moment où l'orateur dénonce l'athéisme du strict positivisme juridique, il est noté : (Oui ! Très bien !).

<sup>60</sup> C'est bien une des significations qu'il faut donner au débat lancé par Hauriou et Duguit sur l'absence de déclaration des droits dans la constitution de 1875. Dans ce cas, la république quelconque est celle qui est façonnée au jour le jour et au gré des majorités du moment par un parlement souverain. Le débat sur l'invocabilité de la Déclaration de 1789 visait à faire échapper certains droits et libertés à ces variations parlementaires.

<sup>61</sup> C'est du moins ce qu'exprime Reynaud comme une caractéristique de la République de 1848 par rapport à celles qui l'ont précédée : elle aurait un sens de l'historicité des sociétés qui manquait à la fin du siècle précédent (cf Compte-rendu, T. III, p. 838). La révision constitutionnelle est cependant le lieu où s'affronte le souci de fondation stable et celui de l'ouverture aux générations suivantes. La procédure de l'article 111 montre que le souci de stabilité et de fondation l'a emporté, au point que le coup d'État était la seule solution possible pour le Prince Président. En ce sens la règle procédurale protégeait bien le caractère républicain du régime tel qu'il avait été conçu à l'origine.

cette autolimitation dans ses lois positives. Quatre autres caractères singularisent encore la République de 1848. Elle reste fortement marquée par le libéralisme à travers l'idée d'un "gouvernement à bon marché"<sup>62</sup> : "augmenter l'aisance de chacun par la réduction graduée des dépenses publiques et des impôts" (art. I), ou le rappel de sa "base" : "la Famille, la Travail, la Propriété, l'Ordre public" (art. IV). De façon plus neuve et originale cette République est aussi nettement inspirée par un progressisme qu'il faut relier à l'idée de constitution ouverte. Le régime intègre une vision historique de marche vers le progrès et la civilisation qui permet à la fois d'envisager sereinement toutes les révisions constitutionnelles à venir, de considérer qu'il est légitime que le droit ne soit que le reflet de l'état de la société sans craindre que cette ouverture ne conduise à des reniements politiques. Cette république n'a pas été capable de formuler une nouvelle déclaration des droits de l'homme. Le très long débat sur le droit au travail qui est aussi un débat entre le socialisme naissant et le libéralisme en témoigne. Plutôt que de consacrer un droit nouveau et surtout une nouvelle manière de formuler les droits de l'homme à l'égard de la société, la Commission a préféré ne pas proposer de Déclaration à l'Assemblée. Cette absence renvoie implicitement mais très clairement, comme en témoignent les débats, vers la seule déclaration de 1789. Ce blocage à l'égard des nouveaux droits sociaux est à peine compensé par les nombreuses insistances sur l'égalité des droits. Le dernier caractère spécifique de cette République est son moralisme insistant<sup>63</sup>, retrouvant par là une tradition révolutionnaire (An III, mais aussi 1793), mais surtout exprimant une critique moralisante de l'individualisme qui pouvait à la fois, et non sans équivoques multiples, plaire aux catholiques mais aussi au civisme républicain et aux différentes écoles socialistes. L'insistance sur le mot "devoirs", que ce soient ceux des citoyens ou ceux de l'État, est typique. Tocqueville fera remarquer en vain à la Commission que les devoirs ne relèvent pas de l'ordre politique et que les constitutions n'ont pas à régler les devoirs moraux et généraux<sup>64</sup>. Jean Reynaud fit valoir devant l'Assemblée une même position libérale et laïque en notant que si on écrit la loi on a du même coup déterminé, et les droits, et les devoirs qu'il n'est dès lors plus nécessaire d'énoncer en une déclaration spéciale : "Que les citoyens, *par la libre propagation des sentiments moraux*, prennent l'habitude d'aimer et de respecter ces lois : qu'ils s'y

<sup>62</sup> Expression de Bauchart, séance du 7 septembre 1848 (Compte-rendu, T. III, p. 842) : "... depuis plus d'un demi-siècle on nous promet le gouvernement à bon marché... C'est pour cela que je demande que la République prenne l'engagement de nous le donner enfin. ... ce n'est pas trop de la solennité d'un acte comme celui que nous sommes appelés à voter, la constitution, pour un engagement de cette importance. Il a pu très bien appartenir au Gouvernement représentatif tronqué de la Monarchie de manquer à ses promesses; mais quand le gouvernement républicain aura renouvelé cet engagement, il est certain qu'il le tiendra".

<sup>63</sup> Le thème des devoirs de l'homme envers la société revient constamment dans les débats et de façon plus répandue et insistante encore qu'en l'An III. On ne citera comme exemple que Dufaure : "Le sentiment personnel du droit est, certes, un sentiment respectable et sacré; et nous vous demanderons plus tard de le garantir. Mais pourtant ce sentiment est personnel ; ... il n'est pas, dans la société, un moyen d'union, il est plutôt une cause d'isolement et de division. Le devoir, au contraire, le sentiment du devoir porte avec lui l'idée d'abnégation personnelle, l'idée de sacrifice, l'idée de dévouement ; le sentiment du devoir, il crée toutes les grandes et bonnes passions ; le sentiment du devoir, il rapproche les hommes au lieu de les séparer, il unit, il fortifie les États au lieu de les diviser et de les dissoudre (*très bien ! très bien !*)". Et Dufaure y rattache le rôle éducatif du préambule : "... nous voulons que, par votre préambule, vous donniez cette leçon et à nos concitoyens qui nous écoutent, et aux législateurs qui doivent nous suivre ; nous avons voulu que, gouvernants et gouvernés, apprirent, lussent, à tout moment, les devoirs que l'ordre social leur impose. (*approbation*)" (séance du 14 septembre 1848, Compte-rendu, T. IV, p. 15). Lamartine critiquera cette insistance sur les devoirs, en considérant que les devoirs relèvent du sentiment moral et que la loi ne doit connaître que des droits : "Le sentiment fait le devoir; la loi constitue le droit". (même séance, op. cit., p. 22).

<sup>64</sup> Cf les procès-verbaux de la Commission de la Constitution, op. cit., p. 139. Il reçut l'appui de son ami G. de Beaumont.

conformement d'eux-mêmes, comme ils le feront dès qu'ils chercheront pour eux-mêmes le vrai bien, et bientôt nous donnerons ici, au sein de notre tranquille République, l'exemple de la paix, de la concorde et du progrès"<sup>65</sup>.

Le préambule, ayant ainsi défini la République, remplit une double fonction vis-à-vis de l'ordre juridique à venir. Il doit, selon Dufaure, "d'abord garantir le droit de l'individu" et ensuite en fixer les buts : "Avant d'organiser la forme des pouvoirs de la République, nous avons besoin de dire en peu de mots qu'elle était l'intention, l'esprit, la pensée de la constitution de la République"<sup>66</sup>. Ceci servira de "guide du législateur futur" selon le mot de Boissy d'Anglas qu'il rappelle. Lamartine défend aussi longuement la fonction du préambule : "... si nous omettions d'inscrire ici, au sommet de notre constitution, quelles ont été nos intentions fondamentales, quelles ont été nos pensées profondes, nos révélations sociales, pour ainsi dire, en faisant la constitution que nous allons édifier, que pourrait-il arriver ? Il pourrait arriver qu'après quelques années, après dix ans, vingt ans d'obliérations de nos souvenirs, d'effacement de ces grandes pensées, de ces grands sentiments et de ces grands enthousiasmes qui nous ont dominés à l'heure de la révolution créatrice, l'avenir ne reconnut plus ni ces intentions, ni ces enthousiasmes, ni ces pensées. Il pourrait arriver que, dans l'interprétation judaïque qu'on viendrait faire laborieusement ensuite, on donnât à chacun des articles un sens diamétralement opposé à l'esprit général que votre constitution veut leur assigner...."<sup>67</sup>. Reynaud définira de même le but du préambule : "... que cette Assemblée, la première des assemblées que va produire successivement la démocratie, soit mise en mesure de dominer comme il convient la composition des lois de la République, même de celles qu'elle ne rédigera pas; et secondement de prendre position, dès à présent, contre toute réaction qui voudrait se développer contre vous, en la démasquant à l'avance..."<sup>68</sup>. La position de ce dernier est intéressante car elle montre la difficulté de cette génération qui ne se veut plus aussi dogmatique et assurée de l'avenir que les révolutionnaires français mais qui veut simultanément se protéger contre n'importe quel avenir et fonder une république qui ne soit pas quelconque. Lamartine s'est montré sensible à l'idée de proclamer et protéger ce qui faisait l'originalité de leur génération qui a fait en Février "d'assez grandes choses pour avoir le droit d'écrire dans le préambule de sa constitution quelques formules nouvelles, quelques principes nouveaux, capables de subir le regard du temps et de la postérité"<sup>69</sup>. La constitution doit être ouverte pour s'adapter aux besoins et aux droits nouveaux qu'ils révéleraient; mais elle doit aussi fonder quelque chose de stable et protéger les principes qui la fondent. On peut aussi se demander quel droit positif stable est pensable face à l'idée d'évolution des sociétés. Peut-on vouloir fonder un nouveau régime politique stable si on songe simultanément aux droits des générations à venir de transformer ce régime ? Plus exactement, la lucidité historique devant le fait de l'évolution des sociétés humaines rend-il suffisamment confiant dans l'acte fondateur et la possibilité de protéger durablement le nouveau régime ?

---

<sup>65</sup> Jean Reynaud, séance du 7 septembre 1848, Compte-rendu, T. III, p. 838 (souligné par nous).

<sup>66</sup> Séance du 5 septembre 1848, Compte-rendu, T. III, p. 796.

<sup>67</sup> Lamartine, séance du 6 septembre 1848, Compte-rendu, T. III, p. 821-822.

<sup>68</sup> Reynaud, séance du 7 septembre 1848, Compte-rendu, T. III, p. 836. Billault dira de même qu'il faut écrire les principes "pour lier le Gouvernement et lui faire un devoir constitutionnel de se préoccuper sans relâche de sa réalisation" (séance du 14 septembre 1848, Compte-rendu, t. IV, p. 11).

<sup>69</sup> Lamartine, séance du 6 septembre précitée, p. 823.

Autrement dit s'il existe un "dogme" républicain, si modeste et ouvert soit-il, ne faut-il pas limiter le droit de révision, non pas seulement formellement, ce que l'article 111 fait assez bien, mais plus encore matériellement ?

### **B. - La République et les vertiges de la volonté : souveraineté absolue ou supraconstitutionnalité républicaine ?**

Le droit public moderne est fondé sur la volonté souveraine de "l'universalité des citoyens français" (art. 1), et le régime républicain en constitue l'expression achevée. La consécration du suffrage universel marque l'avènement de cette volonté de confier aux citoyens la maîtrise de leur destin historique et politique; c'est ce dont prend acte le premier article du préambule lorsqu'il énonce que "la France s'est constituée en République" et qu' en adoptant cette forme de gouvernement elle peut "se proposer pour but de marcher plus librement dans la voie du progrès et de la civilisation". Pourtant, une dernière fois, la République française se place "en présence de Dieu" pour accomplir cet acte majeur de la souveraineté démocratique qui consiste à se donner à soi-même la loi des autres lois<sup>70</sup>. Dans une courte intervention en réponse à l'évêque d'Orléans, le pasteur Coquerel fit au nom de la Commission une remarque significative quant au type de rapport que la République doit entretenir avec Dieu, et dans le but d'en donner une interprétation et une expression "laïque" : "L'expression *au nom de Dieu* convient à un concile ; l'expression *en présence de Dieu* convient à un parlement". Il demande donc qu'on rejette la formule de l'évêque car "quand on parle au nom de Dieu, on remonte ou l'on croit remonter jusqu'à la sagesse divine elle-même et se donner pour son interprète et son représentant"<sup>71</sup>. Percevant l'enjeu politique de tout pouvoir d'interprétation, - ici celui de la loi divine -, il marque le souci d'une forme certaine de séparation : si tous les hommes sont également en présence de Dieu, parler au nom de Dieu effectue un rapprochement inadmissible du ciel et de la terre, de la sagesse divine et de la sagesse humaine. Si chacun doit rester à sa place selon la formule de Coquerel, cette invocation n'est pourtant pas une formule oratoire sans signification. Le rapprochement avec l'article III du préambule qui fait reconnaître à la République "des droits et des devoirs antérieurs et supérieurs aux lois positives" n'est pas seulement la transcription "des droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme". La façon dont la positivité juridique est remise à sa place est suffisamment insistante pour que la formule ne soit pas seulement rhétorique. Par sa généralité elle renvoie vers l'idée d'une supralégalité, mais aussi, - les débats le confirment -, vers celle d'une éventuelle supraconstitutionnalité. Cette dernière correspond le mieux à l'idée de "dogme" puisqu'elle entend placer hors de toute atteinte certains principes particulièrement fondamentaux. La supraconstitutionnalité serait bien ainsi l'antidote du positivisme juridique et de "l'athéisme" procédural.

Politiquement l'article III du préambule répond à une double exigence de limitation de la volonté souveraine en démocratie, la première d'origine libérale et la seconde plus proprement républicaine. À chacune correspond une forme distincte de

<sup>70</sup> Rappelons qu'en 1789-1791 la formule était : "en présence et sous les auspices de l'Être suprême" ; en 1793 et en l'An III : "en présence de l'Être suprême".

<sup>71</sup> Coquerel, séance du 5 septembre 1848, Compte-rendu, T. III, p. 799.

supraconstitutionnalité : soit le renvoi à des normes antérieures et supérieures (i.e. le droit naturel), soit l'introduction d'une clause limitant le pouvoir de révision de la constitution<sup>72</sup>.

D'un point de vue libéral, la question est depuis longtemps celle de savoir comment protéger les droits individuels contre les majorités démocratiques. L'Assemblée constituante de 1848 s'est faite l'écho, y compris à gauche, des thèses libérales critiques de l'idée de souveraineté. Marrast, dès l'ouverture de la discussion, exprime de façon très claire : " Une constitution, c'est le frein des majorités, la garantie des individus, ..."73. Crémieux soutenait précisément que la tradition républicaine voulait une déclaration des droits en tête de la constitution car elle est la garantie de la liberté individuelle : " Si l'on ne proclame pas ce droit individuel, savez-vous ce qu'on oublie ? C'est le respect de la société pour l'individualité de l'homme, du citoyen. Non, l'homme n'a plus d'individualité sérieuse quand il n'a plus de droits reconnus. Savez-vous alors la théorie qui prévaut ? C'est que la société est maîtresse des individus, c'est que c'est elle qui agit, qui fait tout, c'est que tout se résume en elle; en d'autres termes c'est que l'État absorbe le citoyen. ... Oui, encore une fois, proclamez le droit individuel !"74. Pierre Leroux fera lui-même une référence positive au "combat" mené par l'école doctrinaire contre "ce principe grossier et matériel" de la souveraineté. Il aurait voulu que la constitution précise le terme de souveraineté par le qualificatif de "politique" car la souveraineté est d'abord en chaque homme avant d'être dans l'universalité des citoyens. "C'est avec cet absurde principe, compris comme on l'a fait, sans lien avec le principe de la souveraineté qui est dans chacun de nous, qui nous vient de Dieu, qu'on a commis des actes atroces, qu'on a proscrit des citoyens; tous les malheurs de la France viennent de l'interprétation grossière du principe de la souveraineté"75. Le résultat concret à ses yeux est qu'avec le principe de souveraineté proclamé par la constitution "on arriverait tout de suite à cette conséquence que l'universalité est la majorité, et alors les minorités seront opprimées"76. Dufaure confirme au nom de la Commission l'argumentation de Pierre Leroux et accepte que la souveraineté ne soit conçue que politiquement. Mais il considère que c'est précisément ce qui ressort de l'article III du préambule : celui-ci constitue une "doctrine contraire à toutes celles qui, en différents temps, ont voulu attribuer au pouvoir parlementaire la souveraineté absolue contre laquelle proteste avec nous M. Pierre Leroux". L'article III constitue donc aux yeux de Dufaure "une protestation éclatante contre les doctrines du contrat social et contre quelques-uns des actes de la Convention"77. Il confirme ainsi,

<sup>72</sup> En droit constitutionnel français, le seul exemple est celui de l'interdiction de réviser "la forme républicaine du gouvernement", introduite par la loi du 14 août 1884. C'est l'exemple-même d'une clause qui vise à sortir de la "république quelconque" et purement formelle établie en 1875, précisément dans le but d'un retour attendu à la monarchie. Cette clause a été reprise dans l'article 95 de la Constitution de 1946 et dans l'article 89 de la Constitution de 1958. Sur la supraconstitutionnalité, voir en particulier l'article de S. Rials précité qui rattache explicitement la notion au jusnaturalisme, proche en cela des constituants de 1848 et surtout O. Jouanjan "La forme républicaine de gouvernement, norme supraconstitutionnelle ?" in *La République en droit français* (colloque de Dijon 1992), Economica, 1996, pp. 267-287.

<sup>73</sup> Rapport précité, p. 596.

<sup>74</sup> Crémieux, séance du 6 septembre 1848, Compte-rendu, T. III, p. 815

<sup>75</sup> Pierre Leroux, séance du 7 septembre 1848, Compte-rendu, T. III, p. 852.

<sup>76</sup> Ibidem, p. 853.

<sup>77</sup> Ibidem. Dufaure ajoute : "Nous n'avons pas voulu, surtout, lorsque le pouvoir parlementaire agit au nom du suffrage universel, c'est-à-dire lorsqu'il a une force qu'il ne peut avoir dans aucune autre forme de gouvernement ; nous n'avons pas voulu placer l'idée sur la constitution que cette force peut aller jusqu'à violer, jusqu'à flétrir ces droits qui sont supérieurs à toutes les constitutions humaines. Voilà pourquoi, en tête de la constitution, nous vous avons demandé et vous avez consenti à reconnaître qu'il y avait des droits

sans qu'il soit besoin de l'inscrire dans la constitution, que la souveraineté qui appartient à l'universalité des citoyens, est exclusivement politique. Ce résultat s'obtiendra parce que l'énoncé de la souveraineté dans les articles de constitution se fera sous réserve et avec les restrictions indiquées dans le préambule.

Rarement en droit constitutionnel français une volonté aussi évidente de limiter la souveraineté démocratique aura été exprimée<sup>78</sup>. En l'enfermant dans le seul champ politique les constituants rappellent le schéma de Benjamin Constant pour qui la limitation de la souveraineté ne porte pas sur ce qu'elle peut faire puisque sa volonté est souveraine ou n'est pas, mais sur le domaine dans lequel elle peut s'appliquer<sup>79</sup>. Il reste que si la volonté politique de limitation de la souveraineté est évidente, les moyens mis en oeuvre pour lui donner effectivité sont singulièrement absents. Apparemment il s'agit d'une volonté souveraine limitée de l'extérieur par des droits antérieurs et supérieurs; en pratique, il ne peut s'agir que d'une autolimitation politique du législateur ou du constituant en l'absence de toute définition et de toute liste de ces droits ainsi que de tout organe, autre que le parlement ou le gouvernement, chargé de les faire respecter. Ces droits et libertés ne le deviendront que lorsque la loi leur confèrera la positivité. La reconnaissance de l'article III ne constitue donc qu'une renonciation volontaire du législateur à empiéter sur certains droits qu'il consacre, par là, comme antérieurs et supérieurs.

L'autre raison de vouloir limiter la volonté souveraine se rattache au principe républicain en ce qu'elle témoigne du désir d'assurer la pérennité de l'oeuvre fondatrice de la Révolution de 1848. Elle tient aussi au fait que, pour les constituants, la république n'est pas seulement la mise en forme institutionnelle du suffrage universel. Tout constituant cherche, par nature, à assurer l'institutionnalisation des principes d'origine, notamment contre les divagations de la volonté souveraine. Alors que les républicains de 1848 ont voulu ou, plutôt, ont eu le sentiment d'établir une constitution ouverte, ils entendent cependant sauver quelques principes essentiels, à commencer par celui de la survie de la République elle-même. C'est ce que plaida Antony Thouret pour défendre son amendement excluant les anciennes familles régnantes de l'élection présidentielle : "Quant à nous, législateurs de la République, nous avons quelque chose de plus à faire que de discuter les hommes, nous avons à les éclairer et à les sauver. ... Faisons surtout que l'histoire ne dise pas de nous : ils avaient en main une constitution et une République, et ils n'ont pas su se servir de l'une pour sauver l'autre !"<sup>80</sup>. Un de ceux qui se fit le

---

antérieurs et supérieurs à toutes les lois positives. C'est là une protestation éclatante contre cette doctrine de souveraineté absolue dont parlait ... M. Pierre Leroux".

<sup>78</sup> On peut y voir une inconséquence vis-à-vis du principe démocratique lui-même et comprendre cette exception comme une étape vers une maturation ultérieure et une plus grande compréhension de la logique du principe démocratique.

<sup>79</sup> Voir le chapitre I des "Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs..." (in B. Constant, "De la liberté des Modernes", édité par M. Gauchet, Pluriel, 1980, notamment p. 271).

<sup>80</sup> Séance du 3 novembre 1848, Compte-rendu, T. V, p. 282 (souligné par nous) ; Thouret s'était rendu compte, - à défaut de la résoudre -, de la difficulté à combiner la souveraineté du peuple et la volonté de le sauver de lui-même : "Si l'on m'objecte que je me défie du suffrage universel, je répondrai qu'écrire un droit dans la constitution ce n'est pas faire injure au suffrage universel que nous représentons ici les premiers, et dans toute son étendue. Non, je ne me défie pas du suffrage universel, de même qu'il nous a demandé l'histoire de notre passé avant de nous donner ses votes, le peuple voudra connaître le passé de tous ses candidats avant de lui confier son avenir. Un peuple qui agirait autrement tenterait le génie du mal ; il

défenseur des droits supérieurs et antérieurs aux lois positives, montra comment cet article du préambule pouvait encore avoir une portée supraconstitutionnelle. Critiquant vivement Sainte-Beuve, Detours soutint la légitimité de l'insurrection de Février car "le droit électoral, le droit universel des électeurs, était supérieur et antérieur aux lois positives"<sup>81</sup>. Il proposa à l'Assemblée de préciser que les droits énoncés à l'article III du préambule seraient encore explicitement désignés comme supérieurs non seulement aux lois positives mais encore à la constitution, afin de placer explicitement le principe du suffrage universel à l'abri du pouvoir constituant lui-même<sup>82</sup>. Il faisait remarquer que des droits qu'on énumère dans la constitution ne peuvent pas lui être antérieurs et supérieurs : "Faites donc qu'ils soient antérieurs et réellement supérieurs, mettez-les à une place où ils dominent la constitution !"<sup>83</sup>. Detours entend ainsi explicitement limiter le pouvoir de révision de la constitution : "... le peuple, en faisant une constitution, ne s'engage qu'envers lui-même, ... il a le droit perpétuel de révision, c'est-à-dire qu'il peut changer quand il voudra la constitution ! Vous qui tremblez devant l'avènement de la démocratie, préservez donc de la main de ce peuple que vous redoutez, préservez de sa main qui retouchera votre oeuvre, les droits sacrés du citoyen, de l'individu !"<sup>84</sup>. Soucieux néanmoins de positivité, il proposait donc d'énoncer ces droits, non pas comme provenant d'un droit naturel nébuleux mais venant de la tradition historique, du travail national, des conquêtes du pays (dans une représentation qui tient plus de la tradition anglaise et de Burke). La liste qu'il donnait n'était guère différente de celle qu'on pouvait trouver dans la garantie des droits intégrée à la constitution; par contre en figurant dans le préambule elle acquérait, au moins symboliquement, une antériorité qui pouvait paraître fonder une supériorité non seulement vis-à-vis de la loi mais aussi de la constitution. Si sa critique "des instabilités des opinions" est lucide, on se demande comment concrètement il parvient à détacher et séparer de la constitution ces droits éternels pour les sauver de toute instabilité<sup>85</sup>. Il ne saisit pas le paradoxe de sa proposition, celui d'une volonté de mettre à l'abri de la volonté elle-même certains droits et certains principes. Vouloir l'immutabilité des droits les plus fondamentaux, c'est encore la faire dépendre de la fragilité de la volonté humaine. Il reviendra à la charge à l'extrême fin de l'examen du préambule en proposant un article additionnel qui établissait la supraconstitutionnalité du droit de suffrage<sup>86</sup>. Le député reconnaît être là plus modeste que dans sa première

---

risquerait plus que sa liberté, il risquerait son honneur ! D'ailleurs, l'honneur du peuple ne dispense pas ses Représentants de faire leur devoir" (ibidem).

<sup>81</sup> Detours, séance du 7 septembre 1848, *Compte-rendu*, T. III, p. 849, opposant radical à la Monarchie de Juillet, légitimiste militant, il siégea à l'extrême-gauche. Il prit la parole pour dénoncer "cette proposition détestable : qu'il n'y a pas de droits antérieurs et supérieurs aux lois positives. ... cela a été dit une fois par un ancien Ministre de la monarchie que je vois devant moi ; il ne reconnaissait que le pays légal, il n'y avait, disait-il, d'autres droits que ceux reconnus par la loi. Et à cette proposition insolente, le peuple a répondu par l'insurrection ;..."

<sup>82</sup> Ibidem, p. 851.

<sup>83</sup> Ibidem.

<sup>84</sup> Ibidem. Il n'est pas impossible que l'interpellation de Detours ne retourne ironiquement contre les libéraux et les républicains modérés leurs propres principes au profit du suffrage universel.

<sup>85</sup> Ibidem, p. 852 ; "Combien durera cette constitution que vous allez faire ? Je l'ignore; mais je sais qu'elle aura le sort de celles qui l'ont précédée, qu'elle mourra ! N'attachons pas à son sort le droit vivant et éternel, les libertés sacrées des citoyens! Dégageons du terrain des orages et des combats ce qui doit demeurer à jamais immuable et vrai pour tous, ce qui doit rester le patrimoine de tous, l'arme de tous, le refuge commun, dans ces jours d'épreuves suprêmes et de luttes sociales qui assurent les libertés publiques".

<sup>86</sup> "Toutefois, et préalablement, l'Assemblée Nationale, élue en vertu du droit universel de suffrage, source et base de tous les pouvoirs dans la République, doit déclarer et déclare solennellement que le droit qu'a tout citoyen français majeur de participer personnellement à l'élection des Représentants du peuple est un droit

proposition et se contenter de placer le suffrage universel hors du pouvoir de révision. Il comprend que cette garantie qui vient garantir une autre garantie ne constitue qu'un "appui moral" ; autrement dit la violation de cette déclaration figurant en conclusion du préambule ne peut avoir, en fin de compte, d'autre sens que d'autoriser et fonder la résistance à l'oppression<sup>87</sup>. Martin (de Strasbourg) donna au nom de la Commission la réponse qui constitue la doctrine classique dominante en France. L'insertion d'un tel principe dans la constitution-même ne lui donnerait aucune force de plus que s'il appartenait à la catégorie de ceux qui sont antérieurs et supérieurs. Mais l'argument définitif est que la souveraineté du pouvoir constituant est totale : "... vous n'avez pas la prétention d'enchaîner les générations à venir. Il est certain que toute Assemblée Constituante aurait le même droit que nous de déclarer, de reconnaître, de proclamer des principes"<sup>88</sup>.

Le commissaire exprimait là un sentiment largement partagé par l'Assemblée : celui d'une historicité et d'une évolution du droit et des sociétés. Ainsi s'exprime une contradiction forte entre la génération fondatrice et les générations futures. Jean Reynaud, assez représentatif d'une authentique pensée républicaine, - celle qui ne veut pas de dogme pour la république et entend séparer le domaine religieux et le domaine politique par souci de la liberté individuelle -, a plaidé pour un préambule qui ne soit pas un "code philosophique". Il craint ces plans arbitraires qui ne tiennent pas compte des particularités des nations et dégénèrent en tyrannie. Les législateurs antiques pouvaient vouloir donner à leurs constitutions un caractère éternel; mais ils ne sont plus un modèle. "Nous avons aujourd'hui des progrès des nations et de l'humanité, d'autres idées. Ce sont elles qui ont dicté à votre commission cette grande idée de la variabilité des lois qui est consignée au chapitre XI de son projet; et cette idée est si considérable, que, ne fût-elle pas nécessaire pour achever de déterminer le caractère général des lois, il conviendrait de l'insérer dans votre préambule, ne fût-ce qu'à raison de son importance et de sa nouveauté"<sup>89</sup>. Le même Reynaud voulait pourtant protéger constitutionnellement la république contre la réaction. La contradiction est levée si l'on considère le progressisme de la pensée républicaine en 1848 tel que précisément ce dernier l'exprime : "Les lois de la République se développent proportionnellement aux progrès de la nation"<sup>90</sup>. Ce sens du développement historique est encore renforcé par la logique libérale pour rendre la stabilité des choix constitutionnels initiaux plus difficile à organiser. Le républicain modéré Freslon défend une conception ouverte de la constitution, elle-même conséquence d'une conception libérale cohérente de la vie politique. Pour lui, ce sont "les

---

préexistant, souverain, imprescriptible, qu'il n'appartient à aucune assemblée quelconque, même celle de révision, de suspendre, d'altérer ou d'amoindrir." (séance du 15 septembre 1848, *Compte-rendu*, T. IV, p. 36).

<sup>87</sup> "Cette déclaration aurait une haute importance; elle donnerait au droit reconnu par l'Assemblée une certitude, une garantie et un appui moral qui ne peuvent résulter d'une constitution livrée d'avance aux contestations et aux caprices des partis. Après une telle déclaration, l'attaque contre le suffrage universel serait un attentat et un crime, et la résistance du peuple et des minorités elles-mêmes un droit permanent". La proposition de Detours revient donc à proclamer ce droit de résistance que Sainte-Beuve avait décidé bien raison de trouver sous la proclamation de l'article III du préambule. L'Assemblée ne réagit guère à cet ultime amendement au préambule.

<sup>88</sup> Ibidem, p. 38.

<sup>89</sup> J. Reynaud, séance du 7 septembre 1848, *Compte-rendu*, T. III, p. 838. Dans le même sens Huot critiqua vivement l'idée "de décréter dans une constitution le droit naturel". On ne donnera pas à ce dernier une force plus grande. Au demeurant, toutes les formes de gouvernement, et non la seule république, sont soumises au droit naturel. (séance du 7 septembre 1848, *Compte-rendu*, T. III, p. 850).

<sup>90</sup> J. Reynaud, *ibidem* ; souligné dans le texte.

constitutions fermées" qui provoquent des révolutions comme celle que la France vient de connaître, parce qu'elles "interdisent la possibilité et l'espérance de tout progrès"<sup>91</sup>. Les constitutions doivent donc accepter cette évolution historique liée à l'état des sociétés. La constatation est banale du point de vue politique ou historique; en matière juridique et constitutionnelle, elle remet en cause, comme ils s'en rendent compte, tout ce que l'idéologie constitutionnelle permet d'espérer en termes de stabilité, sécurité juridique, droits immuables, etc. "Le droit et la vérité doivent prévaloir dans la société; mais comme, en fin de compte, il faut trouver un moyen de fixer la pensée constitutionnelle et législative de cette société, il faut admettre qu'elle le sera pour un temps par le vote de la majorité". Freslon livre, ce disant, la justification libérale de la décision majoritaire : c'est le seul mécanisme de décision collective existant, mais cela ne lui confère qu'une valeur purement relative et temporaire. En explicitant les droits de la minorité il développe une doctrine libérale de la vie politique qui valorise l'approche formelle de la constitution au détriment de sa définition matérielle et contredit l'idée qu'il faut protéger absolument les principes fondateurs de la République contre les projets de révision futurs. "Quel est alors le droit de la minorité ? Elle a l'élection, elle a le droit de se faire entendre, elle a le droit d'élever la voix, d'employer tous les moyens à l'aide desquels, quand on a la foi et le droit, et des institutions libres, les minorités parviennent à conquérir légitimement la majorité ;..."<sup>92</sup>. Seul le principe d'adaptation souple à une volonté majoritaire susceptible d'évoluer reflèterait véritablement le principe de la République, mais il la rend entièrement tributaire de la volonté majoritaire.

La mise en forme juridique, dans la constitution, de ce double souci politique de la garantie des droits et de la garantie des principes fondamentaux du nouveau régime n'en réalise que très imparfaitement l'intention protectrice. L'Assemblée a d'abord rejeté la clause limitant le pouvoir de révision qu'on lui proposait de façon particulièrement claire et motivée en refusant les deux amendements Detours protégeant le suffrage universel.

Quant au vote de l'article III du préambule, il répond en principe au premier objectif. Mais la discussion à laquelle il a donné lieu, a montré les difficultés insurmontables et les contradictions du sujet. Le préambule en général et l'article III tout particulièrement sont les substituts de la déclaration des droits que la Commission a renoncé à préparer<sup>93</sup>. Cet article, à l'évidence, est un écho et une reprise de la formule de 1789. Il renvoie aux droits naturels et imprescriptibles de l'homme, à leur caractère inaliénable et sacré. Il s'agit bien dans les deux cas de leur assurer une garantie absolue contre l'État. La formule de 1848 engage cependant un peu plus précisément la constitution. Certes Dupin, avec l'apparente approbation de l'Assemblée, assimila purement et simplement ce texte à la

<sup>91</sup> Freslon manifestement ne distingue pas clairement la "fermeture" politique et la "fermeture" proprement constitutionnelle et juridique. La Monarchie de Juillet connaissait une constitution souple qui ne lui a pas évité la révolution.

<sup>92</sup> Freslon, séance du 7 septembre 1848, *Compte-rendu*, T. III, p. 848. Freslon répondait à l'objection positiviste de Sainte-Beuve contre l'article III du préambule, mais sans voir que sa conception libérale d'une vie politique qui s'adapte constamment à la majorité est en fin de compte tout aussi formaliste que celle de son contradicteur, même si elle est plus optimiste. La différence entre les deux est purement politique, l'un conservateur, l'autre républicain modéré progressiste.

<sup>93</sup> Cf un écho chez Huot : "Ce paragraphe a été inséré dans le préambule, je le pense du moins, pour remplacer la déclaration des droits qui avait été inscrite dans le projet de constitution. On n'a pas voulu complètement effacer cette déclaration des droits, on a voulu la remplacer par le paragraphe 3". (séance du 7 septembre 1848, *Compte-rendu*, T. III, p. 850).

reconnaissance traditionnelle de l'existence d'un droit naturel<sup>94</sup>. La formulation de 1848 diffère pourtant de celle de 1789 en ce qu'elle précise non seulement l'antériorité de ces droits et devoirs, ce qui ne fait qu'explicitier un peu plus leur caractère "naturel", mais souligne aussi leur supériorité sur les lois positives. En insistant et en mettant en scène l'opposition du droit positif et d'un droit supérieur, l'Assemblée exprime plus clairement qu'en 1789 le souci d'une garantie des droits contre les décisions du législateur. L'expérience révolutionnaire est ici présente à tous les esprits, mais aussi, par conséquent, la défiance et le risque d'affrontement avec le droit positif. Sainte-Beuve ou Fresneau ont beau jeu de dénoncer la logique de résistance à l'oppression, latente dans cet article III, entre un droit certes positif mais connu et ce droit dont ni la source ni le contenu ne sont précisés, affrontement impossible à résoudre par une hiérarchie juridique des normes car elles ne sont pas de même nature, tant du moins qu'un juge n'intervient pas.

Il faut, en pratique, distinguer deux significations différentes de cet article III. Politiquement, le constituant proclame sa conviction libérale et respectueuse des droits et libertés des individus à la lumière de l'expérience historique française. Comme le notait très finement Dupin, par une sorte de paradoxe au moins apparent, le constituant abdique sa souveraineté absolue au moment où il en fait usage, en reconnaissant qu'il y a des droits qui échappent à sa puissance. En refusant "l'athéisme", en se plaçant *en présence de Dieu*, il ne se reconnaît politiquement qu'une autonomie limitée. Juridiquement, à l'inverse, l'article III est sans portée aucune. En n'instituant pas l'organe chargé de contrôler le respect de ces droits supérieurs, le constituant n'a pas abdiqué la souveraineté normative absolue dont il manifestait, par ailleurs, tant la crainte. La reconnaissance politique d'une hétéronomie ou d'un pouvoir supérieur qui limite la souveraineté des organes de l'État n'est pas confirmée sur le plan juridique par une institution correspondante. Pour que cette hétéronomie soit consacrée, il aurait fallu instituer un organe différent et séparé, extérieur aux deux pouvoirs constitués<sup>95</sup>. Seul celui-ci aurait été en état de donner une positivité à ces "droits antérieurs et supérieurs" par le biais de leur énonciation au moment du contrôle de la loi. Les hommes de "dogme" et de "foi" de 1848 ont, sur ce point, rejoint en pratique les "athées" : seuls les organes politiques constitués, et particulièrement le pouvoir législatif, ont la charge de faire respecter l'article III. L'hétéronomie ou l'extériorité de ces droits est détruite juridiquement puisque c'est le même législateur qui doit s'y soumettre et, *de facto*, en interpréter le contenu. L'autonomie moderne triomphe sans limite. Du seul point de vue juridique, il était inutile de traiter d'athées les partisans du positivisme juridique : tous les constituants de 1848 ont, en fin de compte, assumé cette sécularisation du droit qui n'a plus, dès lors, d'autre origine que la volonté du souverain ou de ses représentants sous quelque masque rassurant qu'elle puisse s'exprimer.

<sup>94</sup> Dupin, séance du 7 septembre 1848, Compte-rendu T. III, p. 849 : "Il n'y a pas de pays, il n'y a pas de juriconsulte, ni de magistrats, ni d'hommes d'État, qui n'aient reconnu en tout temps et en tous lieux qu'il y a deux sortes de lois, de principes, les premiers qui tiennent à l'essence même de l'humanité dont l'origine est divine, qui sont inscrits dans la conscience non pas d'une Assemblée, non pas d'un peuple, mais de tous les peuples de la terre". Et il cite la formule de Cicéron "*est non scripta, sed nata lex*".

<sup>95</sup> Or les parlementaires savaient le lien entre garantie et sanction juridictionnelle, comme en témoigne l'aveu de Dufaure : le refus de rédiger une déclaration des droits fut motivé par celui d'y inscrire le droit au travail et il précisa : "Quand la commission examina le chapitre de la garantie des droits, elle chercha, elle s'évertua à trouver les garanties qu'on pourrait donner à cette sorte de droit appelé droit au travail. Il n'y en avait qu'une seule; c'était de donner une action en justice, à quiconque voudrait obtenir du travail. La commission recula :..." (Dufaure, séance du 14 septembre 1848, Compte-rendu, T. IV, p. 15).

Il n'y a plus sur la conception qui triomphe de fait en 1848 que deux conclusions à tirer. La première est que le souci de la garantie des droits ne peut être fondé sur des normes juridiques supérieures non seulement au législateur mais au constituant. Dans le monde de la démocratie moderne, ni la nature, ni Dieu ne sont plus les garants de nos droits et libertés. Seuls les citoyens peuvent l'être. D'où il ressort, en second lieu, que l'absence de tout contrôle juridictionnel de la soumission du législateur à la constitution et au droit supérieur n'aboutit qu'à un seul résultat : donner aux citoyens un contrôle politique de la constitutionnalité et de la supraconstitutionnalité. Ce contrôle est politique parce que les sources de ce droit antérieur et supérieur ne permettent pas, comme on l'a redit à l'envi, de savoir quel en est le contenu. Le pouvoir d'interprétation est transféré aux organes politiques : l'Assemblée représentative et finalement les citoyens eux-mêmes. Le tout revient à justifier la résistance à l'oppression et l'insurrection, ce que ne pouvait faire d'autre part le régime qui en sort. On peut dire la même chose de façon moins dramatiquement révolutionnaire : par un amendement adopté le 4 novembre, quelques minutes avant le vote final de la constitution, les constituants consacrèrent *in extremis* la seule et ultime garantie des droits dans une république démocratique avec l'article 110 qui reprend une formulation ancienne : "L'Assemblée nationale confie le dépôt de la présente Constitution, et des droits qu'elle consacre, à la garde et au patriotisme de tous les Français"<sup>96</sup>. La sorte de course à la garantie qu'exprime la supraconstitutionnalité telle qu'elle est énoncée dans l'article III du préambule, trouve là la seule conclusion possible dans les régimes démocratiques modernes : ultimement, il n'existe aucune garantie contre la volonté (bonne ou mauvaise) des citoyens.

\*  
\* \*

L'art du préambule est-il un art juridique ou un art politique ? Les débats constitutionnels de 1848 montrent que les problèmes proprement juridiques qui ont été évoqués à propos ou à l'occasion du préambule n'ont pas pu trouver de solution satisfaisante : soit qu'ils révèlent un problème insoluble parce que mal posé comme celui de la supraconstitutionnalité ; soit qu'ils montrent les limites de la bonne volonté législative qui n'organise pas les voies de recours qui assureraient l'effectivité de la limitation de sa souveraineté de fait ; soit encore qu'il apparaisse que la problématique libérale de la garantie des droits, si largement partagée par l'Assemblée constituante, ne trouve pas les voies et moyens d'une garantie juridique à la mesure de ce souci ; soit, enfin, que la référence au droit naturel exprime la bonne volonté libérale du constituant mais sans aucune portée juridique positive.

---

<sup>96</sup> À l'appui de son amendement le député Saint-Romme fit valoir que "ce n'est pas en effet dans une constitution elle-même que peut être la garantie de sa durée ; une constitution n'est, par elle-même, qu'une lettre morte, c'est des moeurs nationales, de l'esprit du pays qu'elle doit recevoir la vie ; faite pour le peuple, elle ne peut être bien gardée que par le peuple. cette vérité est dans les choses, et notre devoir est de la proclamer dans la constitution." (séance du 4 novembre 1848, Compte-rendu, T. IV, p. 305).

Cet art du préambule se révèle n'être donc en fin de compte qu'un exercice politique. Les constituants, par les questions dont ils débattirent, y firent l'apprentissage de la positivité juridique dans les temps démocratiques. La république démocratique échoue dans sa problématique juridique de garantie absolue des droits individuels comme de la pérennité de la République parce qu'elle n'a pas encore assimilé toutes les conséquences du fait démocratique. Reconnaître qu'on ne peut pas indéfiniment chercher à garantir un droit par un droit de rang supérieur; reconnaître que la volonté souveraine ne peut être empêchée de vouloir réviser, pour le meilleur ou pour le pire, l'acte constitutionnel; admettre que la majorité puisse errer sans que les garanties juridiques aient le dernier mot; ce ne sont là, après tout, que les étapes d'un apprentissage de la puissance et de la logique de la démocratie. Certes, une partie des inquiétudes évoquées en 1848 vont recevoir une solution partielle en 1971 : dorénavant, il convient de distinguer dans la volonté démocratique celle du législateur et celle du souverain proprement dit, s'exprimant directement; il est devenu possible de poser des limites à la volonté des représentants en les soumettant à la constitution. Mais cela ne reste, en toute rigueur, qu'une garantie partielle. Non que la requête d'une garantie juridique des droits en démocratie ait perdu une quelconque importance, mais que la garantie effective ne peut être en fin de compte que la démocratie elle-même, c'est-à-dire en dernier lieu les démocrates qui la composent. Si le préambule est le lieu où s'énoncent les principes fondamentaux du régime, ses buts et la garantie des droits, c'est-à-dire le document qui évite à la République de n'être qu'un régime quelconque, alors l'art du préambule ne peut être que politique. Qu'une démarche exclusivement juridique ait été réduite quasiment à l'impuissance sur ce terrain aura, du moins, l'avantage de contraindre à penser la nature de la garantie ultime des droits de l'Homme comme celle de la République : elle n'est plus entre les mains d'un Dieu ou d'une Nature, législateurs éternels et immuables, mais entre celles des hommes et des citoyens.