

La Constitution de 1875 et les Colonies françaises¹: de la perplexité républicaine aux soupçons d'Empire

BERNARD DURAND

On sait le droit des colonies réputé confus, tant en raison d'une législation erratique qu'à cause de la difficulté à le fixer par une jurisprudence affirmée. Cette confusion était même accrue, comme le signalait encore Dareste en 1910, par le fait que la «Doctrines n'était pas formée» et qu'elle devait se contenter d'indications «un peu abstraites». Quant à la jurisprudence, à l'état naissant, elle était confrontée au manque d'autorité que provoquent la diversité des règles et la lenteur avec laquelle les décisions étaient rendues, parfois après que les textes aient eux-mêmes déjà changé. Du reste, de nombreuses thèses, soutenues pendant ces années, se contentaient de faire le point sur les différends doctrinaux et sur les positions jurisprudentielles².

Le droit constitutionnel colonial, en partie responsable, n'échappait pas à la règle! Ramené à sa signification la plus élémentaire, «décider d'une constitution» – du moins à partir de 1789 en France – c'est construire un agencement rationnellement

appuyé sur la Loi, cohérent et justifiable, censé éviter abus et arbitraire. Et donc que les organes, les mécanismes mis en place assurent le respect de principes, en garantissent la protection, permettent un fonctionnement assuré des institutions. Autrement dit, cela inclut à la fois l'agencement des pouvoirs, mais également le contenu qui doit s'appuyer sur des principes, un Etat de droit, en quelque sorte un condensé de droit et de politique. D'où les questions posées très brutalement à l'historien du droit colonial: depuis 1789, les colonies ont-elles été comprises dans les Constitutions pour bénéficier de la même organisation et des mêmes droits que la Métropole? Ont-elles au contraire été exclues formellement de ces constitutions? Ont-elles même été ignorées de telle sorte que les contemporains ont eu à dire ce qu'il en était, certains auteurs affirmant que «les lois constitutionnelles sont applicables sur tout le territoire français, colonies comprises, sans qu'il soit nécessaire qu'elles y aient été rendues applicables par une dis-

position expresse»³. Ou bien encore, une fois déterminé leur régime constitutionnel, celui-ci a-t-il été appliqué avec toute la clarté nécessaire? Ou bien encore, les règles arrêtées, tout au contraire, n'y ont-elles été que peu respectées ou leur applicabilité a-t-elle fait naître d'autres interrogations que celles agitées en métropole même!

Le moins qu'on puisse dire est que le droit constitutionnel colonial français, jusqu'à la Constitution de 1946, a posé aux juristes des questions imparfaitement résolues. Tel a été le droit constitutionnel colonial dans le cadre de la Constitution de 1875, alors même que la Troisième République s'est trouvée à la tête d'une Empire colonial considérable par sa taille et par les problèmes à résoudre.

Dans un bref historique traitant des "Constitutions", Dareste⁴ rappelait que celle de l'an VIII, les Chartes de 1814 et de 1830, et la Constitution de 1852 en excluaient expressément les colonies. Or, la manière même de s'exprimer des constitutions laisse souvent planer un doute. Celle de l'an VIII, par exemple, dans son article 91, précisait de manière très claire que «le régime des colonies françaises est déterminée par des lois spéciales». Cette formulation d'exclusion, qui englobe Lois et Constitution, tranche avec la formule, choisie par les autres Constitutions, qui exprime au contraire que «les colonies seront régies par des lois particulières», formule qui, si on l'interprète correctement, n'empêche donc pas l'application aux colonies de la Constitution elle-même! En revanche, certaines Constitutions disaient plus clairement l'exclusion. Celle du 3 septembre 1791, dans son article final, déclarait que les colonies n'y étaient pas

comprises, bien que faisant partie de l'Empire français. En revanche, la Constitution du 5 fructidor an III avait exprimé une position toute différente, l'article 6 déclarant les colonies françaises «partie intégrante de la République» et soumises à la même loi constitutionnelle. Subtilités juridiques sur lesquelles il est d'ailleurs inutile de s'attarder, compte tenu, d'une part, que pour celle de 1791 l'invitation faite aux colonies de faire connaître leurs vœux sur la Constitution n'eut aucune suite, la législation étant ensuite faite par les assemblées du Royaume (sauf aux assemblées locales à décider sur l'état des personnes non libres et l'état politique des hommes de couleur et nègres libres) et, d'autre part, que celles de l'an III⁵ et de l'an VIII restèrent à peu près inappliquées, les colonies étant rapidement isolées puis détachées de la France pour tomber sous domination anglaise⁶! Quant à la Constitution du 4 novembre 1848, si son article 109 déclarait le territoire de l'Algérie et des colonies «territoire français», il ajoutait que le territoire colonial «serait régi par des lois particulières jusqu'à ce qu'une loi spéciale eût placé les colonies sous le régime de la présente constitution», loi spéciale qui ne fut jamais faite, laissant ainsi les colonies sous le régime de la loi 1833... et des décrets du 27 avril 1848!

On fut vite obligé de constater que, quelle que soit la décision de la Constitution, le texte retenu quant à la compétence législative subissait des infidélités manifestes. Passe encore pour la Charte de 1814 qui, exprimant la volonté de soumettre les colonies «à des lois et des règlements particuliers» (article 73), était revenue en fait à la pratique monarchique! Elle considérait les colonies comme relevant du domaine de

la Royauté et les soumettait exclusivement à des ordonnances restées d'ailleurs, sous réserve de quelques modifications ultérieures, longtemps en vigueur. Ainsi des ordonnances rendues sous Charles X des 21 août 1825, 9 février 1827 et 27 août 1828 concernant le gouvernement de l'île Bourbon, des Antilles et de la Guyane et de bien d'autres, par lesquelles le roi monopolisa le pouvoir de légiférer sans jamais remettre aux Chambres la possibilité de légiférer ni délimiter les sphères respectives de la loi et du règlement. Mais la Charte de 1830 qui, dans son article 64 avait confié à la loi le soin de régir les colonies, fut rapidement complétée par une loi spéciale du 24 avril 1833 qui, tout en confiant aux Chambres cinq matières⁷, réservait huit autres matières aux ordonnances royales, d'autres encore (comme le vote du budget intérieur de la colonie) étant remises à la décision des conseils coloniaux⁸.

Il ne faut donc pas s'étonner que cette loi de 1833 se soit maintenue sous le régime du gouvernement provisoire, mais avec cette importante modification que les décrets du 27 avril 1848, supprimant les conseils coloniaux, avaient confié aux commissaires de la République les pouvoirs que cette loi avait prévus pour les ordonnances royales et les conseils (sauf pour l'organisation administrative). On s'est trouvé alors devant cette étonnante extension de compétence des commissaires généraux, dotés pour les quatre colonies de pouvoirs plus étendus que ceux des gouverneurs des autres colonies, mais très rapidement surplombés par une législation métropolitaine décidant par décrets sur plusieurs matières telles que l'instruction publique ou le régime des impôts⁹. En réalité, cette indécision constante, ponctuée de reculs,

en même temps que de quelques affirmations fortes (la constitutionnalisation sous le Directoire de la première abolition de l'esclavage; la reconnaissance de la départementalisation) épousait parfaitement les contradictions entre, d'une part, le souhait d'assimilation des colonies, celui de mettre en œuvre le principe révolutionnaire de l'indivisibilité de la République et, d'autre part, les craintes de voir ces colonies, disposant des mêmes institutions que la métropole, en user fatalement dans le sens d'une indépendance croissante! Il suffit, sous la Convention thermidorienne, de rappeler l'enthousiasme de Boissy d'Anglas, le 17 thermidor an III, évoquant dans son discours une Constitution qui pour être éternelle ne pouvait l'être «qu'en étendant ses bienfaits sur les deux hémisphères»: «Que les colonies fassent partie de notre République indivisible et qu'elles soient surveillées et régies par les mêmes lois et le même gouvernement [...]»¹⁰. Mais, en toile de fond, restait cette crainte, exprimée d'ailleurs par l'orateur lui-même, de voir les colonies devenir progressivement indépendantes. Or, les solutions qu'il proposait pour combattre ce risque eurent peu d'effet sur la Convention qui va préférer l'écarter en se contentant de voter un article 1^{er} affirmant leur soumission «aux mêmes lois constitutionnelles». Quant à l'article 2, relatif à la division en départements et les institutions qui y seront mises en place, la Convention en renvoya l'étude, le jugeant incomplet! C'est que les villes de l'Inde n'y figuraient pas et que Saint Domingue posait d'autres questions. On y reviendra le 27 thermidor avec une nouvelle rédaction, mais qui prenait soin de ne donner à ces colonies que la législation "générale", évitant par la promesse d'une législation "par-

ticulière” que les Directoires départementaux des colonies n'accaparent les pouvoirs et n'en usent en direction d'une indépendance de fait. Dans la discussion à huis clos des articles 155 et 156, il fut affirmé que le représentant du pouvoir exécutif national concentrerait tous les pouvoirs exercés par les directeurs en France et n'auraient à leur côté aucune assemblée susceptible de lui faire des remontrances. Belle leçon de réalisme qui devait perdurer et dont nous allons voir combien, sans le dire, elle allait emporter bien des choix!¹¹

Mais du moins les régimes politiques, avant 1875, avaient tous pris soin de préciser, dans un texte constitutionnel, le régime législatif des colonies, entendu à la fois comme question de compétence législative et de "spécialité"¹². La règle de la spécialité, établie par le Consulat – La Constitution du 22 frimaire an VIII déclare que le régime des colonies est déterminée par des lois spéciales (article 91) et une loi du 30 floréal an X qui donne compétence au pouvoir exécutif –, sera maintenue par la Charte de 1814 (article 73: «Les colonies seront régies par des lois et des règlements particuliers»). Consacrée par la Monarchie de Juillet (article 64), elle sera complétée par la loi du 24 avril 1833 – comme l'autorisait la Constitution¹³ – qui distinguait deux catégories de colonies: d'une part, les «vieilles colonies» ou encore «les grandes colonies»; d'autre part, toutes les autres, désignées par le terme «d'établissements». Pour les premières (Martinique, Guadeloupe, Bourbon et Guyane), un régime d'autonomie confie le pouvoir de décision à des conseils coloniaux (ils réglementent par «décrets coloniaux», sur proposition des gouverneurs et avec sanction royale) tandis que certaines matières

sont réservées au Parlement (les droits politiques, les lois civiles et criminelles, les pouvoirs des gouverneurs en matière de haute police et de sûreté générale, l'organisation judiciaire, le régime commercial, des douanes et la répression de la traite). Mais certaines questions restaient de la compétence du Roi et des gouverneurs. En revanche, pour toutes les autres colonies, toutes les questions pouvaient être réglées par voie d'ordonnances. Cet article 25 avait essuyé les foudres de l'opposition de gauche, estimant que l'on violait la Charte de 1830 qui soumettait les colonies «aux lois». Mais le rapporteur fit remarquer que ces «établissements étaient trop peu importants pour fixer l'attention du législateur et qu'en réalité, ils étaient moins de véritables colonies que de simples comptoirs». En outre, on avait fait observer que ce régime était provisoire et que, si des changements se produisaient, le législateur «s'empresserait d'admettre ces établissements d'Afrique et d'Asie aux mêmes avantages». Malgré cette vision "provisoire", le régime ainsi fixé avait duré jusqu'en 1848, constituant une véritable Charte coloniale.

C'est une démarche identique qu'avait adopté le second Empire, par la voie d'un Sénatus-consulte daté de 1854 et sur lequel nous allons bientôt revenir. Disons seulement ici que, comme l'avait fait le Sénatus-consulte organique du 16 thermidor an X, qui donnait au Sénat la charge de régler «la Constitution des colonies» (mais aucune décision n'avait suivie), la Constitution du 14 janvier 1852, dans son article 27 avait confié au Sénat le soin de régler «par un Sénatus-consulte, la Constitution des colonies et de l'Algérie». Ce sera l'objet du Sénatus-consulte du 3 mai 1854. Pendant ces deux années, le chef du pouvoir

exécutif se réserva le droit de légiférer, sans intervention aucune du corps législatif. Là encore, les colonies furent divisées en deux groupes: d'une part, Martinique, Guadeloupe et Réunion; d'autre part, les autres colonies (dont cette fois la Guyane), et ensuite toutes les autres colonies nouvelles, le texte ne les énumérant pas. Dans les premières, un partage des compétences était opéré entre le Sénat, le corps législatif et l'Empereur; dans les secondes, compétence était donnée à l'Empereur «jusqu'à ce qu'il ait été statué à leur égard par un Sénatus-consulte». Sénatus-consulte qui ne sera jamais pris.

Alors donc que les régimes politiques précédents avaient tous pris soin de préciser, dans un texte constitutionnel, le régime législatif des colonies, la Constitution de 1875 allait sur ce point restée silencieuse. D'où la multiplication de doutes constitutionnels (1), les difficultés pour saisir la nature juridique exacte du pouvoir présidentiel sur les colonies, et ce jusqu'au point de donner naissance à une exceptionnelle querelle doctrinale lourde de sens (2). Mais, difficultés d'autant plus vives que les discussions sur ce point côtoyaient celles relatives au pouvoir général reconnu au Président de décider, en Métropole même, par décrets au point de faire naître de fortes inquiétudes politiques (3).

1. *Doutes constitutionnels et Compétences législatives imprécises*

Le Silence de la Constitution de 1875 est vite devenu pour les spécialistes de droit constitutionnel source de divisions entre ceux pour qui ces lois constitutionnelles

ne régissaient pas les colonies et ceux qui témoignaient, preuves à l'appui, que tel ou tel article s'y appliquait bien. Ainsi, pour les premiers, du Doyen Duguit qui, dans le tome IV de son *Traité de droit constitutionnel*, expliquait que la Constitution de 1875 ne régissait pas les colonies, démonstration reprise par Bienvenu dans un article paru à la «Revue de droit public» de 1929 et par Touzet dans sa *Théorie du régime législatif indo-chinois* publiée en 1932. Ils invoquaient une tradition formée depuis l'an VIII qui évoquait pour les colonies, la spécialité législative (et donc le régime des décrets, pris par le Président de la République), spécialité confirmée ici par l'article 1^{er} de la loi constitutionnelle, d'après lequel «le pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées, la Chambre des députés et le Sénat». Mais, soutenaient d'autres auteurs (dont Lampué), ces argument ne valent pas, pas plus en ce qui concerne les décrets (qui ne sont pas des lois) qu'en ce qui concerne la pratique constitutionnelle postérieure à 1875, qui démontre qu'à plusieurs reprises ont été appliqués certains articles constitutionnels: l'article 8, sur l'annexion de territoires coloniaux, l'article 3 sur le droit de grâce!

Ce silence eut pour effet de maintenir, jusqu'en 1946, le Sénatus-consulte de 1854 qui réglait sous le second Empire le partage de compétences entre le Sénat et l'Empereur. Mais sous le second Empire, le Sénat avait un pouvoir constituant. En vertu de l'article 27 de la Constitution de 1852, il pouvait compléter la Constitution en réglant ce qui n'avait pas été prévu par elle, fixer le sens des articles donnant lieu à différentes interprétations, enfin régler «la Constitution des colonies». En vertu de l'article 31, il pouvait même, à certaines

conditions, modifier la Constitution. C'est dire que ce Sénatus-consulte de 1854 avait une force juridique particulière, en tout cas supérieure à celle des lois ordinaires et, par conséquent, seul le Sénat pouvait changer la répartition des compétences qui y était prévues. Or, en décidant que les anciens Sénatus-consultes, qui n'étaient pas expressément abrogés, subsisteraient avec «force de loi», le Sénatus-consulte de 1854, désormais simple loi ordinaire, fut interprété, d'une part, comme réservant ces matières à la loi¹⁴ et, d'autre part, que de nouvelles lois pouvaient y déroger, et retoucher ainsi les compétences reconnues au chef de l'Etat. La répartition perdait son caractère rigide. Le chef de l'Etat républicain, "héritier" de l'Empereur, n'était compétent que pour les matières autres que celles réservées à la loi (pour les Antilles et la Réunion) ou réglées par la loi, au gré du législateur qui, lui, était donc maître de légiférer quand il le voulait. Il lui suffisait de dire expressément (à moins que l'objet en soit d'évidence), lorsqu'il légiférait, s'il entendait que la loi s'applique aux colonies. Le pouvoir exécutif tirait donc du texte de 1854 le pouvoir de décider par décret toutes les questions laissées hors du champ législatif¹⁵.

1.1. *Le vagabondage législatif*

Ce régime "de fait" laissait la porte ouverte à toutes sortes de théories sur les compétences législatives aux colonies. Mais, à s'en tenir à la doctrine généralement reçue, le débat, encore vif en 1930¹⁶, était "résolu" par l'attribution, en principe comme en pratique, d'un pouvoir "législatif" au Pré-

sident de la République sur la base... du Sénatus-consulte du 3 mai 1854. Ce partage de compétences s'attira à l'époque nombre de critiques. Il était en particulier courant d'accuser le système législatif colonial d'il-légalité et d'incohérence, soit en raison de la difficulté à dire clairement quelle était la loi organique qui s'appliquait pour les colonies, soit en raison de l'accusation d'arbitraire que certains portaient au régime des décrets. Il était vrai qu'au premier regard, le régime législatif colonial français, faute d'une loi organique claire, méritait ces reproches. Bizareries et anomalies découlaient tout d'abord d'un éclatement des compétences, puisque le Parlement, le Président de la République, le Ministre des colonies, les Gouverneurs généraux, les Gouverneurs locaux, les hauts fonctionnaires agents du pouvoir exécutif et enfin, le Conseil d'Etat qui interprétait les textes obscurs, se partageaient le pouvoir législatif.

L'accusation d'instabilité n'était pas moins pertinente. Appert, dans un article publié par la «Revue de droit public» en 1895¹⁷, rapportait que six décrets en neuf ans avaient réorganisé l'administration judiciaire en Cochinchine. Leroy-Beaulieu regrettait que ce régime empiète sur les attributions de la représentation nationale, fasse silence autour de certaines questions et les tranche sans discussion¹⁸. Et Dareste¹⁹, pourtant partisan de ce régime, écrivait en 1910 que pour les décrets «qui sont de beaucoup les plus nombreux, il n'existe pas de travaux préparatoires et c'est à peine si, pour certains d'entre eux, on trouve quelques éclaircissements dans les rapports ministériels qui les précèdent».

Mais c'est en particulier le fondement exact du pouvoir du Président de la Répu-

blique qui était discuté entre juristes, au point même d'entretenir une impression de confusion regrettable. Les juristes, nous l'avons vu, étaient en désaccord sur bien des points. Ni la question de savoir si le Sénatus-consulte de 1854 était encore en vigueur (et à quel titre), ni celle relative à l'application de la Constitution de 1875 au territoire des colonies, ne faisaient en doctrine l'unanimité, et l'on retrouvait sur ces points, comme dans bien d'autres relatifs au droit colonial, de roboratives discussions. De sorte que, dans ces questions à rebondissements, les différents acteurs se contentaient de poser leur pierre, chacun à leur tour, à la constitution d'un édifice juridique cohérent. Pierre Dareste, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, directeur du recueil de Législation, de Doctrine et de Jurisprudence coloniales ainsi que Président du comité des jurisconsultes de l'Union coloniale française, regrettait en 1915, traitant du législateur colonial dans les pages de cette revue, le régime franchement mauvais du système législatif colonial «à trois branches»: un Parlement qui de manière incohérente grignote le pouvoir du Président de la république, tandis que ce dernier reprend arbitrairement des compétences attribués aux Gouverneurs ou aux conseils généraux, eux-mêmes d'ailleurs investis de pouvoirs élastiques. Il concluait au besoin de rationaliser ce régime en supprimant le «plus mauvais des législateurs coloniaux (le Parlement)» et en donnant aux décrets, préparés par des corps spéciaux (y compris locaux), seule compétence législative, tempérée toutefois par un contrôle accru de constitutionnalité²⁰.

On imagine combien cette profusion de compétences pouvait être à la source de contradictions, ce que confirmait une

jurisprudence fort active tant au niveau du Conseil d'Etat que de la Cour de cassation, mais toujours lente à répondre, cela n'allant guère dans le sens d'une politique coloniale apte à suivre des évolutions parfois rapides. Mais cette diversité de compétences favorisait également les flottements dans l'identification d'une politique clairement arrêtée. Enfin, cette primauté législative donnée au Président de la République faisait en réalité reposer sur les Bureaux du Ministère des colonies la vraie responsabilité des textes adoptés, posant ainsi la question de la place véritable qu'occupait le Ministre des colonies dans le choix d'une politique.

De fait, des difficultés sans nombre ont émaillé la répartition des compétences entre Parlement et pouvoir exécutif même si, vers la fin du XIXème siècle et au début du XXème siècle, ont été réglées la plupart des interrogations les plus sérieuses relatives au pouvoir législatif dans les colonies, tant en ce qui concerne son interprétation constitutionnelle, la signification juridique qu'il fallait attribuer au pouvoir reconnu au chef de l'Etat ou la possibilité d'exercer contre ses actes des recours, que l'accord fait sur la primauté du Parlement et les pouvoirs – réels – du Président. Il est vrai que la reconnaissance de la délégation législative n'était pas négligeable puisque la jurisprudence et la doctrine concluaient que ces décrets qui ont un caractère législatif ne sont pas susceptibles d'être déférés au Conseil d'Etat pour excès de pouvoir; et que les tribunaux ordinaires ont le droit de les interpréter et de vérifier si le chef de l'Etat n'a pas outrepassé sa délégation²¹. A cette époque pourtant, la théorie de la délégation avait été depuis longtemps critiquée et les conséquences que certains en

tiraient – par exemple en ce qui concerne le recours pour excès de pouvoir – allaient être progressivement rejetées. Dès 1907, le Conseil d'Etat avait clairement admis le recours pour excès de pouvoir contre les règlements d'administration publique, ce qui faisait dire à Hauriou que le Conseil d'Etat avait «tué la théorie de la délégation législative [...] parce que son principal intérêt pratique était de soustraire le règlement d'administration publique au recours en lui conférant la même nature que la loi, en en faisant un acte législatif, tandis que désormais, il sera entendu qu'il n'est qu'un acte administratif».

Puis, en 1908, la même décision a été prise à l'égard des règlements en matière coloniale de telle sorte que la thèse de la délégation s'est trouvée amputée d'une de ces conséquences les plus importantes²². En pratique, l'évolution est allée dans le sens favorable au Parlement, du moins pour certains territoires ou dans certains domaines. Dans les colonies des Antilles et de la Réunion, le Parlement hérita des compétences législatives mentionnées à l'article 3 du Sénatus-consulte²³. De même, il prit les compétences du Corps législatif sur l'élaboration et le vote des lois sur le régime commercial. Et bien sûr le droit d'évocation de toutes les questions coloniales²⁴. Quant au reste du territoire colonial, normalement placé sous le régime des décrets (article 18 du Sénatus-consulte), le Parlement était intervenu fréquemment depuis 1880, soit en décidant de légiférer sur certaines questions, soit en vertu de ce principe que tout engagement des finances de l'Etat nécessitait un vote du Parlement, bref dans les grands secteurs tels que militaires, financiers, économiques et celui de la souveraineté.

En revanche, cette extension progressive du droit d'intervention législative du Parlement²⁵ n'a pas été faite de manière systématique. D'une part, le Parlement redonnait au pouvoir exécutif le droit de légiférer par décrets rendus en forme de règlements d'administration publique: le 26 mars 1889 sur la nationalité, le 11 janvier 1892 sur le régime douanier, le 13 avril 1900 sur le régime financier, le 9 décembre 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat, etc. D'autre part, en matière de souveraineté, les traités avec les chefs indigènes étaient conclus en Afrique occidentale Française et ratifiés par décrets. Ce n'est qu'à l'occasion de l'approbation des conventions diplomatiques délimitant les sphères d'influence que la loi intervenait. De même, si le Parlement pouvait décider que telle loi ne serait pas applicable aux colonies, ce qui enlevait au pouvoir exécutif le droit de la rendre applicable, dans les faits, cette réserve n'avait pas grand effet puisque cela ne lui ôtait pas, par décret, le droit de réglementer la matière²⁶.

1.2. *Les divergences d'interprétation*

Sur ces bases fragiles, la doctrine s'est donnée libre cours pour se livrer à des démonstrations aussi nombreuses que variées sur la valeur du Sénatus-consulte de 1854 et les conséquences que l'on pouvait en tirer sur le pouvoir reconnu aux colonies au Président de la République. Sur les colonies proprement dites, les positions les plus notables allèrent des interprétations les plus brutales à celles qui cherchaient à ménager la voie d'une reconnaissance légale pour le pouvoir "législatif" du Pré-

sident de la République. On trouve d'abord celles qui optent pour des positions maximalistes, visant soit à refuser toute reconnaissance au Sénatus-consulte de 1854 et à ses dispositions, soit au contraire à en reconnaître même la constitutionnalité sous l'empire de la Constitution de 1875. On mentionnera par exemple l'opinion d'Isaac, sénateur de la Guadeloupe, qui affirmait qu'il y avait «antagonisme» entre les institutions que l'Empire a laissées aux colonies et les principes nouveaux introduits par la République. De sorte que le Gouvernement ne peut, ni logiquement ni constitutionnellement, revendiquer le pouvoir de statuer par décrets. Et en 1890, il présenta une proposition de loi tendant à réorganiser les colonies, proposition appuyée par le Sous-secrétaire d'Etat des colonies. Au cours de la discussion, ce dernier affirma que le Sénatus-consulte de 1854 «n'avait plus de raison d'être du jour où la République a donné la représentation parlementaire à certaines colonies²⁷ et le jour où l'on a voté la constitution de 1875». Mais le Sénat dans sa séance du 30 mai 1892 refusa de passer à la discussion des articles de la proposition, condamnant ainsi cette théorie²⁸.

A l'opposé, dans une thèse datée de 1901, Baudouin²⁹ soutient au contraire la théorie de la constitutionnalité du Sénatus-consulte de 1854 sous la Troisième république. Il s'appuie sur le silence de la constitution de 1875 pour dire qu'elle a donc voulu garder sur ce point la «constitution» précédente. Car, ajoute-t-il, si on donne au texte la simple valeur de loi, cela veut dire que cela fonctionne comme si le Parlement avait délégué son pouvoir, ce qu'on dit ne pouvoir se faire en vertu des Constitutions écrites! Par conséquent, si on garde ce sta-

tut de loi, tout ce que fait le Président par décret est nul pour les colonies autres que les Antilles et la Réunion. En revanche, si on considère que les lois de 1875 n'ont rien dit sur ce problème mais n'ont donné qu'une Constitution à la métropole, c'est donc qu'elles ont conservé pour les colonies la Constitution antérieure avec force égale; tant que le Parlement ne modifie pas cette Constitution, elle reste en vigueur. Evidemment, ceci a pour conséquence de donner avec force le nom de lois aux décrets et d'interdire la théorie de l'évocation: «Il en découle cette conséquence que le Parlement, en 1884 et chaque fois qu'il est intervenu sous le même prétexte, s'est rendu coupable d'excès de pouvoir»³⁰. Des deux inconvénients, il choisissait celui-là car la première théorie atteignait les décrets «bien plus nombreux», décidant donc que le caractère de loi ne saurait être nié aux décrets.

Du reste, d'autres prises de position, sans doute moins évidemment provocatrices, pouvaient, en défendant les pouvoirs du Président de la République dans les colonies, apparaître tout aussi osées. Ainsi, Bienvenu, qui critiquait cependant la théorie de la délégation³¹, soutenait dans un article paru dans la «Revue de droit public» de 1929 la dualité de régime entre colonies et métropole et l'inexistence pour les premières d'une Constitution³². Par conséquent, l'article premier de la loi du 25 février 1875 qui attribue le pouvoir législatif au Parlement n'est pas plus que le reste de la Constitution applicable aux colonies. Cette situation constitutionnelle ne ferait donc pas obstacle à la dévolution par une loi ordinaire, du pouvoir législatif colonial au Président de la République. Il y aurait donc, selon lui, deux blocs: la France

métropolitaine pourvue d'une Constitution rigide qui s'oppose à tout transfert de pouvoir législatif autrement que par révision constitutionnelle; la France coloniale qui pour le moment n'est régie par aucune Constitution d'ensemble, mais qui serait, en tous cas, placée que sous le régime d'une Constitution flexible, ne comportant aucune distinction de forme et de procédure entre la loi constitutionnelle et la loi ordinaire.

On trouve ensuite les opinions de ceux qui, tout en refusant au texte de 1854 tout caractère constitutionnel, analysaient les pouvoirs du Président de la République de décider par décrets en une délégation de pouvoirs émanant de l'autorité législative en faveur du pouvoir exécutif. La délégation n'abolit pas le pouvoir du délégant, et le pouvoir législatif peut reprendre à tout moment l'exercice de son pouvoir de légiférer. Les tenants de cette thèse en concluait que, simple loi non abrogée, le texte de 1854 s'était donc maintenu depuis 1870 et demeurerait applicable tant qu'il ne serait pas expressément abrogé. C'est en matière coloniale la thèse de Duchêne. Cette théorie sur la «délégation de pouvoirs» était en fait utilisée avant 1914 pour expliquer les délégations faites en vue des règlements d'administration publique et bien sûr en matière de règlements coloniaux. Elle correspondait à une tendance bien compréhensible, celle qui consistait à transférer vers le droit public des concepts de droit privé, ici les règles du mandat. Par conséquent, le pouvoir du mandant étant transmis au mandataire, on admettait que l'acte fait par l'autorité déléguée avait le même caractère que s'il était fait par l'autorité délégante. On imagine le résultat! Les décrets pris par le chef de l'Etat (que ce soit

en matière de règlements d'administration publique ou en matière coloniale), en vertu d'une délégation du législateur, avaient force législative et par voie de conséquence ne pouvaient faire l'objet d'un recours en annulation devant le conseil d'Etat.

Adhéraient à cette position sur la délégation, sinon à toutes ses conséquences, des auteurs très nombreux. En effet, Laferrière³³, quant à lui, affirmait que la délégation législative avait toujours le caractère d'un mandat donné par le législateur qui communique à son mandataire une partie de la puissance législative. Il reconnaissait aux règlements d'administration publique un caractère législatif qui les affranchissait, en principe, de tout recours contentieux: «Les décrets du chef de l'Etat règlent des matières sur lesquelles la Constitution ou les lois lui ont conféré la puissance législative, notamment des matières de législation algérienne et coloniale»³⁴. On pouvait lire dans l'article consacré aux colonies au répertoire Dalloz de 1911, une présentation retenant pour les colonies la théorie de la délégation: «Les décrets d'ordre réglementaire par lesquels le Président de la République statue pour les colonies, étant rendus en vertu de la délégation du pouvoir législatif dont il est investi, sont de véritables actes législatifs»³⁵. Etait émise une seule réserve: il faut que ces décrets statuent par voie de disposition générale et réglementaire³⁶. Bien sûr aussi, l'article reconnaissait que cette délégation recevait un certain nombre de restrictions, soit qu'elles résultent de principes généraux du droit public (ne pas porter atteinte à la souveraineté de l'Etat; ne pas engager les finances de l'Etat), soit qu'elles découlent du droit qu'a le pouvoir législatif de retirer la délégation³⁷.

On voit que les conséquences de cette reconnaissance de la délégation législative n'étaient pas négligeables, puisque la jurisprudence et la doctrine concluaient que ces décrets qui ont un caractère législatif ne sont pas susceptibles d'être déferés au Conseil d'Etat pour excès de pouvoir; et que les tribunaux ordinaires ont le droit de les interpréter et de vérifier si le chef de l'Etat n'a pas outrepassé sa délégation³⁸. A cette époque pourtant, la théorie de la délégation avait été depuis longtemps critiquée et les conséquences que certains en tiraient – par exemple en ce qui concerne le recours pour excès de pouvoir – allaient être progressivement remises en cause. On commença à critiquer, en premier lieu, puis à abandonner la théorie de la délégation dès la fin du XIX siècle. Esmein et Berthélemy dans des articles datés de 1894 et 1898 affirmèrent avec force l'autonomie du droit administratif et l'impossibilité de la délégation en droit public, sur cette idée que le système français de constitution rigide s'oppose à toute délégation, car le titulaire du pouvoir en a l'exercice et non la disposition. La constitution interdit que l'un des pouvoirs puisse se décharger sur un autre de sa tâche et de sa fonction. Ils seront suivis par Duguit, Hauriou et même Moreau.

Il est vrai, cependant, que cette contestation aura la difficile tâche de substituer à l'idée de délégation autre chose. Hauriou pensera pouvoir adapter l'idée de délégation au droit public en suggérant qu'il est possible à un acteur juridique de confier à un autre acteur une mission qui lui est propre. Il formulera, à cet effet, la théorie de la «délégation de matières», permettant d'accroître le champ d'exercice du pouvoir du délégué. On dira plus tard que «l'attribution de compétence ne change pas la



Promozione delle colonie nel Nord Africa nella Francia della III Repubblica

nature de l'acte administratif». En quelque sorte, certaines matières sortent provisoirement du domaine de la loi pour passer dans le domaine du décret. Les actes pris garderont donc leur propre force et seront susceptibles de recours. Ainsi, commentant la loi du 3 août 1926, Bonnard³⁹ proposera plus tard que «les matières prévues comme objet de ces décrets sont placées momentanément dans le domaine du pouvoir réglementaire pour, ensuite, à l'expiration du délai, en sortir et rentrer dans le domaine du pouvoir législatif». On en arrivera à l'idée de délégation de compétence et Hauriou comme Duguit diront que les actes du chef de l'Etat «sont accomplis en vertu d'une attribution de compétences» émanée du législateur. Ainsi Rolland écrit: «Ce que peut faire seulement le Parlement,

c'est fixer le domaine de la compétence législative et le domaine de la compétence réglementaire, puisque ces domaines ne sont pas définis par la Constitution. Le Parlement peut ainsi modifier constamment ces domaines respectifs et faire passer une matière déterminée ou un ensemble de matières de l'un dans l'autre». Par conséquent si la délégation est interdite, si le parlement détient le pouvoir législatif et le Président de la République le pouvoir réglementaire, rien n'empêche le Parlement de donner compétence au gouvernement pour faire des règlements sur des matières qui, jusqu'alors, lui étaient réservés.

A ce stade il est aisé de voir à quoi aboutissent ces prises de position en ce qui concerne la nature juridique des décrets⁴⁰. Dans tous les cas, les décrets ne seront donc que des actes administratifs même s'ils ressemblent à une loi, car la nature dépend de l'organe qui le prend. Duguit écrit: «Les règlements faits par le Président de la République, en vertu d'une compétence à lui spécialement et expressément donnée par le législateur restent des règlements». Ils sont donc soumis au régime des décisions administratives.

2. *Décrets coloniaux et Incertitudes Juridiques*

Restait à savoir si les conclusions pouvaient être les mêmes pour les décrets coloniaux. Il est clair que la question, qui encore une fois passait par l'examen du Sénatus-consulte de 1854 et la loi du 24 mai 1833, ne fut pas réglée avec la même fermeté. Il est vrai que Duguit et Jèze avaient soutenu que la nouvelle constitution était inapplicable aux

colonies et donc que le Parlement disposant du pouvoir constituant et du pouvoir législatif pouvait édicter une constitution coloniale. De sorte qu'en matière coloniale, l'argumentation de Duchêne était totalement écartée et qu'on lui reprochait d'admettre le pouvoir des chambres de déléguer leur pouvoir législatif. Or, la Constitution a confié ce pouvoir au Parlement et ce Parlement ne saurait le déléguer. Le pouvoir législatif, écrivit Berthélémy, est une fonction confiée par la constitution et non un droit. On peut transmettre un droit mais non pas une fonction. «Comment admettre qu'un Parlement investi de la fonction de légiférer, puisse donner à quelque autorité que ce soit le mandat de légiférer à sa place?»⁴¹.

De même, dès 1907, le Conseil d'Etat avait clairement admis le recours pour excès de pouvoir contre les règlements d'administration publique, ce qui faisait dire à Hauriou que le Conseil d'Etat avait «tué la théorie de la délégation législative [...] parce que son principal intérêt pratique était de soustraire le règlement d'administration publique au recours en lui conférant la même nature que la loi, en en faisant un acte législatif, tandis que désormais, il sera entendu qu'il n'est qu'un acte administratif». Puis en 1908, la même décision avait été prise à l'égard des règlements en matière coloniale de telle sorte que la thèse de la délégation se trouvait amputée d'une de ces conséquences les plus importantes⁴². Seulement, là encore, la jurisprudence ne fut pas toutefois, et ce à plusieurs reprises, aussi claire et vint nourrir la dispute sur laquelle nous allons revenir maintenant.

2.1. *La Disputatio autour des décrets*

Il semble que la querelle ait débuté sur l'interprétation à donner non seulement des arrêts du Conseil d'Etat mais également de la Cour de cassation. Un arrêt de la Chambre civile du 27 avril 1926 affirmait: «Dans le groupe des colonies auquel appartient l'Indochine, le Président de la République est investi du pouvoir législatif et les décrets ainsi rendus par lui constituent de véritables lois»⁴³. Cette proclamation de principe, quasi provocatrice, avait des motivations concrètes. Il s'agissait pour la Chambre civile de reconnaître à l'autorité judiciaire le droit d'apprécier la légalité d'un arrêté du Gouverneur Général de l'Indochine portant sur la procédure, matière privilégiée relevant des tribunaux de droit commun. En se prononçant pour une interprétation sur le fond, sur le contenu de l'arrêté, et non sur la forme, la Cour autorisait le tribunal de droit commun à juger de la légalité. Alors qu'autrement, en se contentant d'apprécier la forme, le tribunal de droit commun aurait du surseoir jusqu'à ce que la juridiction administrative se fût prononcée sur la légalité. Autrement dit, en déclarant "loi" le texte, l'ordre judiciaire s'autorisait un contrôle qui lui aurait échappé en le retenant "règlement"! En l'occurrence, le tribunal avait pu se prononcer sur la légalité de l'arrêté par rapport au décret présidentiel et le déclarer entaché d'illégalité puisque «un arrêté du gouverneur est illégal non pas seulement s'il se met en opposition avec les termes d'une loi mais aussi s'il contredit les termes d'un décret».

Commenté au répertoire Dalloz⁴⁴, cet arrêt y fut présenté comme ayant «une importance assurément considérable»

puisqu'il corrigeait en partie la théorie du tribunal des conflits. Ce dernier estimait que les tribunaux de l'ordre judiciaire étaient compétents pour interpréter des actes réglementaires mais que pour en apprécier la légalité, ils ne le pouvaient pas parce qu'ils émanaient d'une autorité administrative. L'annotateur de cet arrêt, Louis Rolland, professeur à la Faculté de droit de Paris, confirmait que dans le groupe de colonies auquel appartient l'Indochine, le Président de la République est «investi du pouvoir législatif et les décrets rendus par lui constituent de véritables lois». Il avait ajouté toutefois que si ces décrets portent fréquemment sur des matières qui dans la métropole sont régies par des lois, «il est par contre totalement inexact de dire que les décrets pris par le chef de l'Etat en matière coloniale constituent de véritables lois». Il tirait argument de ce que, dans le droit public français, «ce qui caractérise la loi et lui donne une force juridique supérieure, c'est qu'elle émane du Parlement». En outre, il précisait que le Président ne saurait modifier une loi prise par le Parlement ou intervenir dans une matière que le parlement se serait réservé⁴⁵, ce que d'ailleurs personne ne contestait.

Cette façon hésitante de qualifier la nature juridique des décrets coloniaux va donner naissance quelques années plus tard à des échanges plus acerbes. Pierre Daresté, en 1935, dans un article inséré au *Recueil de législation coloniale*, critique au Lampué, professeur à la Faculté de droit de Caen, pour avoir défendu, dans un article sur le régime constitutionnel des colonies françaises, publié aux «Annales du droit et des sciences sociales» de 1934, la thèse de la nature "réglementaire" des décrets

coloniaux. Puis, en avril 1936, dans une conférence faite au Centre d'études juridiques coloniales sur le régime législatif des colonies, il revient sur cette question de la nature juridique des décrets pour affirmer que bien qu'il «peut sembler à première vue que cette question soit des plus simples ou même ne se pose pas, elle s'est pourtant posée et a donné lieu à de graves erreurs [...] qui, bien que cent fois réfutées, se reproduisent périodiquement». Il se promettait de «procéder à l'exécution "définitive" de théories qui devraient disparaître, une fois pour toutes, de la science du droit colonial⁴⁶. Quelques mois plus tard paraissait au recueil *Penant* une réponse de Pierre Lampué, intitulée *Le caractère réglementaire des décrets coloniaux*⁴⁷, elle-même suivie d'une contre réponse de Pierre Dareste, publiée au *Recueil de législation* sous le titre *Le caractère législatif des décrets coloniaux*, et d'un nouvel article de Lampué, inséré au *Penant* à nouveau intitulé *Le caractère réglementaire des décrets coloniaux*⁴⁸. Cette rafale de positions impose, on le comprendra, de suivre pas à pas la dispute.

En la forme, on pouvait noter les titres contradictoires des articles, martelés en affirmations péremptoires sur le caractère réglementaire (Lampué) ou législatif (Dareste) des décrets coloniaux, le ton agacé ou ironique, les allusions au manque de sens juridique de l'adversaire. Pour tous deux, l'autre n'a pas compris quelque chose «qui est d'une clarté parfaite» et c'est donc qu'il n'a pas lu ou n'a pas saisi le sens, soit d'un texte précis, soit d'une doctrine, soit bien sûr l'explication de l'autre. On y décèle même quelque condescendance. Dareste conclut son article de 1935 en disant: «[...] tout cela est très simple et très normal et il

n'est peut-être pas besoin de se mettre à la torture – ou plutôt d'y mettre les termes du droit les plus clairs et les plus usuels – pour résoudre un problème qui, à vrai dire, ne se pose même pas». En 1937, il se dit très satisfait de ce que Lampué «se déclare partisan très déterminé de la distinction entre la forme et le fond» mais, comme il «se refuse à tirer de cette distinction essentielle les conséquences qui s'en déduisent invinciblement, il est nécessaire d'insister quelque peu». Jusqu'à la "chute" qui dit assez l'irréductibilité des adversaires: «Je n'infligerai pas au lecteur, conclut Dareste en 1937, une nouvelle dissertation sur le même sujet quoiqu'il arrive». Quant au fond – et bien qu'ils se défendent de «mener une querelle d'école» – les deux auteurs multiplient les arguments invoquant le législateur, la doctrine, la jurisprudence ou les principes généraux du droit, en une progression savante qui cherche à retourner les arguments adverses ou à utiliser, chacun en sa faveur, tous les points d'accords. Une vraie "querelle" donc, une *disputatio*, dont les arguments pédagogiques dévoilés par les titres des articles cachent – sous leur simplicité – des enjeux d'une toute autre portée et des différends d'une toute autre importance.

Il nous faut en reprendre le cheminement. Pour Lampué, on ne saurait attribuer valeur législative aux décrets. D'une part, parce que le Sénatus-consulte de 1854 n'ayant plus que valeur législative, il ne pourrait aucunement contredire la disposition constitutionnelle donnant pouvoir législatif au seul Parlement (art. 1) ni le principe général de droit public interdisant la délégation de ce pouvoir. D'autre part, parce que le texte de 1854 se contentait, comme l'avait fait précédemment la loi

de 1833, d'opérer une simple répartition des objets entre Assemblées et Empereur et non d'opérer une délégation de pouvoirs au chef de l'Etat. S'il l'avait fait d'ailleurs, ce qu'il était en droit de faire, il n'aurait pu alors subsister à la disparition du second Empire, sa nature constitutionnelle le rendant incompatible avec les lois de 1875. Et c'est sur l'argument du contrôle juridictionnel que Lampué fonda ensuite pour l'essentiel son argumentation.

Dareste soutint une position diamétralement inverse. A le lire attentivement, il commence tout d'abord par envisager les conséquences "étranges" que l'on peut tirer des conclusions de Lampué. En effet, le code civil et tous les autres codes, ont été introduits dans les quatre gouvernements généraux, en Nouvelle-Calédonie, en Océanie ou sur la Côte des Somalis, par des décrets, sans compter tous les textes régissant tout ce qui concerne «la liberté, la propriété et la famille». Cela implique donc, ironise Dareste, que selon Lampué ces textes sont des règlements «au même titre qu'un arrêté municipal sur la divagation des chiens»: «Comment peut-on songer à qualifier d'actes réglementaires des textes qui posent des règles générales, établissent des principes de droit, sanctionnent par des peines des dispositions répressives, régissent tout ce qui concerne la liberté, la propriété, la famille?». De toute évidence, écrit Dareste, ces "actes" sont au premier chef des actes législatifs. Et d'en donner pour preuve l'article 6 du Sénatus-consulte, toujours en vigueur, qui dit que «des décrets rendus dans la forme des règlements d'administration publique statueront [...] sur la législation en matière civile, correctionnelle et des simple police». De même, citant le commissaire de

gouvernement dans ses conclusions, il rappelle l'expression "actes législatifs au premier chef" dont il qualifiait des textes «qui constituent ou suppriment des colonies, organisent leur gouvernement, leur budget, qui règlent les pouvoirs de leurs représentants». S'ils sont lois pour les Antilles, pourquoi seraient-ils actes administratifs pour les autres colonies? En revanche, sont de simples règlements les décrets qui ont le même objet que les décrets édictés pour la métropole ou des actes administratifs (par exemple des décrets de nomination de fonctionnaires).

Quant à l'argument tiré du recours pour excès de pouvoir, dit Dareste, les arrêts successifs, «dont le sens et la portée paraissent avoir échappé à Monsieur Lampué», disent seulement que le recours est recevable parce que le décret émane du Président de la République, sans avoir à se préoccuper de leur caractère intrinsèque. Il cite notamment les termes de l'arrêt du 22 décembre 1933 dans lequel le Conseil d'Etat admet que «si le Sénatus-consulte comporte le droit pour le chef de l'Etat de régler les questions qui, dans la métropole, ressortissent au domaine de la loi, les décrets rendus pour les colonies par le chef de l'Etat n'en constituent pas moins des actes administratifs susceptibles du recours pour excès de pouvoir». Autrement dit, ces décrets sont «des actes législatifs au fond et administratifs en la forme» et seul ce dernier critère suffit pour justifier le recours pour excès de pouvoir. En procédant ainsi, poursuit Dareste, le Conseil d'Etat consacre une doctrine imaginée par les juristes allemands qui considèrent que les grands corps de l'Etat ne sont pas confinés dans une seule fonction. Ainsi le parlement, outre sa fonction législative, peut

exercer des pouvoirs administratifs (par exemple, il établit la limite des départements), une fonction réglementaire (les chambres font leur règlement intérieur), une fonction judiciaire (il statue sur la validité d'une élection).

Cette doctrine qui opposait les actes législatifs, administratifs et judiciaires au fond et ceux qui ne l'étaient qu'en la forme, Dareste ajoutait qu'il «sait bien qu'elle a aujourd'hui mauvaise presse et qu'elle a sans doute un relent scolastique». Mais le fait est là. De sorte qu'il est aussi «curieux» de prétendre que l'article 1^{er} de la Constitution de 1875 ne s'applique pas aux colonies que de «qualifier de règlements, dans les colonies, des textes dont le caractère législatif saute aux yeux». Le Sénatus-consulte de 1854 a conféré au chef de l'Etat le pouvoir de légiférer pour les colonies, et le fait qu'il ait perdu valeur constitutionnelle n'enlève pas ce pouvoir dès lors que le contenu a été préservé, puisque la loi de 1875 n'en a rien révoqué ni aboli. Ce qu'il a introduit de nouveau, c'est le pouvoir du Parlement de légiférer sans exception. «Or il en use largement, on pourrait dire inconsiderément [...] mais dans toutes les matières, encore très nombreuses, où le Parlement s'est abstenu, le chef de l'Etat continue à user des attributions législatives [...] contenues aux articles 6, 7, 8 et 18 du Sénatus-consulte»⁴⁹.

2.2. *L'Impossible accord constitutionnel*

Progressivement, la querelle s'est élargie, aucun des deux juristes ne voulant abandonner le moindre terrain. En 1937, Lampué dénonce l'interprétation inexacte

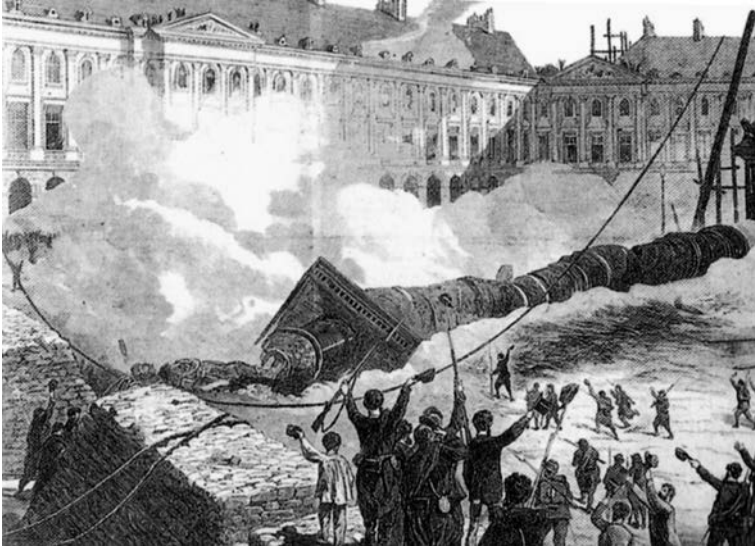
que fait Dareste de la loi constitutionnelle et l'erreur qui consiste à confondre la nature d'un acte juridique et l'objet sur lequel il porte. Sur le premier point, il estime que la disposition constitutionnelle est d'une «clarté parfaite». La Constitution s'applique aux colonies (ce que reconnaît Dareste) et la Constitution dit que «le pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées, la Chambre des députés et le Sénat». «Ce n'est donc pas une partie du pouvoir législatif, ou une collaboration à l'exercice du pouvoir législatif ou un pouvoir ajouté ou superposé à un autre que la constitution confère au Parlement. C'est la totalité du pouvoir législatif et par conséquent le monopole de ce pouvoir». De plus la Constitution ne prévoit aucune délégation. En outre, le texte de 1854 n'avait pas opéré un véritable transfert de pouvoir législatif au profit de l'Empereur mais un simple départ des compétences entre le corps législatif et le gouvernement selon les matières, sans changer la nature de leurs pouvoirs respectifs. «Il déterminait le domaine du pouvoir législatif et le domaine du pouvoir réglementaire». Même en raisonnant autrement, ce Sénatus-consulte ne saurait l'emporter sur la Constitution. «Les conclusions que tire M. Dareste de l'examen des textes sont donc inadmissibles». Et il enfonce le clou sur cette idée que le droit constitutionnel français est à «base de hiérarchie entre des pouvoirs». Il invoque à la fois l'autorité de Carré de Malberg et de Jèze. «Cette hiérarchie est», écrit le premier, «d'ordre essentiellement formel; elle découle non point d'un dualisme établi par la constitution entre des matières, dont les unes seraient législatives et les autres réglementaires, mais uniquement de la hiérarchie existant entre

les deux sortes d'autorité»⁵⁰. Quant à Jèze, il écrit, dans le même sens, «le règlement diffère de la loi proprement dite non par son contenu, mais par sa forme, par l'autorité de qui il émane. Une règle générale posée par les Chambres législatives est une loi proprement dite: la même règle générale, si elle est formulée par une autre autorité publique est un règlement»⁵¹. Et Lampué ajoute qu'il n'en va autrement que dans les périodes où un «gouvernement provisoire en période révolutionnaire» prend des décrets-lois, conséquence logique du fait qu'ils émanent d'un Gouvernement doté de tous les pouvoirs, mais il décrets qui ne pourront ensuite être modifiés que par des lois⁵². Donc il conclut que le «caractère réglementaire des décrets coloniaux résulte nécessairement de l'unité du régime constitutionnel».

Sur le deuxième point, qui a trait à des considérations de théorie juridique, Lampué poursuit: «Il est aisé de voir que l'argumentation de M. Dareste se fonde sur une confusion complète entre deux questions absolument différentes: celle de la nature juridique d'un acte et celle de son importance ou de son objet», l'importance sociale d'un acte n'ayant aucune influence sur sa nature. Lampué part de la théorie du droit constitutionnel qui distingue entre le caractère matériel et le caractère formel. Du point de vue du caractère matériel, on entend par acte législatif tout acte posant une règle; tout acte contenant une disposition obligatoire générale, c'est à dire les lois générales votées par l'assemblée nationale mais encore les décrets du Président de la République. Par acte administratif, on entend tout acte qui consiste en une décision particulière. Du point de vue formel, sont actes législatifs tous les actes émanant

de l'organe doté par la constitution du pouvoir législatif; sont actes administratifs des actes émanés des organes qui ont la qualité d'autorités administratives. Donc, envisagés du point de vue matériel, les décrets coloniaux sont certainement des actes législatifs; envisagés du point de vue formel, ce sont au contraire des actes administratifs. «Or dire d'un acte qu'il est législatif du point de vue matériel et administratif du point de vue formel, c'est dire qu'il est un acte réglementaire. En effet on entend précisément par règlements administratifs, les actes généraux faits par les autorités administratives» pour les opposer aux actes particuliers émanant des mêmes autorités. «De toute évidence les décrets coloniaux répondent à cette définition, admise par l'ensemble de la doctrine».

En outre, poursuit Lampué, en abordant la question des objets sur lesquels les décrets coloniaux peuvent porter, «M. Dareste considère que lorsqu'ils portent sur des objets qui dans la métropole ont été légiférés par les Chambres, ils sont des textes législatifs». Mais cela tient seulement au fait que la Constitution de 1875 n'a pas fixé la frontière entre le domaine de la loi et le domaine des règlements. La limite n'est fixée que par la pratique. Ce sont les Chambres qui la déterminent par leur action ou par leur abstention, et la frontière est mouvante, «une même matière peut faire l'objet, suivant les époques, de lois ou de règlements». Et cela vaut pour l'espace colonial, puisque les lois, étant à «effet territorial limité», le règlement a un champ beaucoup plus vaste aux colonies. De même, quant aux matières réservées «par nature» au Parlement (capacité des personnes, juridictions, etc.), c'est une règle coutumière, propre au territoire métro-



1871. Abbattimento della colonna Vendôme e nascita della III Repubblica

politain, d'ailleurs assez souvent entamée par les exemples récents où le Parlement se dessaisit. Enfin, les décrets du Président de la République sont susceptibles de recours en annulation et de recours pour excès de pouvoir, ce qui ne serait pas le cas si c'étaient des actes législatifs. L'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat est significative «et si M. Daresté nous reproche de l'avoir invoquée, c'est qu'il en méconnaît la portée». Le décret de 1894 était motivé par l'idée de délégation. Il était donc logique de refuser le recours. En 1907 et 1908, il y a abandon de cette théorie. Le Conseil d'Etat considère que le chef de l'Etat n'exerce qu'une «simple extension du pouvoir réglementaire».

En 1937, Daresté répond par un nouvel article intitulé *Le caractère législatif des décrets coloniaux*. Il s'y dit très satisfait de ce que Lampué «se déclare partisan très déterminé de la distinction entre la forme et

le fond» mais, comme il «se refuse à tirer de cette distinction essentielle les conséquences qui s'en déduisent invinciblement, il est nécessaire d'insister quelque peu». Il reprend en fait la distinction entre organes et fonctions, pour démontrer que, si la fonction du Parlement est législative, il n'en reste pas moins qu'il peut en exercer d'autres, par exemple une fonction administrative lorsqu'il délimite deux départements: même si l'acte s'appelle loi, il reste que si l'acte est contesté devant un tribunal de l'ordre judiciaire, il est tenu d'en renvoyer l'interprétation, à titre de question préjudicielle à l'autorité administrative. C'est alors le Conseil d'Etat qui donnera l'interprétation, alors que si c'était une loi, c'est le tribunal qui aurait été compétent (puisque le référé législatif a été aboli par les lois des 30 juillet 1828 et 1^{er} avril 1837). En sens inverse, si le chef de l'Etat prend un décret, alors même qu'il rem-

plit une fonction administrative, ces actes peuvent être interprétés par tous les tribunaux et, en outre, s'ils sont violés, leur violation peut être invoquée à l'appui d'un recours en Cassation ou en recours devant le Conseil d'Etat, ce qui ne se pourrait s'ils avaient le caractère administratif. Ce qui n'empêche pas, qu'en la forme, ils peuvent être susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir. De sorte que, même en métropole, certains décrets du Président de la République, qui ont un caractère général, posent une règle ou un principe, et donc sont de tous points communs avec les lois, même si c'est «une catégorie d'actes législatifs, catégorie subordonnée, si on veut, plus limitée certainement, mais participant au fond des traits essentiels auxquels se reconnaît cette sorte d'actes».

Dareste met en avant l'autorité judiciaire et l'autorité législative pour démontrer qu'à ce titre la Cour de Cassation casse des règlements en rappelant l'argument de la violation de la loi. Ceci dit, il avoue que les règlements n'ont pas exactement la même valeur que les lois rendues par le Parlement, en la forme et dans le fond. Le Président de la République ne peut pas contrevenir à une loi votée par le Parlement, et le Parlement peut faire bon marché de tous les décrets existants. Le Président se meut dans un cercle limité, et les «règlements [sont] une forme secondaire et inférieure du pouvoir législatif». Mais la "limite" mérite d'être précisée car, lorsque le Parlement demande au chef de l'Etat d'édicter un règlement d'administration publique (peu importe qu'il s'agisse «d'une délégation ou d'une collation de pouvoirs, la question m'est complètement indifférente comme toutes les querelles d'école») pour compléter sa loi, il est clair que c'est dans

les termes de la loi qu'on peut trouver la mesure de ses pouvoirs et que le «décret est un acte de caractère législatif». Il en va de même pour les règlements "spontanés".

«Passons maintenant aux colonies», continue Dareste. Même si la hiérarchie des pouvoirs rappelle et reproduit celle de métropole, il y a une différence au fond qui tient au fait que le «compartiment réservé» n'existe pas, comme en métropole (impôts, peines, organisation judiciaire, droit civil, propriété, etc.). N'y existe que le fait pour une Chambre de prendre le terrain que ne cesse d'occuper le chef de l'Etat, ce dernier ne se souciant pas comme en métropole de savoir s'il empiète, aucune matière n'étant «réservée ou interdite». Et d'ailleurs, en regardant l'organisation des colonies, on voit bien que, au fond, il y a d'énormes différences avec la métropole: les gouverneurs organisent les services locaux, ils ont rendu exécutoire le code civil, pénal, le code de procédure, le code d'organisation judiciaire, etc. Dans tous ces actes, il en est de réglementaires (ainsi du décret du 10 juillet 1920 qui réorganise le personnel des administrateurs des colonies), mais quand il s'agit de rendre exécutoire un code, de décider d'un impôt, d'édicter des principes sur le mariage indigène, «il faut bien reconnaître que ce sont là des actes législatifs qui dans la métropole seraient réservés au Parlement». Et ce qui le prouve, selon Dareste, c'est que «le caractère législatif de la matière éclate à toutes les pages du journal officiel»: organisation de la justice, dispositions pénales et fiscales, extension aux colonies de lois. Cela se faisant sans aucune invitation du Parlement, comment affirmer alors que «lois en métropole, elles perdraient leur caractère dans les colonies? De plus, le Président est intervenu

par décrets dans des domaines où, après intervention des gouverneurs par arrêtés, il a semblé que seul le Président devait intervenir par la voie législative (Chambres de commerce ou crédit agricole pour leur conférer la personnalité civile)»⁵³.

Pour Daresté, reste une dernière question: qui a conféré ce pouvoir au Président? C'est le Sénatus-consulte de 1854 et avant lui toute la tradition coloniale que personne n'a jamais contestée. Le chef de l'Etat y concentre tous les pouvoirs. Il estime que son maintien plonge ses contradicteurs dans l'embarras: «Selon M. Gros, il est abrogé, sans l'être, tout en l'étant. Selon M. Lampué, il subsiste, mais à l'état de simple loi et, par conséquent, il ne peut être contraire à la loi de 1875, qui est une loi constitutionnelle». Ironisant sur «ces discussions d'école qui peuvent être fort intéressantes», il remarque qu'elles ne peuvent rien contre le fait que ce Sénatus-consulte est en vigueur et que ce maintien est proclamé tous les jours par les lois et décrets qui le visent. Reste à concilier ce pouvoir législatif avec la Constitution de 1875 («à vrai dire, je ne puis trouver la solution bien difficile»). Tout simplement, la Constitution a maintenu le pouvoir du Président dans les colonies et le Sénatus-consulte, tout en autorisant le Parlement à rogner ce pouvoir "en détail". M. Lampué, lui, considère que la Constitution a donné le «monopole, la compétence exclusive en matière législative» au Parlement «autrement dit, la constitution aurait abrogé le Sénatus-consulte», ne laissant au Président que le pouvoir réglementaire. Mais alors, M. Lampué revient au point de départ et abandonne en réalité la distinction entre la forme et le fond. Or, si au fond ce sont bien des matières légis-

latives, alors «les pouvoirs du Président de la République s'étendent aux matières législatives» et «[...] pour le contester, il faut retomber sans cesse dans la confusion entre la forme et le fond, c'est-à-dire tout embrouiller».

La même année, Lampué répond aussitôt. Il commence par reconnaître que, du point de vue du fond,

il est évident qu'il n'y a absolument aucune différence entre une loi et un règlement. L'une et l'autre ont la même structure, puisqu'ils consistent dans la détermination d'une règle générale. L'une et l'autre agissent exactement de la même manière sur le milieu juridique, puisque leur action tend à la modification des règles en vigueur, sans saisir directement aucune situation particulière. L'une et l'autre s'opposent donc également à l'acte administratif, dont la structure est différente et qui agit d'une autre manière sur le milieu juridique⁵⁴.

«Nous voilà d'accord», mais Daresté se contredit lorsque il affirme qu'il y aurait «encore une différence au fond»: «Ils n'interviennent pas dans le même domaine, ils portent sur des objets différents. Les premiers portent sur des matières législatives et les seconds sur des matières réglementaires». Il introduit donc un principe de classification nouveau, qui ne tient plus à la structure des actes, mais aux matières régies par eux. De là vient la confusion, car cette dernière distinction selon les matières traitées n'est pas du tout une distinction de fond: «En effet, le domaine dans lequel intervient un acte ne peut rien changer à la structure de cet acte; il est donc indifférent à la nature juridique de cet acte au fond». Selon Daresté, dit Lampué, «il y aurait une répartition des matières qui ne résulterait ni d'une règle constitutionnelle ni de la volonté des organes publics, mais qui tiendrait à la notion même de loi ou de

règlement. En d'autres termes, il y aurait des matières législatives et des matières réglementaires en soi, en vertu de la nature de choses». Il existe donc pour lui, «pour la loi, un domaine nécessaire et résultant de sa définition».

Lampué estime ne pouvoir suivre Dareste sur ce point. Il reconnaît que cette approche relative au «domaine naturel de la loi» est surtout celle d'auteurs allemands. Ces derniers soutenaient que «la loi crée le droit des particuliers tandis que le règlement ne s'adresse qu'aux fonctionnaires», affirmations contredites par les faits (il existe des règlements de police qui entraînent des obligations pour les particuliers). En outre les français qui ont suivi cette doctrine invoquent une «tradition constitutionnelle ou une coutume qui réserve certaines matières à la loi». Lampué ne la nie pas, mais il affirme que c'est une règle de droit positif qui réserve au débat public et à la loi certaines matières: «On ne peut pas en inférer qu'il existe un domaine naturel de la loi; il existe seulement un domaine réservé à la loi par une règle de droit née de la pratique». «Il est donc très facile d'admettre que le domaine ainsi réservé à la loi dans la métropole ne lui est pas réservé dans les colonies, où les pratiques ont toujours été très différentes»⁵⁵. En outre, les arrêts du Conseil d'Etat, cités par Dareste (1904 et 1906), ne disent pas ce qu'il leur fait dire: Romieu ne fait que dire que les matières réglementaires sont celles sur lesquelles le Parlement n'a pas statué. Cette répartition ne résulte que de la pratique parlementaire. «Nous concluons donc qu'on ne peut définir au fond les actes juridiques par le domaine dans lequel ils interviennent, ce domaine étant indifférent à leur structure interne et

lié seulement à la compétence des organes. Les décrets coloniaux, du point de vue de leur structure, sont évidemment des actes législatifs, comme tous les actes généraux. Mais du point de vue organique, ils émanent d'une autorité qui ne possède point le pouvoir législatif dont parle la loi constitutionnelle et ils sont pris, par suite, en vertu d'un pouvoir réglementaire».

Quant à la question de la langue, le fait de dire en parlant de la violation d'un décret que l'on a violé «la loi» ou de dire que le Gouvernement «légifère» par décret n'est pas plus à noter que le fait de dire que la loi «a réglementé» telle institution. Les mots sont pris l'un pour l'autre, «ce qui est logique puisque du point de vue matériel, ils ont le même sens». Il est donc normal de les traiter comme des lois pour l'interprétation: le Tribunal des conflits a disposé que le règlement «participe du caractère de l'acte législatif, puisqu'il contient des dispositions d'ordre général et réglementaire. Cela n'empêche pas ces actes d'être des règlements». Bref, concluait-il, «[...] les décrets coloniaux sont législatifs par leur structure mais réglementaires par le pouvoir dont ils émanent». Et dans le manuel de droit d'Outre-mer qu'il cosignait avec Rolland, il enseignait que le chef de l'Etat n'intervient pas comme «législateur au sens formel, mais comme autorité administrative munie du pouvoir réglementaire». Participant par la généralité de leurs dispositions du caractère de la loi, «actes législatifs par leur caractère intrinsèque», les décrets n'en sont pas moins «des actes administratifs par l'autorité dont ils émanent et par le degré de leur force juridique». En quelque sorte, ces auteurs retenaient la seule compétence législative des assemblées, en vertu de l'article

1^{er} de la Constitution (que certains disaient, tel Duguin, ne pas s'appliquer aux colonies) tandis que le Président de la République n'intervenait que par des décrets, qui ne sont à leurs yeux que «des actes administratifs», bien que «actes législatifs intrinsèques».

En résumé, la querelle semble peu à peu se circonscrire à une dimension juridique. Les deux protagonistes sont d'accord pour dire qu'en matière coloniale il vaut mieux que ce soit le Président de la République qui fasse la règle. «Nous ne sommes, écrit Lampué, nullement l'adversaire de principe du régime des décrets [...]. Assoupli, les critiques qu'on lui fait sont moins fondées de nos jours [...] et tout cela n'empêche pas de penser que le régime des décrets présente de sérieux avantages d'ordre technique dans des pays où l'ordre juridique doit s'adapter aux transformations très rapides du milieu économique et social et où l'adaptation des règles aux faits doit être incessante». En outre aucun des deux ne nie l'application de la constitution aux colonies, ni le pouvoir du Parlement d'intervenir, ni sa prééminence. Enfin, en pratique, tous deux reconnaissent la possibilité des recours contre ses décisions, même s'ils s'opposent sur leur explication.

On serait donc tenté de reconnaître avec Lampué que la discussion se réduit à une discussion purement juridique. Or, Dareste n'en est pas tout à fait convaincu car, pour lui, l'opposition a aussi des dimensions politiques. D'une part, la compétence législative du Président est fondée, selon lui, sur le fait que la constitution, qui s'applique aux colonies, tolère l'existence d'un texte élaboré sous l'Empire. Et d'ailleurs, Lampué lui-même, dans l'article de 1937, ne masque pas les enjeux politiques

puisqu'il affirme que le pouvoir législatif «dans notre régime, n'appartient qu'au Parlement».

C'est donc que, au-delà du débat juridique, un autre débat se profile qui déborde le territoire colonial et vient rejaillir sur le terrain constitutionnel républicain "interne".

3. *Hantise des décrets-lois et de l'Empire*

Obsession? Lampué en fait l'aveu! Reprenant les explications relatives à la doctrine invoquée par Dareste, il soulignait que la position de son contradicteur n'est pas indépendante du régime politique en vigueur. Il reconnaissait que sous la Troisième République, il est de règle, qu'est réservée au Parlement, la connaissance exclusive de certaines matières, mais aussi que cette règle n'existe pas aux colonies et que par conséquent des règlements peuvent y intervenir même dans les matières réservées aux lois dans la métropole. En quelque sorte, en pratique, Lampué veut bien que le Président agisse dans les colonies mais qu'il le fasse en conformité théorique avec les caractères reconnus à la Constitution de 1875, en retenant le caractère réglementaire de son intervention. Or, répondra Dareste, on voit bien l'objet de «l'aversion, inavouée ou inconsciente, c'est le Sénatus-consulte», c'est à dire un système où le chef de l'Etat édicte des lois civiles et pénales, ce qui leur «fait une peine extrême», ironise-t-il. «C'est au fond au régime des décrets qu'ils en veulent». C'est une tentative élégante d'enlever au Président une compétence, puisque si le Sénatus-consulte n'est plus, le Parlement sera désormais seul compé-

tent pour légiférer. Or, cela paraît difficile et de toute évidence «les colonies n'y gagneraient pas». A quoi, Lampué répondra qu'il n'y a «aucun lien entre une théorie juridique et le jugement qu'on peut porter sur la politique législative».

C'était reconnaître qu'indirectement, la dispute se situait sur un terrain dont les enjeux débordaient le simple objet auquel elle semblait se limiter. Et ceci parce que, en arrière plan, presque comme caché, c'est tout l'équilibre des pouvoirs qui était en cause. Il faut donc interroger l'époque même à laquelle elle éclate et les enjeux politiques qui, sous des apparences diverses, peuvent concerner le régime politique de la Troisième République. De fait, tout ce qui peut diminuer le pouvoir du Parlement est perçu, à cette époque, comme une menace pour le régime républicain: menace, le régime des décrets, menace l'utilisation que l'on fait de la conception matérielle de la loi, menace encore l'invocation de la théorie allemande, ou du moins, si l'on préfère, inquiétude à l'endroit de ces approches perçues comme autant de dérives potentielles contre le régime républicain. Bref, une sorte de combat d'arrière garde pour lequel viennent reflourir des théories que l'on croyait abandonnées depuis longtemps. Il faut alors chercher sur d'autres terrains que juridiques les explications que ne fournissent guère les deux opposants mais qui donnent au débat sur la Constitution une dimension plus politique.

3.1. *Les craintes sur l'amalgame colonial*

La démonstration de Dareste semble bien avoir été précédée, en matière co-

loniale, par quelques prises de position dont le contenu – et l'époque de leur parution – pouvait apparaître comme trop intimement mêlé à des débats purement métropolitains. Sans doute, on l'a dit, la jurisprudence en matière coloniale pouvait apparaître comme plus tardive et moins ferme. Certains considéraient même qu'en matière de règlements coloniaux la jurisprudence suivait encore le principe de la délégation législative parce que, en matière coloniale, disaient-ils, le Conseil d'Etat ne s'est jamais prononcé d'une façon expresse, comme il l'a fait pour les décrets ou les règlements d'administration publique. Dans leurs expressions encore, les arrêts rendus s'accrochaient à un langage que certains voulaient voir définitivement disparu. En 1926 à propos de l'Algérie, il était indiqué que certaines mesures de sécurité publique pouvaient «être édictées valablement par le chef de l'Etat dans l'exercice du pouvoir législatif qui lui appartient pour l'Algérie». Et la Chambre civile de la Cour de Cassation, par arrêt du 27 avril 1926, avait décidé que «dans le groupe de colonies, auquel appartient l'Indochine, le Président de la république est investi du pouvoir législatif et que les décrets ainsi rendus par lui constituent de véritables lois»⁵⁶. A quoi Rolland faisait tout de même observer qu'il était totalement inexact de s'exprimer ainsi. Il faudra cependant attendre un arrêt du Conseil d'Etat du 22 décembre 1933 pour que soit expressément indiqué que «si le régime établi (aux colonies) comporte le droit pour le chef de l'Etat de régler des questions qui, dans la métropole, ressortissent au domaine de la loi, ces décrets n'en constituent pas moins des actes administratifs susceptibles [...] d'être déférés au Conseil d'Etat par la voie

du recours pour excès de pouvoir». L'annotateur, Pierre Roques, indiquait que le Conseil d'Etat «avait tranché d'une façon catégorique la question de savoir quelle était la nature juridique des décrets par lesquels le Président de la République règle le régime de certaines colonies» et que cet arrêt «marquait la dernière étape de cette évolution».

Il n'est pas sûr cependant que ce soit ce simple décalage entre une solution, enfin arrêtée pour la Métropole, et une solution plus lente à s'imposer pour les colonies, qui puisse expliquer la véhémence de la dispute. Si l'on veut bien replacer dans leur époque ces différentes prises de position, on voit bien que, à la fin de la première guerre mondiale, en 1918 puis en 1924, en 1926 ensuite et encore en 1934 et 1937, le Parlement a consenti au gouvernement le droit, en métropole, de légiférer par décrets afin de redresser les finances publiques. Pour la question qui nous occupe, il faut prendre conscience de l'émotion suscitée par toute mesure donnant l'impression d'établir «un gouvernement législateur». Alors que la France était en guerre, le gouvernement avait été conduit, en vertu de l'état de siège déclaré par le décret du 2 août 1914 et maintenu par la loi du 5 août, à gouverner la France sans le concours et sans le contrôle du Parlement. Les décrets qui avaient été pris (restriction de la liberté du commerce, du droit de propriété), d'ailleurs avec l'autorisation du Parlement avant ou après, par ratification, et qui avaient fait l'objet pour certains de recours contentieux, avaient été validés par le Conseil d'Etat. Mais c'est surtout à l'occasion du projet de loi du 15 décembre 1916 et de la loi du 10 février 1918 que s'était particulièrement manifestée une opposition farouche à cette pratique.

Le projet de 1916, déposé par M. Briand, visait à «autoriser le gouvernement jusqu'à la cessation des hostilités, à prendre toutes mesures commandées par les nécessités de la défense nationale». violemment critiqué, on lui reprochait de tendre à donner au gouvernement le pouvoir de faire des décrets-lois, d'assurer un régime de coup d'Etat.

La loi de 1918, quoique modeste (pouvoir étendu du chef de l'Etat en matière de ravitaillement et possibilité de prévoir des sanctions, limitée dans le temps, ratification dans le mois de l'insertion au journal officiel), avait soulevé, elle aussi, un concert de critiques passionnées. On était pourtant bien en deçà des dispositions adoptées en Angleterre et en Italie. Dans ces deux pays⁵⁷, les extensions de compétence avaient été d'une extrême généralité, le Parlement italien considérant que, comme le Parlement anglais, il disposait d'un pouvoir législatif sans limites en même temps que du pouvoir constituant. Et, en 1922, il s'est dépouillé définitivement de son pouvoir législatif à la demande de M. Mussolini, afin que le gouvernement «puisse résoudre librement, sans les difficultés de la procédure parlementaire, les problèmes les plus urgents de finance et d'administration publiques»⁵⁸. Il en avait été de même en Suisse, où le Conseil fédéral avait reçu en matière législative et financière des «pouvoirs illimités». Et en Allemagne, le droit de nécessité prévu dans la Constitution avait permis au chef de l'Etat et au gouvernement de prendre des «ordonnances de nécessité».

Cette comparaison avec les voisins immédiats fut évoquée continûment en France comme une menace lors des "délégations" suivantes. En 1934 en parti-

culier, alors que la crise du régime parlementaire s'était considérablement accrue (aggravation du chômage, chute fréquente des ministères), Pichat écrit: «Les beaux jours de la prospérité économique étant depuis longtemps révolus, le malaise du pays s'est accru du sentiment de n'être pas gouverné à côté de nations dont le régime autoritaire faisait ressortir d'autant plus vivement l'impuissance du nôtre»⁵⁹. En outre, lors des décrets-lois de 1937, l'inquiétude s'était manifestée à nouveau, soit sur le plan économique en raison des craintes qu'inspirait la mise en place d'une économie dirigée, soit, pour ce qui nous concerne ici, pour des raisons tenant à l'illégalité des décrets. On leur reprochait, d'une part, de se contenter de subdéléguer les pouvoirs à des ministres «qui prendront plus tard les mesures nécessaires», et d'autre part, même s'ils pouvaient subdéléguer, d'attribuer des pouvoirs supérieurs à ceux reçus. En permanence, c'est «la crainte des précédents dangereux» ou des exemples dangereux (en Allemagne, la loi du 19 février 1935 n'a-t-elle pas accordé à Hitler les pleins pouvoirs financiers et supprimé pratiquement tout contrôle sur les finances publiques?) et le sentiment, qui sera explicité plus tard, que les totalitarismes prospèrent par le maintien de solutions, imaginées en temps de guerre, mais maintenues en temps de paix. On ne peut donc dissocier ces craintes des souvenirs laissés par les "décrets-lois" (les vrais!) qui sont soit le fait des gouvernements autoritaires, soit le fait de gouvernements provisoires qui prennent des décrets ayant force législative parce que, dans le moment où ce décret est pris, il n'y a plus de pouvoir législatif régulier. De sorte qu'on a pris soin de les distinguer des «décrets en

matière législative» qui proviennent d'une concession opérée par le pouvoir législatif. Il suffit d'ailleurs de consulter les archives parlementaires pour voir que ces craintes relatives à un amalgame sont expressément mentionnées.

On ne peut ignorer que lors des débats parlementaires, un lien permanent a été fait entre les demandes du gouvernement, les menaces que ces demandes faisaient peser sur le régime parlementaire et la pratique coloniale. Un exemple au moins: lors du débat du 4 février 1924, portant sur l'article 1^{er} qui autorise le gouvernement à procéder par décrets rendus en Conseil d'Etat «à toutes les réformes et simplifications administratives que comportera la réalisation des économies», les intervenants n'oublient nullement ni les menaces de "dictature" ni le soupçon de vouloir mettre la métropole au régime colonial. Sans doute, le trait un peu forcé de l'argument provoque-t-il quelques rires. Il n'en est pas moins plusieurs fois utilisé et d'ailleurs parfois assez longuement. Ernest Lafont, membre de l'extrême gauche, après avoir rappelé «comment le fascisme commence» («on commence par des décrets lois et on finit par la plénitude du régime des pleins pouvoirs»), suggère au gouvernement qu'il aurait pu prendre comme exemple le régime des colonies:

Le décret, dans notre pays républicain, a une assez large sphère d'application, mais ce n'est pas pour la métropole, c'est pour les colonies [...]. Le sénatus-consulte de 1854 est encore en vigueur. Et c'est j'en suis sûr dans cette lecture que vous avez puisé quelques-unes des suggestions qui vous ont conduit à la rédaction de l'article premier de votre projet de loi [...] vous êtes assez juriste, monsieur le Président du Conseil, pour n'ignorer aucun de ces textes. Mais nous voudrions que vous le fussiez assez pour relire

les anciens textes sans éprouver le besoin de les étendre [...]; la législation coloniale est pour une grande partie matière à décrets [...], il n'est plus question que de décrets [...] mais cela c'est le régime de l'Empire et dans la mesure où nous en souffrons à l'heure actuelle, dans la mesure où nos collègues qui représentent nos populations lointaines ont le droit de nous reprocher d'avoir laissé ces vieilles et mauvaises méthodes dans nos textes, nous n'avons pas de raison de mettre l'ensemble des français sous le même régime⁶⁰.

A quoi Poincaré répondra le lendemain que «seules des imaginations ombrageuses pourraient voir dans cette procédure, parfaitement légale [...] une fâcheuse réminiscence du régime impérial ou un malencontreux souvenir des sénatus-consultes»⁶¹.

Ces interventions ont, de toute évidence, influencé la querelle entre Dareste et Lampué, même si l'un et l'autre savent interpréter les débats parlementaires et les recours à des "menaces" plus rhétoriques que réelles. Si l'on regarde, en effet, les publications relatives à la question des décrets en matière coloniale, on voit bien qu'elles font l'objet de parution en 1927, en 1928, puis en 1935, juste après les lois de '34. Or ces publications – universitaires – pouvaient être propres à nourrir pareilles inquiétudes, par le simple soupçon de puiser dans la pratique coloniale des exemples propres à justifier une pratique métropolitaine. Ainsi, en 1928, un auteur avait soutenu l'idée d'un retour en faveur de la théorie de la délégation et, bien loin de se contenter d'un regard sur les colonies, il n'avait pas hésité à lier problématique «coloniale» et problématique «métropolitaine». Dans cet article, relatif à l'Algérie, Louis Milliot avait réaffirmé l'existence d'une délégation législative, «à laquelle on est moins opposé depuis quelques temps»⁶². Annexée par l'ordonnance du 22 juillet 1834, l'Algé-

rie, expliquait-il, est soumise «au régime des décrets» bien que cette attribution ait toujours été perçue comme une anomalie: «Ce n'est pas sans peine notamment qu'on a pu justifier en droit la brèche qu'elle fait au principe de la séparation des pouvoirs», l'origine et la nature de ce pouvoir n'ayant jamais encore été définies d'une manière suffisamment précise. Mais, affirmait-il, le Conseil d'Etat dans les arrêts rendus en 1928 a reconnu formellement la légalité de la pratique et le fondement de ce pouvoir qui se trouve dans la loi du 24 avril 1833, prévoyant que les «établissements français d'Afrique continuaient d'être régis par les ordonnances du roi». Or l'article 4 de l'ordonnance de 1834 disposait que «jusqu'à ce qu'il en soit autrement ordonné, les possessions françaises du nord de l'Afrique seront régies par nos ordonnances», ne faisant ainsi que rappeler la délégation donnée au chef de l'Etat⁶³. Sous l'Empire, l'Algérie a continué à être régie par des décrets, le Sénat n'ayant rien disposé à son sujet, de sorte que la Constitution de 1875 étant muette sur l'Algérie, on a considéré que c'était la loi de 1833 qui continuait à s'appliquer.

Or, poursuivait Milliot, en Algérie, le chef de l'Etat n'exerce pas seulement le pouvoir réglementaire; il est législateur. «Or, légiférer, ce n'est pas seulement édicter des lois dans les matières nouvelles, mais encore modifier la législation antérieure». Il reprenait sur ce point une thèse soutenue à la Faculté de droit de Paris par Paul Sumien, qui disait que la loi du 24 avril 1833 ne soumettait à aucune restriction «le droit de légiférer en matière algérienne reconnu au chef de l'Etat»⁶⁴. Aucun texte n'ayant restreint ses pouvoirs, «on doit décider qu'il a incontestablement le droit

de modifier par décret une loi en vigueur en Algérie, même une loi de la métropole rendue applicable en Algérie». Malgré le caractère exorbitant de la solution, reconnaissait-il, elle n'est que la conséquence de cette idée que l'Algérie «prolongement de la France, est restée sous le régime de la législation des colonies», affirmation d'ailleurs contestée à l'époque par d'autres auteurs. A plus forte raison, plus normalement, le chef de l'Etat pouvait-il modifier, en les introduisant, des lois métropolitaines ou créer des institutions (par exemple celle de l'Indigénat, non réglée par des lois applicables en Algérie).

Bien sûr, ce régime original et toléré était au fond contraire à l'esprit de la Constitution républicaine. Mais, ajoutait Milliot – et c'est sans doute sur ce point que l'amalgame perçait – depuis quelques temps on est moins violemment opposé à une délégation législative et le Parlement a pris l'habitude (loi du 22 mars 1924 et lois du 13 juillet et 3 août 1926) de procéder à des délégations permettant au gouvernement d'agir vite en étendant son pouvoir réglementaire, même pour modifier des lois. Et il allait jusqu'à assimiler les circonstances liées à la pacification de l'Algérie à celles conduisant aux décrets de 1924 et de 1926 pour la métropole. Ces circonstances, dues à la complexité croissante des sociétés modernes qui empêchaient le Parlement de remplir en entier sa mission, expliquaient l'instauration, non d'une modification de la constitution écrite mais d'une «règle constitutionnelle coutumière». Or, elles rappelaient «des circonstances et des raisons semblables» ayant conduit à la «délégation générale donnée au chef de l'Etat à l'effet de légiférer par voie de règlements pour l'Algérie». Il fallait en ef-

fet rendre applicable au nouveau territoire toute la législation métropolitaine, mais il fallait un instrument plus souple que l'appareil parlementaire pour sélectionner et adapter, «[...] de là l'emploi du règlement législatif». En lisant ceci on ne peut s'empêcher de penser à l'inversion que ce raisonnement entraîne, à savoir qu'on a expérimenté cette pratique en Algérie et que, maintenant, sous l'empire des nécessités, on est conduit à procéder de manière identique en France. On comprend que les républicains aient pu y voir quelque invitation inquiétante! Et d'autant plus que Milliot ajoutait d'ailleurs que «l'étude des origines du pouvoir législatif exercé en Algérie par le chef de l'Etat, le montre en définitive comme résultant d'une délégation du Parlement tout à fait régulière et conforme à notre régime constitutionnel tel qu'il se comporte dans la pratique»⁶⁵.

On pouvait donc en réponse – même si la crainte était en réalité sans fondement – penser à juste titre qu'il valait mieux, en Métropole comme aux colonies, affirmer tout à la fois, l'application de la Constitution, son respect, le caractère réglementaire des décrets et la possibilité des recours. Du reste, en 1935, est soutenue devant la Faculté de droit de Paris une thèse sur *Les décrets en matière législative*⁶⁶ qui reprend l'ensemble de la question aussi bien pour la métropole, l'Alsace ou les colonies. L'Auteur y expose que ce qui semble au centre de l'interrogation, c'est la crainte que ne soit touchée à la hiérarchie existant entre les divers pouvoirs de l'Etat. Celle-ci est perçue comme «une garantie pour la liberté et la sécurité des citoyens» et «la condition d'une bonne administration». «Renverser cette hiérarchie – écrit Pichat⁶⁷ – au profit d'une autorité subalterne risquerait de rendre

celle-ci facilement tyrannique». C'est cette crainte que l'on avait exprimée à l'occasion du vote des lois de 1924, crainte de voir invoqué plus tard «le précédent Poincaré», par quelqu'un de moins démocrate que lui. D'ailleurs, Esmein avait écrit, qu'accepter la délégation «c'était sortir de la Constitution et entrer dans la Révolution»⁶⁸. A ce titre, la dispute universitaire n'était effectivement pas une dispute "scolastique"; elle ne visait pas seulement à se doter d'un appareil conceptuel précis, mais elle engageait de véritables choix politiques.

Au-delà, personne, semble-t-il, ne niait l'intérêt de voir le gouvernement – dont les compétences techniques étaient «autrement grandes» – disposer d'un pouvoir large et d'une attribution de compétences, à condition toutefois que soit réaffirmée la nature juridique véritable des mesures prises par le chef de l'Etat. Or, nous avons vu que sur le terrain juridique, la dispute sur la loi et le règlement se rapportait à «la question si délicate et si débattue de la délimitation du domaine du règlement administratif par rapport à la loi». Ce n'est pas, écrivait Carré de Malberg, de «la simple scolastique». Il s'agit de répondre à la question suivante: «Parmi les divers objets sur lesquels l'Etat a à prendre des décisions, quels sont ceux qui exigent une intervention de l'organe législatif statuant par voie législative, quels sont ceux qui peuvent être traités par les autorités administratives dans la forme des actes d'administration? En particulier quelle est la sphère réservée à la législation, quelle est celle qui appartient en propre au règlement administratif»⁶⁹. Or, pour répondre à cette question, certains auteurs se sont tournés vers la doctrine allemande et on

diales, une méfiance a pu s'exprimer dans les revues savantes contre les approches juridiques ou historiques venues d'Outre-Rhin. Des deux côtés, les nationalismes à l'œuvre ont creusé un fossé entre les deux pays. Aussi ne doit-on pas être surpris de voir Lampué et Dareste s'opposer sur la conception allemande de la loi.

3.2. *L'obsession de l'inspiration allemande*

Les auteurs allemands s'accordaient à dire qu'il faut discerner deux sortes de lois. D'une part des lois formelles, c'est à dire tous les actes faits par la voie législative qui présentent donc tous les signes extérieurs de la loi. D'autre part, des lois matérielles qui se reconnaissent uniquement à leur teneur interne. Est pour eux loi matérielle toute prescription, quelle que soit sa forme, dont le contenu a, en soi, la portée d'une règle législative. Par conséquent l'autorité administrative peut exercer, outre son rôle d'administration, un «pouvoir réglementaire, en vertu duquel elle prend part à la législation matérielle». Pour les juristes Allemands la solution à la quelle ils veulent aboutir est simple. Dire qu'une loi est matérielle signifie que la loi est caractérisée par sa matière et que par conséquent elle doit être normalement édictée par la voie spéciale de la législation. Pour eux, la loi est la règle qui crée du droit concernant les particuliers. Mayer dit que «ce qui concerne la liberté et la propriété fait partie de la sphère réservée à la loi». De sorte que si une Constitution dit que tel organe a le pouvoir de faire la loi, cela veut dire en thèse générale que toute loi *ratione materiae* ne peut être faite que par lui. La loi

matérielle est le domaine spécial et naturel de la législation formelle. Quant aux autres prescriptions, elles sont du domaine de la puissance administrative. Cette distinction fournit donc la base même de répartition des compétences législative et administrative. «Et d'une façon générale, la théorie des fonctions matérielles a pour effet de faire apparaître, pour chacune des catégories d'organes de l'Etat, quel, est en principe, le domaine réservé à leur compétence spéciale. Là est le grand intérêt pratique de cette théorie». De fait pour les allemands, l'expression de loi matérielle désigne les règles pour l'établissement desquelles la Constitution exige, à raison de leur matière, l'emploi de la voie législative formelle. Mais ici la théorie de la loi matérielle est nettement placée sur le terrain juridique et correspond à la délimitation objective établie par le droit constitutionnel.

On en comprend pour l'Allemagne la portée. Cette conception s'est particulièrement développée dans les pays de monarchie limitée, là où il s'agissait de limiter la puissance royale et de réserver aux Chambres la modification des droits des sujets. Donc, à défaut d'habilitation, le monarque ne peut rien faire, il ne peut décréter de la législation matérielle. Constitutionnellement, toute loi matérielle exige une loi formelle et exclut la voie des ordonnances. C'est ainsi que Laband déclare que la Constitution de l'Empire, comme celle de la Prusse et des autres Etats confédérés «sous-entend comme un axiome que les dispositions juridiques doivent être établies par la voie législative». Ceci dit, les auteurs allemands considèrent que la puissance législative est sans bornes et que l'organe législatif peut attirer à lui toute matière quelconque, règle de droit ou non.

Transposée à la France (et les auteurs allemands prétendaient aussi que cette vision est conforme au droit français où la règle de droit est la matière spéciale de la loi)⁷⁰, cette approche fut adoptée par de nombreux auteurs et en particulier par Duguit. Il soutient qu'à côté des critères formels il faut tenir compte de conditions de fond sans lesquelles on ne saurait parler de loi: ce qui distingue la loi de tout autre acte d'autorité c'est d'abord son caractère régulateur, c'est à dire qu'elle contienne quelque précepte obligatoire susceptible de former un élément de l'ordre juridique de la communauté étatique. Il est donc conduit à distinguer les lois en la forme et les lois quant au fond ou, pour employer la terminologie allemande, les lois formelles et les lois matérielles. Ainsi Duguit affirme-t-il qu'il ne comprend pas comment «le caractère d'un acte peut varier suivant l'organe qui fait cet acte»⁷¹. Il s'appuie pour cela sur l'obscurité de la Constitution de 1875. Ainsi, dans son *Manuel de droit constitutionnel* de 1917, Duguit en trouvait le texte obscur et ambigu:

Selon l'article 1, §1, de la loi du 25 février 1875, écrit-il, le pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées, la Chambre des députés et le Sénat. La pensée du législateur de 1875 était surtout d'affirmer dans ce texte le principe de la dualité du Parlement. Quant à la conception de la loi, s'il en avait une, elle n'y apparaît que très imparfaitement. Ce texte veut-il dire que toute décision des deux chambres est une loi, quel que soit son contenu? Ou signifie-t-elle que la loi au sens matériel ne peut résulter que du vote des deux chambres. Il est difficile de se prononcer. De tout cela il résulte que le juriste n'est lié par aucun texte de notre droit positif et qu'il peut ainsi en toute liberté faire la théorie rationnelle de la fonction législative⁷².

Fort de cette constatation, Duguit affirmait qu'un «acte juridique n'a pas une nature différente suivant la personne de laquelle il émane»⁷³. En conséquence, traitant des fonctions de l'Etat, il les définit en «elles-mêmes», au point de vue purement matériel, abstraction faite des organes qui sont chargés de les remplir. Il cherche à déterminer leur nature intrinsèque, hors du point de vue formel qui les définit d'après le caractère de l'organe (qui a de l'importance, en revanche, lorsqu'on s'interroge sur les recours)⁷⁴: du point de vue formel, est loi toute décision qui émane de l'organe que la constitution désigne comme organe législatif; en 1875, c'est le Parlement. Mais du point de vue matériel «est loi tout acte qui possède en soi le caractère intrinsèque de la loi, indépendamment de l'individu ou du corps qui fait l'acte»⁷⁵.

De sorte qu'abordant la distinction entre loi et règlement il affirme qu'au point de vue matériel, la loi est l'acte par lequel l'Etat formule une règle de droit objectif. Elle doit donc contenir une disposition d'ordre général et impératif. De même, l'acte administratif, du point de vue matériel, c'est un acte juridique conforme au droit objectif (dans les limites de la loi) et qui donne naissance à une situation de droit subjectif. Fort de ces distinctions, il en conclut que les «règlements du chef de l'état ne sont pas des actes administratifs», bien que susceptibles de recours (pour une raison formelle) et «rationnellement on ne peut y voir, au point de vue matériel, que des actes législatifs»⁷⁶. Leur contenu ne peut que les classer parmi les actes législatifs. Comment se fait-il que le Président ait cette compétence? «La question», poursuit-il, «est très discutée; les uns voient là une délégation donnée par le Parlement;

les autres disent que le règlement intervenu dans ces conditions fait bloc avec la loi. Peu importe [...], il suffit d'affirmer que ce sont là des règlements que certainement on ne peut considérer comme étant des actes administratifs».

Mais cette approche le conduit à s'interroger sur ce pouvoir réglementaire. Comment «dans un pays comme le nôtre, dont la constitution décide que le pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées et où le Président ne participe à la confection des lois que par l'initiative et la promulgation, peut-on comprendre qu'il puisse faire seul un acte d'ordre législatif?». Tout en reconnaissant la difficulté d'établir une théorie générale du pouvoir réglementaire du chef de l'Etat en France» et en examinant les différents cas qui ont «en commun que les règlements sont des actes législatifs matériels», il évoque comme premier exemple celui des colonies, en disant que «[...] le Président légifère par voie de décret réglementaire dans certaines colonies en vertu d'une compétence permanente à lui donnée par une loi formelle». En fait, à le lire, on comprend que, pour lui, «la constitutionnalité d'une loi qui donne au chef de l'état le droit de légiférer dans les colonies n'est pas douteuse»⁷⁷ et que cette loi, c'est bien ce texte de 1854. Par conséquent, il n'y a pas grande différence avec la deuxième hypothèse, celle dans laquelle le Président légifère sur certaines matières en vertu d'une compétence qui lui «est donnée expressément par une loi formelle». Le règlement qui est fait alors n'est pas le prolongement de la loi, comme l'est le décret qui complète une loi. Il n'est pas un acte d'exécution et «ces règlements sont incontestablement des actes législatifs matériels». Ainsi retrouve-t-on, à l'occa-

sion de cette approche, l'amalgame entre décrets coloniaux et décrets pris en vertu d'une délégation de compétences.

Or cette conception se heurte à une toute autre conception selon laquelle l'activité législative de l'Etat, fonction étatique par excellence, doit être appréhendée selon un critère formel, la Constitution faisant dépendre la qualification juridique de la fonction législative d'une question de forme et d'organe. Tout acte en forme législative émanant du corps législatif est une loi, voilà le seul critère de droit positif selon Carré de Malberg⁷⁸. Et il faisait remarquer non seulement que les constitutions depuis l'an VIII avaient adopté ce critère formel, mais encore que les auteurs du XIX dans leur ensemble s'y étaient également ralliés. En examinant le premier critère d'une règle, Carré de Malberg dénie en droit à la "généralité" d'être une condition. Entre autres critiques, il constate que la théorie de la généralité n'est pas conforme au système du droit public français et qu'elle n'a donc pas de valeur juridique. Nulle part la Constitution de 1875 ne définit la loi une règle générale. Quant à cette idée de Duguit ou de Laferrière que le législateur est soumis aux lois existantes lorsqu'il statue à titre particulier, qu'une disposition individuelle qui contrevient à la législation existante est illégale même si elle est prise par le Parlement, il rétorque que cette idée est en contradiction avec le système français. Celui-ci «n'habilite aucun organe constitutionnel à contrôler la régularité des actes législatifs des chambres, et en cas d'irrégularité, à en prononcer la cassation ou à en paralyser les effets»⁷⁹. Aucune autorité n'a qualité non plus pour accorder une indemnité à la partie qui se dit lésée par une loi individuelle transgressant la

législation générale. Donc la prétendue obligation pour le législateur de respecter les lois est dépourvue de valeur juridique. Le tort est donc de construire cette théorie de la loi matérielle d'une façon purement arbitraire.

On comprend les enjeux du débat, même si on les limite aux questions coloniales. Si, les décrets que prend le Président sont des lois matérielles, cela signifie – au regard de la théorie allemande – qu'il est formellement compétent pour le faire. Autrement dit, il y aurait dans ce domaine colonial, deux organes compétents. On comprend alors que ceci puisse heurter ceux qui, comme Carré de Malberg⁸⁰, soutiennent que le Président n'est pas un organe et que dans le système de 1875 il ne saurait y avoir qu'un organe législatif, le Parlement. Or, même si le Sénatus-consulte n'a plus que valeur législative, il dit clairement que le Président légifère. On voit les répercussions sur la conception que l'on peut se faire du régime politique. Mais également des conséquences que cela peut avoir sur le contrôle. En effet, si le Président peut légiférer, il n'y a donc pas possibilité d'exercer le recours pour excès de pouvoir et pas davantage d'exciper de l'illégalité. Il pourrait même «légiférer» contre une loi existante ou, lorsque le Parlement intervient dans les colonies «sous une forme ou un contenu qui n'est pas législatif», rien n'empêcherait le Président de légiférer à son tour. En outre, cela pourrait vouloir dire que le Président n'a pas seulement un pouvoir réglementaire subordonné mais qu'il peut, dans les domaines non touchés par le législateur, faire œuvre législative sans avoir à invoquer des pouvoirs conférés ou délégués par le parlement. Bien sûr, lors du conflit entre Dareste et Lampué, ces risques n'étaient

plus de mise. Personne ne prétendait qu'à tout moment, le législateur ne puisse pas s'emparer d'une question quelconque.

Quant au recours pour excès de pouvoir ou à l'exception d'illégalité, ils avaient été admis l'un et l'autre. De même, on remarquera que Dareste et Lampué sont d'accord pour dire que «les colonies font partie de l'Etat et qu'elles sont régies par les lois constitutionnelles de la France». Mais il reste que l'époque exacerbe toutes les craintes et que la délimitation de la loi et du règlement est perçue comme un enjeu majeur de choix politiques⁸¹.

Conclusion

En conclusion, on retiendra du droit constitutionnel colonial les incertitudes et les conflits tant juridiques que politiques auxquels il a donné naissance. D'une part, les incertitudes textuelles ont généré inévitablement des hésitations et des débats qui divisaient la doctrine et mettaient dans l'embarras les juges chargés de dire le droit. Ni la question de savoir si le Sénatus-consulte de 1854 était encore en vigueur (et à quel titre), ni celle relative à l'application de la Constitution de 1875 au territoire des colonies ne faisaient en doctrine l'unanimité et l'on retrouvait sur ce point, comme dans bien d'autres relatifs au droit colonial, de roboratives discussions. Il reste que le débat relatif au régime législatif des colonies proprement dit (et dans ses dimensions les plus pratiques liées au danger de remettre en cause l'ensemble de la législation coloniale par décrets) s'est soldé par un désaccord non résolu. On peut supposer, en effet, que la mort de Dareste

seule a mis fin à un désaccord qui n'était pas prêt de se terminer. La conclusion même de Dareste, disant qu'il ne répondrait plus sur cette question, dit assez son refus de se ranger à l'opinion de ses adversaires. Partisan convaincu du régime des décrets pour le monde colonial, il n'entend rien céder à son adversaire et le contenu des décrets lui interdit d'y voir autre chose que des lois, sans qu'on ait à le soupçonner de quelque mauvaise intention contre le régime républicain. Du reste, le débat qui rebondit avec la Constitution de 1946⁸² montre bien que le droit français s'accommodait assez bien de ces pouvoirs reconnus au Président de la République et de la difficulté à lever entièrement la discussion sur ce point. Mais dans le fond, n'est ce pas lié au caractère impérial du régime colonial?

En revanche, les querelles se sont exacerbées en raison d'enjeux qui dépassaient la seule discussion scolastique sur la nature juridique de tels ou tels actes. Dans les situations frontalières – et ici nous y sommes à un double titre, conceptuel et géographique – il n'est pas indifférent de faire côtoyer deux mondes juridiques et donner l'impression que ce qui se passe dans l'un ne peut concerner l'autre. Et, en ce qui concerne le droit constitutionnel, la perception juridique est trop proche des conséquences politiques pour que les tenants de la République puissent accepter la moindre dérive. La reconnaissance aux décrets présidentiels d'une nature législative a été perçue et rejetée comme inacceptable et presque comme une invitation à dénaturer le régime républicain. On ne saurait ignorer au lendemain de la première guerre mondiale, les craintes qu'ont suscitées les moindres allusions au régime allemand. On sait combien cette seule évo-

cation, dans des domaines pourtant anodins (certaines revues scientifiques ont montré à cette époque jusqu'où pouvaient aller les méfiances et les préjugés, y compris vers des dérives scientifiques peu sérieuses⁸³), déclenchaient de réactions nationalistes, pour ne pas s'étonner de voir des juristes contester tout emprunt à une théorie propre à la répartition des pouvoirs dans une Constitution très différente de la Constitution française. Enfin, et ce n'est sans doute pas le moindre argument, il est clair que dans un monde porté vers le totalitarisme (et l'on sait que l'approche impérialiste y a été lié d'une manière évidente) il fut important de refuser toute dérive. De

sorte que refuser toute concession, encore qu'elle put être perçue comme excessive par ceux dont les convictions républicaines ne sauraient être mises en doute, pouvait apparaître, dans un monde en proie au doute, comme une réelle garantie.

Il ne nous appartient pas de dire ici que les menaces étaient sans doute ailleurs et que sensibles aux approches politiques, les "défenseurs de la République" étaient certainement moins ouverts aux menaces "économiques". Il reste qu'en ce domaine leur résistance restait estimable et, en définitive, bienvenue.

¹ Mon collègue Luigi Lacchè me demande d'écrire quelques lignes sur les Colonies et la Constitution française de 1875; j'ai donc remis sur le chantier quelques recherches faites autrefois sur une question proche et parues dans les «Cahiers aixois d'histoire des droits de l'Outre-mer français» (PUF d'Aix Marseille, n. 3, 2007, p. 11-54), sous le titre suivant *Les décrets coloniaux étaient-ils des lois ou des règlements? Une controverse aux frontières du droit et de la politique*.

² Ainsi A. de Duchêne, *Le régime législatif des colonies*, thèse Paris, 1893; M. Baudouin, *Du pouvoir de légiférer dans les colonies*, thèse Paris, 1901. A. Bonnefoy-Sibour, *Le pouvoir législatif aux colonies. Essai historique sur le droit de légiférer en matière coloniale*, thèse Montpellier, 1908. V. Dupuich, *Le régime législatif des colonies françaises*, thèse Paris, 1912. M. Inaprossian, *La colonisation et le législateur colonial français*, thèse Paris, 1916.

³ Voir G. Blondel, G. Marcille et P. Daresté, *Traité de droit colonial*,

1931, chapitre III, Législation, § 107.

⁴ Ivi, chapitre IV, section 1^{ère}, § 143.

⁵ Voir Y. Benot, *La Constitution de l'an I et les Colonies*, in J. Bart, J.J. Clere, CL. Courvoisier, M. Verpeaux, *La Constitution de 1793. L'Utopie dans le droit public français?*, Colloque de Dijon, EUD, 1993, p. 195.

⁶ Blondel, Marcille et Daresté, *Traité de droit colonial* cit., § 91.

⁷ Les droits politiques, lois civiles et criminelles applicables aux personnes libres, les pouvoirs spéciaux des gouverneurs en ce qui concerne les mesures de haute police et de sûreté générale, l'organisation judiciaire, et enfin le commerce, le régime des douanes, la répression de la traite, le règlement des relations entre métropole et colonies.

⁸ Blondel, Marcille et Daresté, *Traité de droit colonial* cit., § 94. Du moins pour les colonies mentionnées plus haut, les autres établissements d'Inde et d'Afrique, avec Saint-Pierre-et-Miquelon, restant régies par ordonnances

royales aux termes de l'article 25.

⁹ Blondel, Marcille et Daresté, *Traité de droit colonial* cit., § 95.

¹⁰ Pour les débats, voir «Moniteur Universel», tome 25, pp. 414-504.

¹¹ Voir sur ces approches, Didier Destouches, *Les prémices du droit public d'Outre-mer: Le statut des colonies françaises dans la constitution de l'an III*, in «Cahiers aixois d'histoire des droits de l'Outre-mer français», PUF d'Aix Marseille, 2007, pp. 55-75.

¹² Voir sur ces questions générales, L. Rolland, P. Lampué, *Précis de Droit des pays d'Outre-mer*, Paris, Dalloz, 1949, n. 155 ss.

¹³ Ivi, n. 162.

¹⁴ Le texte de 1854, pour les colonies de la Martinique, de la Guadeloupe et la Réunion, réservait au Sénat tout un ensemble de questions: état civil des personnes, exercice des droits politiques, distinction des biens et différentes modifications de la propriété, contrats et obligations conventionnelles, législation criminelle, etc. Au corps législatif

appartenaient les questions relatives au régime commercial, les règles économiques et fiscales. Les Gouverneurs étaient compétents dans les matières d'administration et de police pour assurer l'exécution des lois et des décrets. Pour toutes les autres questions, compétence était donnée à l'Empereur. Ce dernier se trouvait donc en possession d'un pouvoir particulièrement étendu puisque, d'une part, il décidait par décrets simples pour la plupart des colonies et que, pour les trois "vieilles" colonies, il intervenait aussi par décrets simples, sauf les matières énumérées à l'article 6 dans lesquelles il devait statuer par des décrets pris dans la forme de règlement d'administration publique (c'est à dire pris en Conseil d'Etat). Il en allait ainsi pour les matières civiles correctionnelles et de simple police non réservées aux sénatus-consultes, pour l'organisation judiciaire, pour l'exercice des cultes, l'instruction publique, les pouvoirs extraordinaires des Gouverneurs sur les matières de police ou de sûreté générale, l'administration municipale, les matières domaniales, le régime monétaire, etc.

- ¹⁵ En pratique, sa compétence est très large car le législateur n'a que peu légiféré. En outre, il peut soit décréter des mesures originales, soit aussi transférer par décret le contenu d'une loi faite pour la métropole en la modifiant ou non (ou la modifier ensuite éventuellement par décret). Il a notamment introduit par décret à Madagascar la législation métropolitaine et en AOF et en AEF, la législation civile, commerciale et criminelle applicable au Sénégal.
- ¹⁶ A. Bienvenu, *Le législateur colonial*, in «Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger», XXXVI, 1929, t. 46, pp. 224-242.
- ¹⁷ «Revue de droit public», 1895, III, p. 468.
- ¹⁸ P. Leroy-Beaulieu, *De la coloni-*

sation chez les peuples modernes, 1908, p. 691.

- ¹⁹ *Recueil de législation, de doctrine et de jurisprudence coloniales*, tables générales de 1898 à 1910, *Introduction historique*.

²⁰ *Recueil Daresté*, 1915, pp. 1-12.

- ²¹ *Répertoire pratique* Dalloz, Paris, 1911, tome 2, n. 18, p. 620. Il en fut notamment ainsi dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 16 novembre 1894 déclarant irrecevable un recours formé par le Conseil général de Nouvelle-Calédonie contre un décret portant modification du régime des mines, à cause du caractère législatif du décret attaqué.

- ²² Il est vrai que la jurisprudence avait d'abord refusé d'admettre le recours pour excès de pouvoir (CE 16 novembre 1894, D.P. 1895.3.66, et Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 1896², t. II, p. 422). Mais, en 1908, le CE a modifié sa position (voir Rolland, Lampué, *Précis de Droit des pays d'Outre-mer* cit., p. 184, note 1). Quant à l'exception d'illégalité, elle a été admise par la jurisprudence (voir les Arrêts du Tribunal des conflits du 16 juin 1923, DP 1924.3.41 et du 30 octobre 1947, DP 1947.3.476).

- ²³ L'exercice des droits politiques, l'état civil des personnes, la distinction des biens, les modifications et l'acquisition de la propriété, les contrats, l'institution du jury, la législation en matière criminelle et l'application des principes de recrutement des armées de terre et de mer.

- ²⁴ De même, le Parlement peut décider que telle loi ne sera pas applicable aux colonies, ce qui enlève au pouvoir exécutif le droit de la rendre applicable, mais dans les faits cette réserve n'a pas grand effet puisque cela ne lui ôte pas par décret le droit de réglementer la matière, ce qui peut être au fond une simple question de rédaction.

- ²⁵ Pour les Antilles et la Réunion (partie assez mince de l'em-

pire colonial), cette évocation a concerné trois secteurs essentiels en principe réservés aux décrets: sur le régime de la presse, le régime municipal et l'organisation judiciaire. Quant au reste du territoire colonial, normalement placé sous le régime des décrets, le Parlement est fréquemment intervenu depuis 1880. Il l'a fait tout d'abord en décidant de légiférer sur certaines questions. Dans une longue liste, on relèvera, outre quelques points relatifs au droit pénal (récidivistes, libération conditionnelle, fraudes sur les engrais et les vins, détention préventive), essentiellement les lois sur la presse, sur le recrutement de l'armée (15 juillet 1889 et 21 mars 1905), l'armée coloniale (7 juillet 1900), sur le régime douanier (11 janvier 1892) et financier des colonies (13 avril 1900). Mais il intervient aussi en vertu de ce principe que tout engagement des finances de l'Etat nécessite un vote du parlement (ce qui veut dire que lorsque le financement est exclusivement colonial cela n'est pas nécessaire): ce peut être le cas pour la construction d'un chemin de fer mais aussi lorsque l'Etat prend à sa charge les dépenses d'un service public. Enfin, il en va ainsi en cas de cession, d'échange ou d'annexion de territoire. On le voit, les grands secteurs sont militaires, financiers, économiques et celui de la souveraineté.

- ²⁶ Il faut prendre acte de ces décrets qui introduisent des lois, car il n'y a pas alors promulgation de la loi mais déclaration d'application, de sorte que n'ayant que la force juridique d'un décret, ces textes peuvent être modifiés par simples décrets. Ainsi des lois postérieures à 1834 qui ont été rendues applicables à l'Algérie par décrets et ne sont, du point de vue algérien, que des décrets. Ceci entraîne une autre conséquence: lorsqu'une loi déclarée applicable à l'Algérie par un décret vient à être modifiée par le parlement,

ces dispositions nouvelles s'appliquent aussi à l'Algérie à moins que le Président ne prenne un décret pour en écarter l'application; mais s'il accepte, les dispositions nouvelles n'auront que force de décret et par conséquent seront modifiables ou abrogeables par décret (voir A. Pichat, *Les décrets en matière législative*, thèse Paris, 1935, p. 134).

²⁷ De fait, les lois constitutionnelles avaient donné 2 députés et 1 sénateur à la Martinique, à la Guadeloupe et à la Réunion, 1 député et 1 sénateur à L'Inde, 1 député à la Guyane et au Sénégal.

²⁸ Bonnefoy-Sibour, *Le pouvoir législatif aux colonies* cit., pp. 169 s.

²⁹ H. Baudoin, *Du pouvoir de légiférer dans les colonies*, thèse Paris, 1921.

³⁰ Ivi, p. 62.

³¹ Voir D.P. 1929, 3,19, note Bienvenu sous CE 6-08-1928.

³² Bienvenu, *Le législateur colonial* cit., pp. 228 s. Après avoir reconnu que la majorité de la doctrine s'est attachée à démontrer la survivance du Sénatus-consulte, soit en refusant le caractère constitutionnel dès l'origine à ce Sénatus-consulte (ce qui évidemment facilite la tâche puisque la force abrogatoire des révolutions n'atteint que les dispositions constitutionnelles), soit en disant qu'il a perdu ce caractère et qu'il s'est donc maintenu à titre de loi, il prend nettement parti contre cette interprétation. Refusant la première interprétation, il doute de la deuxième «qui n'est pas mieux justifiée» puisqu'il faudrait que le Sénatus-consulte n'ait pas eu de caractère constitutionnel. De sorte que cette disposition ne peut pas être débaptisée et maintenue par ce «subterfuge juridique». L'Assemblée de 1871 était donc devant un vide, elle aurait pu légiférer sur ce point, elle ne l'a pas fait. La question est donc de voir si la Constitution est applicable aux colonies et, si c'est le cas, le pouvoir législatif dans les colonies appartient au parlement. Si au contraire la

Constitution ne s'applique qu'à la métropole, le Parlement, investi du pouvoir constituant et du pouvoir législatif ordinaire peut organiser et répartir les pouvoirs aux colonies comme il l'entend (p. 233). Or les débats n'ont jamais fait allusion aux colonies et on peut expliquer ce silence par l'adhésion à cette idée que depuis l'an VIII la Constitution métropolitaine ne s'appliquait pas de plein droit aux colonies. Si l'Assemblée avait voulu changer ce système (qui correspondait en outre à l'idée de la majorité de ses membres), elle n'aurait pas manqué d'en débattre. Or c'est le silence. En outre, lors d'un débat sur le régime légal de l'Algérie, il apparut clairement que l'on n'entendait pas changer le système de l'an VIII et que le sort des colonies devait être fixé par le vote de lois ordinaires. «On chercherait donc vainement dans le texte actuel de la Constitution (révision constitutionnelle du 14 août 1884) une disposition impliquant son extension aux colonies.

³³ Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* cit., t. 2, p. 391.

³⁴ Baudouin, *Du pouvoir de légiférer dans les colonies* cit., p. 63, note 1.

³⁵ Répertoire Dalloz, 1911, n. 16; Cr. 22 mars 1878, D.P., 80,1,287; Civ. 28 octobre 1885, D.P., 85,1,157; 28 juin 1886, D.P., 87,1,69; Conseil d'Etat, 16 novembre 1894, D.P., 95,3,66.

³⁶ Conseil d'Etat, 15 février 1889, «Rec. Conseil d'Etat», 1889, p. 202.

³⁷ Il est évidemment intéressant en pratique de peser le nombre de fois où ces retraits ont été effectués. Sur les retraits exprès, on peut citer la loi du 29 août 1905 qui décide que sur le littoral des colonies, les ventes d'îles, d'îlots, de châteaux forts ou batteries déclassées ne peuvent être autorisées que par une loi. Egalement, la loi du 13 avril 1900 qui veut une loi pour déterminer les dépenses obligatoires à inscrire

aux budgets locaux pour certaines colonies. D'autres lois se contentent d'exiger le respect de certaines formes: ainsi de la loi du 11 janvier 1892 (article 3 à 7) qui veut que pour la fixation des tarifs de douane aux colonies ou pour l'approbation des délibérations des conseils généraux sur certains points relatifs aux octrois de mer, les décrets soient rendus en forme des règlements d'administration publique. Ou bien des décrets en Conseil d'Etat pour l'approbation des délibérations des conseils généraux relatives à la perception des contributions et taxes locales (ainsi la loi déjà citée du 13 avril 1900). Sur les retraits tacites, le calcul est tout aussi intéressant, puisque chaque fois que le Parlement statue sur une matière, cette matière ne peut plus à l'avenir être modifiée que par une loi.

³⁸ Répertoire, n. 18. Il en fut notamment ainsi dans l'Arrêt du Conseil d'Etat du 16 novembre 1894 déclarant irrecevable un recours formé par le Conseil général de Nouvelle Calédonie contre un décret portant modification du régime des mines, à cause du caractère législatif du décret attaqué.

³⁹ R.D.P., 1927, p. 248.

⁴⁰ En ce qui concerne la validité de ces attributions, les approches diffèrent. Pour Rolland, il y a des matières qui sont réservées par la Constitution (écrite ou coutumière) au pouvoir législatif. Elles ne peuvent être abdiquées au bénéfice du chef de l'Etat. Et des matières qui sont législatives par la volonté du parlement. Alors qu'il estimait au départ que celles-ci pouvaient faire l'objet d'une délégation de compétences, il réserve cela en 1924 au temps de guerre ou de grande crise nationale. Pour Jèze, les choses sont plus simples et sa théorie moins rigoureuse: le Parlement peut attribuer compétence sur un point précis, à condition que ce ne soit pas sur une disposition consti-

tutionnelle écrite. Il prononce la même condamnation sur 1924. Quant à Duguit, sa théorie est encore plus souple. Il considère que le Parlement qui donne délégation, ratifie par avance les décrets qui seront pris. Il y faut bien sûr une attribution spéciale et déterminée et qu'il ne s'agisse pas d'une matière réservée constitutionnellement.

- ⁴¹ M. Berthélémy, *Le pouvoir réglementaire du Président de la République*, in «Revue politique et parlementaire», 1898, t. XV, pp. 5 et 322.
- ⁴² Il est vrai que la jurisprudence avait d'abord refusé d'admettre le recours pour excès de pouvoir (CE 16 novembre 1894, DP 1895.3.66, et Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* cit., t. II, p. 422). Mais, en 1908, le CE a modifié sa position (voir Rolland et Lampué, *Précis de Droit des pays d'Outre-mer* cit., p. 184, note 1). Quant à l'exception d'illégalité, elle a été admise par la jurisprudence (voir les Arrêts du Tribunal des conflits du 16 juin 1923, DP 1924.3.41; et du 30 octobre 1947, DP 1947.3.476).
- ⁴³ Rec., 1926, 2, 166 ss.
- ⁴⁴ Cfr. aussi, «Supplément» de 1927, 1.9, où est mentionnée une note de Louis Rolland.
- ⁴⁵ *Recueil périodique et critique*, année 1927, p. 11.
- ⁴⁶ «La quinzaine coloniale», 40 année, nouvelle série, n. 719, 10 septembre 1936, p. 351.
- ⁴⁷ *Recueil Penant*, Janvier 1937, pp. 1-10.
- ⁴⁸ Ivi, II partie, pp. 1-6.
- ⁴⁹ Dareste reconnaît qu'il préfère éviter le mot de délégation, tant il a conduit à des controverses.
- ⁵⁰ R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Sirey, 1920, t. I, pp. 586-587.
- ⁵¹ G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, tome I, *La technique juridique du droit public français*, 1925, p. 378.
- ⁵² L. Rolland, *Le pouvoir réglementaire du Président de la République*

en temps de guerre et la loi du 10 février 1918, in «Revue de droit public», 1918, p. 552.

- ⁵³ Enfin, le Sénatus-consulte de 1854 lui-même dit que les décrets de l'Empereur statuent premièrement sur la législation en matière civile, etc. Et la Cour de Cassation elle-même (à tort) avait décidé que la loi de 1881, étendue aux colonies par un décret, ne pouvait ensuite être modifiée par un décret (*Recueil* 1936, p. 25, Crim. Rej. 23 septembre 1935).
- ⁵⁴ Lampué, *Le caractère réglementaire des décrets coloniaux* cit., p. 347.
- ⁵⁵ Ivi, p. 3.
- ⁵⁶ Dalloz, «Recueil périodique et critique», 1927, I partie, p. 11.
- ⁵⁷ Voir Pichat, *Les décrets en matière législative* cit., p. 22.
- ⁵⁸ Ivi, pp. 67 et 68.
- ⁵⁹ Ivi, p. 83.
- ⁶⁰ J.O., «Débats parlementaires», 1924, n. 16, 5 février 1924, p. 484.
- ⁶¹ Ivi, n. 17, 6 février 1924, p. 505.
- ⁶² L. Milliot, *Le législateur colonial en Algérie*, in «Revue algérienne, Tunisienne et Marocaine», 1928, t. XLIV, pp. 173-185.
- ⁶³ La constitution de 1830 parlait bien de «lois particulières» (art. 64) mais on résolut la contradiction en donnant à la phrase le sens de «législation propre à la colonie». La Constitution de 1848 fut interprétée comme ne modifiant en rien cette compétence, l'expression «les colonies sont régies par des lois particulières» étant dans les deux cas interprétée comme voulant dire qu'il y fallait des «lois spéciales», sans se préoccuper de savoir si ces lois devaient émaner du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif.
- ⁶⁴ P. Sumien, *Le régime législatif de l'Algérie*, thèse Paris 1895, pp. 40 s.
- ⁶⁵ Cette conclusion est d'autant plus intéressante que l'Auteur soutient que la Constitution de 1875 s'applique en Algérie comme en France. En outre, l'auteur revient dans sa conclusion sur cette idée: «[...] on remarquera le soin que le Conseil d'Etat a pris de limiter

dans sa durée et dans son objet la subdélégation du chef de l'Etat; et on y retrouvera l'influence des discussions engagées et de l'effort réalisé par la doctrine pour définir la pratique métropolitaine récente de la délégation législative et en préciser la portée. La pratique algérienne, qu'une longue habitude avait laissé s'invétérer et qui avait donné naissance à cette institution contestable de la subdélégation, se trouve ainsi régularisée et adaptée aux principes généraux de notre droit public. Il sera intéressant de suivre l'institution dans les développements qu'elle est peut être appelée à prendre dans un avenir prochain» (Milliot, *Le législateur colonial en Algérie* cit., p. 185).

- ⁶⁶ Pichat, *Les décrets en matière législative* cit., p. 173.
- ⁶⁷ *Ibidem*. A la p. 234, elle renouvelle son message «et si l'ambition personnelle venait les pousser (les gouvernements) plus que l'amour du bien public, qui sait jusqu'où le système des décrets pourrait conduire des gouvernants en mal de dictature».
- ⁶⁸ J.P. Esmein, *De la délégation du pouvoir législatif*, in «Revue politique et parlementaire», Juillet-Septembre 1894.
- ⁶⁹ Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat* cit., p. 282, n. 93.
- ⁷⁰ Ils s'appuient sur l'art. 4 de la Déclaration des droits de l'homme qui dit que les bornes de l'exercice «des droits ne peuvent être déterminées que par la loi». C'est ce qu'enseignent Duguit et Laferrière.
- ⁷¹ L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, L'Etat, t. 1, p. 435. Et Laferrière quant à lui écrit: «[...] la forme des actes ne change pas leur nature intrinsèque. De même que des actes législatifs peuvent être faits en forme de décrets, de même des actes administratifs peuvent être faits en forme de lois».
- ⁷² Ivi, p. 91, n. 29.
- ⁷³ Ivi, p. 44.

⁷⁴ Il écrit: «On a souvent confondu le point de vue matériel et formel; le législateur lui-même a fait parfois cette confusion», par exemple en confondant la fonction judiciaire et la fonction juridictionnelle. Les juges remplissent une fonction judiciaire (formelle) mais ils font aussi beaucoup d'actes qui ne sont pas juridictionnels; et d'autres organes, non judiciaires, font eux des actes juridictionnels. Et cette distinction s'applique à la loi.

⁷⁵ «Cette distinction entre la loi matérielle et loi formelle est rationnelle et elle est aujourd'hui généralement admise» (ivi, p. 89, n. 29).

⁷⁶ Ivi, p. 103, n. 34.

⁷⁷ Ivi, p. 503.

⁷⁸ Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat* cit., p. 268.

⁷⁹ Ivi, p. 298.

⁸⁰ D'ailleurs, on peut être troublé par le fait qu'alors que Duguit argumente, en prenant pour exemple les décrets coloniaux, Carré de Malberg, quant à lui, n'aborde pas ce problème dans sa contribution à l'Etat.

⁸¹ D.G. Lavroff, *Le système politique français*, Dalloz, 1982, pp. 586-590. En optant pour la thèse organique, on reste en accord avec la tradition française qui fait du Parlement le titulaire de la souveraineté. On affirme la supériorité de la loi et le nécessaire respect par les règlements des dispositions législatives. Au contraire, la position de Duguit et de l'école de Bordeaux (Bonnard et Jèze) procède d'une double volonté libérale et réaliste: réaliste car il est réaliste de distinguer les règles selon leur contenu, et l'identité de contenu doit prévaloir sur les différences tenant à l'organe qui en est l'auteur. «En définissant un critère matériel, le doyen Duguit renoue avec la tradition libérale initiale. La garantie fondamentale des citoyens se trouve dans l'application de règles générales et impersonnelles. Certes

on lui a reproché de n'être pas conforme au droit positif et à la tradition constitutionnelle française. Mais l'application du critère matériel est satisfaisante sur le plan des principes et enrichissante pour l'analyse. En outre, «le critère matériel, après une période d'abandon relatif, retrouve actuellement un renouveau d'intérêt théorique».

⁸² En effet, dans le cadre de la Constitution de 1946, l'art. 72 dans ses alinéas 2 et 3 décidait: «En toutes autres matières (non réservées à la loi et non légiférées), la loi française n'est applicable dans les territoires d'outre mer que par disposition expresse ou si elle a été étendue par décret aux territoires d'outre-mer après avis de l'Assemblée de l'Union»; «En outre, par dérogation à l'article 13, des dispositions particulières à chaque territoire pourront être édictées par le président de la République en Conseil des ministres sur avis préalable de l'Assemblée de l'Union». Or l'article 13 mentionne: «L'Assemblée nationale vote seule loi. Elle ne peut déléguer ce droit» et, au cours des débats de la Commission de la constitution, il avait été précisé que le mot "loi" était pris à l'art. 13 non pas dans son sens matériel mais dans son sens formel, comme s'appliquant seulement à l'acte doté de force législative. On pouvait donc se demander, écrivent Rolland et Lampué, si les décrets qui sont pris «par dérogation à l'article 13», ne sont pas eux-mêmes des actes législatifs au sens formel. Ils en concluaient que la question paraissait se poser en termes nouveaux, pour conclure tout de même que d'une part, il est question de «dispositions particulières» et que cette expression lors des travaux de la Commission avait été substituée à celle de «lois particulières». Donc ce changement a été décidé en vue de maintenir aux décrets le caractère réglementaire et la mention «par dérogation» n'est

qu'un vestige de la rédaction primitive et donc en désaccord avec le sens qu'on a entendu donner à l'alinéa. «Il est permis de penser par suite que les décrets en question sont des décisions émanant d'une autorité administrative et susceptibles de recours contentieux» (Rolland, Lampué, *Précis de Droit des pays d'Outre-mer*, cit., p. 194, n. 179).

⁸³ Voir mon article *Regards français sur l'histoire du droit en Allemagne*, in O. Beaud, E. Volkmar Heyen (Hrsg./dir.), *Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft? Une science juridique franco-allemande?*, Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 11-40.