O CONTRÔLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NA ATUAL CONSTITUIÇÃO FRANCESA

(Constituição de 27 de outubro de 1946)

Magdalena Londero

Consultor Jurídico do D.P.M. do Rio Grande do Sul. Curso de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de Paris.

Antes de abordarmos o problema do controle da constitucionalidade das leis em França, queremos deixar claro que trataremos aqui somente dos atos legislativos emanados do Parlamento. Faremos abstração da constitucionalidade, ou, mais particularmente, da legalidade dos atos administrativos, isto em face da própria organização jurídico-administrativa da França.

Como observou M. Laferrière, professor na Faculdade de Direito de Paris, e, um dos mais acatados comentadores da atual Constituição ⁽¹⁾: "Le problème du contrôle de la constitutionnalité s'étend aux actes de toutes les autorités publiques. Mais, pratiquement, c'est à propos des lois, ou, de façon plus générale, des actes du Parlement qu'il se pose et fait principalement difficulté. Pour les actes du Pouvoir Exécutif, avec de développement qu'a atteint aujourd'hui le contentieux administratif, le contrôle judiciaire s'exerce en principe. C'est ainsi que, sauf léexception résultant de la théorie des actes de gouvernement, le contrôle de la constitutionnalité des actes du Pouvoir Exécutif est assuré par le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat".

Por outro lado, nosso trabalho limitar-se-á ao estudo do problema da constitucionalidade das leis em França, conforme ele é tratado na atual constituição. Todavia, ao apresentarmos a conclusão do mesmo, veremos que a solução negativa dada a este problema, pelo Direito Francês, se explica por razões particulares, que apareceram

(1) M. Laferrière — Manuel de Droit Constitutionnel, p. 308, note 1.

no momento de formação do Direito Público da França, e, que ainda hoje exercem sua influência.

* * *

As instituições políticas da França são o reflexo das ideologias, dos acontecimentos históricos e das teorias jurídicas de que é tão rico seu passado. Assim, para bem compreender sua evolução constitucional, mister se torna conhecer sua história.

A França, de 3 de setembro de 1791, data de sua primeira Constituição, à Constituição de 1875, que marca o início da Terceira República, conheceu uma grande variedade de regímenes ou de formas de governo: a Monarquia, a República, o Império, o Régimen Presidencial, o Régimen Convencional e o Parlamentar. Toda esta diversidade de regímenes levou mesmo o Professor M. Georges VEDEL, (Manuel élémentaire de Droit Constitutionnel), a falar de "l'extraordinaire richesse de l'expérience constitutionnelle française".

A Constituição de 1875, ou mais particularmente as três leis que a formavam, foi a que permaneceu em vigor mais longo tempo. Durante seus 65 anos de existência, sofreu apenas três revisões parciais, das quais a mais importante foi a reforma do Senado em 1884.

A França estava sob o régimen constitucional de 1875 quando sobreveio a debacle de 1940, e, a Assembléia Nacional delegou o Poder Constituinte ao Marechal Pétain. Esta Lei ⁽¹⁾, cuja validade é tão discutida, abriu um novo período na história constitucional francesa, que se estende até a promulgação da Constituição de 1946.

Foge do âmbito de nosso trabalho, fazer um histórico deste período, o qual conforme os constitucionalistas franceses, é "l'une des plus riches en événements et des plus complexes au point de vue juridique".

Todavia, para bem compreender a solução original dada ao problema da constitucionalidade das leis pela atual Constituição francesa, mister se torna conhecer como decorreram os trabalhos nas Assembléias Constituintes que, foram eleitas, por referendun popular, sob o Governo Provisório da República francesa, organizado pelo General de Gaulle, após a Liberação do território Metropolitano em 1944.

A PRIMEIRA ASSEMBLÉIA CONSTITUINTE

A Primeira Assembléia Constituinte, eleita pelo Referendun de 21 de outubro de 1945, votou em 19 de abril de 1946, uma Constituição, cuja característica residia na supremacia de uma Assembléia

(1) Lei Constitucional de 10 de julho de 1940.

constituída de uma única câmara, eleita por cinco anos mediante sufrágio universal.

A maioria dos Constituintes ⁽¹⁾ manifestou-se contrária à criação de uma segunda Câmara, “les uns, como observou M. Waline ⁽²⁾, à cause du souvenir des coups de frein trop brutaux donnés par le Sénat de la Troisième République aux lois de progrès social, les autres parce qu'ils souhaitaient la dictature sous la forme de l'omnipotence d'une Assemblée qu'ils espéraient dominer ou noyauter, et que, pour la réalisation de leur dessein, il fallait écarter tout ce qui pouvait diminuer ou contrabalancer le pouvoir de cette Assemblée”.

Assim, pois, devendo ser esta Assembléia soberana, seus atos não poderiam ser controlados. Admitia-se a superioridade da Constituição sobre a Lei, mas rejeitava-se todo o controle de constitucionalidade.

Na verdade, a Comissão de Constituição opinou pela organização de um controle de constitucionalidade das leis por meio de referendun popular, mas seu projeto foi abandonado no curso dos debates.

A Constituição elaborada por esta Constituinte foi, também, submetida ao referendun em 5 de maio de 1946. O País a rejeitou.

SEGUNDA ASSEMBLÉIA CONSTITUINTE

Algum tempo após, uma nova Assembléia Constituinte foi eleita. Nesta Assembléia, o M. R. P. (Movimento Republicano Popular), que, havia promovido uma intensa campanha pela rejeição do Projeto de abril, formava o grupo mais importante. A Comissão de Constituição ficou constituída de 12 representantes do M. R. P., 11 comunistas, 9 socialistas, 3 P. R. L., 2 radicais-socialistas, 4 republicanos independentes e aparentados. A mesma teve como Presidente M. André Philip (socialista), e relator geral M. Coste Floret (M. R. P.).

A Comissão tomou por base os trabalhos da Primeira Constituinte. Cada grupo apresentou as modificações que entendeu oportuno fazer.

No que diz respeito ao problema do controle da constitucionalidade das leis, o debate mais interessante e decisivo foi o que teve

(1) A Assembléia Constituinte era composta de 159 representantes comunistas e a eles filiados, 150 M.R.P. (Movimento Republicano Popular), 139 socialistas e 29 radicais-socialistas. A Comissão de Constituição era formada de 42 membros, sendo 11 comunistas, 2 do Grupo Resistência Democrática e Socialista, 10 socialistas, 11 M.R.P., 3 do grupo Unidade Republicana e 2 radicais-socialistas. Teve como presidente, respectivamente, M. Philip e M. Guy Mollet, socialistas, e como relatores M. de Menthon (M.R.P.) e M. Pierre Cot (radical-socialista).

(2) M. Waline — Les Partis contre la République — 1948.

lugar na sessão de 11 de julho de 1946. Julgamos sua leitura tão importante, para um perfeito conhecimento das posições tomadas pelos diferentes Partidos, que o passamos a transcrever ⁽¹⁾:

M. Coste-Floret: (Rapporteur Général) — Le M. R. P. est fermement attaché au principe du contrôle de la constitutionnalité des lois. Le garant de cette constitutionnalité ne peut pas être une cour suprême de justice: c'est là une procédure antidémocratique. Ce ne peut être que le Souverain c'est à dire le peuple. Nous proposons donc le contrôle par referendum populaire.

M. Jacques Bardoux: Je crois que c'est une formule inefficace. A mon sens, la coutume, du moins pour ce qui est du recours pour excès de pouvoir introduit devant le Conseil d'Etat, me paraît être le premier pas dans la voie du contrôle de la constitutionnalité des lois, et je ne vois pas en quoi il serait anti-démocratique d'étendre à l'ensemble des lois ce contrôle qui est entré dans nos traditions par la petite porte.

Au cours de la campagne électorale, j'ai pu constater que, loin d'être indifférent à cette question, le peuple désire que ses droits aient une garantie juridique.

Quant à savoir qui devra se prononcer sur la constitutionnalité des lois, c'est un point sur lequel je suis prêt aux transactions. J'ai toutefois élaboré un projet de statut d'une cour suprême de justice, et je serais heureux qu'il retienne votre bienveillante attention.

Cette Cour, selon moi, ne devrait pas avoir pour seul rôle de contrôler la constitutionnalité des lois; je suis beaucoup plus attaché aux principes démocratiques que certains de nos collègues ont l'air de le penser, mais je crois qu'il est possible de confier cette tâche à une Cour qui aurait d'ailleurs d'autres attributions; par exemple, celle de régler les conflits d'attribution entre la juridiction civile et la juridiction administrative, ou encore, selon une idée chère à notre Président, celle de juger de la validité des opérations électorales.

Pour ma part, d'ailleurs, il me paraîtrait plus exact de parler d'exception d'inconstitutionnalité que de contrôle de la constitutionnalité; mais je répète que, tout en maintenant le principe de ma proposition, je suis prêt à transiger sur les modalités d'application.

En tout cas, il est impossible qu'il n'y ait pas une autre garantie des droits que le recours à l'insurrection inscrit dans la Déclaration des Droits et qui me paraît, à la fois, puéril et dangereux.

M. Bétoland: J'estime, comme M. Jacques Bardoux, que le contrôle de la constitutionnalité des lois devrait être confié à une cour suprême et non au referendum populaire. Je redoute l'abus du referendum, et l'exemple de mai dernier a montré que les électeurs répon-

(1) 7^e séance — Séances de la Commission de la Constitution — Assemblée Nationale Constituante, p. 101 à 106).

dent trop souvent selon les mots d'ordre des partis: combien de français avaient lu le texte de la Constitution?

Le contrôle ne saurait être confié, non plus, à une cour strictement judiciaire; c'est pourquoi il faudrait créer un organisme spécial, qui serait, pour sa totalité ou en grande partie, une émanation du Parlement.

M. Paul Bastid: Je suis hostile, pour ma part, au contrôle de la constitutionnalité des lois, contraire à toutes nos coutumes les plus anciennes. Mais, si l'on y tient, au moins qu'on ne confie pas au referendum ces questions de technique, qui ne relèvent pas du suffrage blée?

populaire. Pourquoi ne pas confier ce contrôle à la deuxième Assemblée?

M. le Président: Je tiens à rappeler, en mon nom personnel, que l'expérience américaine de la Cour Suprême a prouvé qu'il était dangereux de confier le contrôle de la constitutionnalité à un pouvoir judiciaire. Un tel "gouvernement des juges" aboutit à renforcer la puissance des forces de la réaction et à ralentir toute évolution progressiste. A mon sens, si l'on admet le contrôle de la constitutionnalité des lois, ce contrôle ne peut être exercé que par voie de referendum.

Mais sur quoi doit-il s'exercer? Il serait très difficile à appliquer sur tout ce qui touche à la Déclaration des Droits. Celle-ci, en effet, proclame l'existence d'un certain nombre de libertés et établit également que la loi fixera les limites de leur exercice. On risquerait donc d'être obligé de recourir au referendum pour presque toutes les lois, par exemple, en matière de presse ou de nationalisations... Or, l'abus du referendum peut être dangereux pour la Démocratie.

C'est pourquoi je propose que le contrôle de la Constitutionnalité soit limité à tout ce qui a trait à l'organisation des pouvoirs publics. Là, il sera précieux. Nous devons prendre des précautions, en effet, pour le cas où une Assemblée, sous des pressions extérieures comme nous en avons connu lors des événements du 6 février, prendrait peur et voterait, à une très faible majorité, des textes qui modifieraient l'organisation des pouvoirs publics.

Alors, il serait utile de pouvoir recourir au referendum. J'ajoute que, si la solution que je propose est admise, le texte devra être intercalé dans la partie relative à la révision de la constitution, car il s'agirait, dans un tel cas, d'une révision indirecte, puisque c'est après qu'un organisme spécial aurait décidé que la loi incriminée modifie la Constitution, que cette loi serait soumise au referendum.

M. Cerny: Nous continuons à être opposés au contrôle de la constitutionnalité, et plus encore s'il doit être fait par voie de referendum.

M. Coste-Floret: Pour nous, nous faisons de ce contrôle une questions de principe, et nous estimons qu'il doit être étendu au ma-

ximun. Toutefois la proposition de M. André Philip nous donne en partie satisfaction et nous acceptons de nous y rallier, sous réserve de pouvoir nous expliquer en détail sur les articles.

M. Pierre Cot: Nous repoussons l'idée d'un contrôle par un organisme judiciaire, condamné en effet par l'expérience américaine. Pour le contrôle par referendum, je déclare d'abord que nous sommes hostiles au referendum. Et puis, qui mettrait en action cette procédure, dans un tel cas? C'est au Parlement, et à lui seul, qu'il appartient de décider quand il y a lieu de réviser la Constitution.

L'existence d'une deuxième Assemblée, à pouvoirs plus étendus que ne le prévoyait le texte voté en avril, devrait sur ce point, offrir une garantie suffisante.

M. André Philip propose de limiter le contrôle de la constitutionnalité à ce qui concerne l'organisation des pouvoirs publics, et le groupe M. R. P. se rallie à cette proposition. Mais quelle sera son efficacité? Quelle possibilité y a-t-il — et — surtout dans le système des deux Chambres — pour qu'une loi vienne modifier l'organisation des pouvoirs publics?

Et qu'est-ce qu'un contrôle de la constitutionnalité qui ne s'appliquerait pas aux libertés publiques, c'est à dire à ce qui est l'essentiel aux yeux du peuple?

M. Courant: On pourrait peut-être envisager que la seconde Assemblée appelle le peuple à se prononcer par voie de referendum lorsqu'elle aurait été saisie de l'inconstitutionnalité d'un texte par un collège nommé par la première Chambre.

M. Sédar Senghan: Il semble, au premier abord, que le contrôle devrait s'exercer sur tout ce qui concerne la Déclaration des Droits. Cette Déclaration, du reste, s'applique à tous les membres de l'Union Française; il faudrait donc que toutes les parties de cette Union soient représentées dans l'organisme chargé de se prononcer sur l'inconstitutionnalité du texte voté.

M. Paul Bastid: Ce n'est ni au suffrage universel, ni à une assemblée judiciaire qu'il appartient de se prononcer sur l'inconstitutionnalité des lois; c'est à la deuxième Assemblée.

M. le Président: Il est certain, — et je l'ai mieux compris depuis nos travaux de l'an dernier — qu'un certain abus du contrôle peut mettre en péril l'exercice même des droits. Mais je reste convaincu qu'une procédure peut être envisagée qui permettra de contrôler toute révision de l'organisation des pouvoirs publics. Si un tel système avait existé en 1940, la décision par laquelle, à Vichy, le Parlement a abandonné ses pouvoirs constitutionnels, eût dû être soumise à une ratification par le peuple. Et cela eût grandement renforcé la position des quatre-vingts parlementaires qui ont refusé de s'associer à cette abdication.

Quelles que soient les objections qui viennent de m'être faites, je maintiens qu'une Assemblée peut, sous des pressions extérieures, changer à une faible majorité, l'organisation des pouvoirs publics. Ce sont de telles initiatives que le système que je propose permettrait de contrôler.

L'Assemblée Nationale pourrait nommer une commission, qui donnerait son avis quand lui paraîtrait qu'une loi entraîne la révision, si partielle soit-elle, de la constitution. Cette loi reviendrait alors devant l'Assemblée qui, ou bien, la remanierait, pour lui enlever son caractère révisionnel, ou bien maintiendrait son texte; et alors, la procédure du referendum serait mise en jeu. Reste à décider qui la mettrait en jeu. Le Président de la République? Un vote de la seconde Assemblée à la majorité des deux tiers?

M. Pierre Cot: Nous voici loin d'une seconde Assemblée considérée comme une Chambre "de réflexion". On lui donne de plus en plus le pouvoir politique.

D'autre part, je persiste à penser que le contrôle de la constitutionnalité ne saurait exister en matière d'organisation des pouvoirs publics; quant à la commission que propose M. André Philip et dont le rôle sera mi-politique, mi-juridique, par qui sera-t-elle contrôlée elle-même?

C'est une chaîne sans fin.

Une Assemblée Nationale, émanation du peuple, et une Chambre de réflexion; ce système offre des garanties bien suffisantes pour la stabilité de l'organisation des pouvoirs publics. N'oublions pas qu'un tel système a duré en France pendant près de soixante-cinq ans.

M. Coste-Floret: Mais alors, il y avait deux Chambres égales.

M. Pierre Cot: Je constate que le groupe M. R. P. envient, peu à peu, à cette idée que le droit évoluer, et qu'il renonce à donner une garantie constitutionnelle à la Déclaration des Droits. Reste alors à en donner une à l'organisation des pouvoirs publics? Mais à quoi bon, puisqu'elle n'est pas menacée; et ne pourrait l'être que dans une période révolutionnaire où les textes sont de faible poids. Nous ne préparons pas, (que je sache), une Constitution pour une période révolutionnaire.

M. Coste-Floret: Nous acceptons de faire une concession, mais notre position n'a pas changé, et nous estimons que le contrôle constitutionnel de la Déclaration des Droits est et reste possible, et qu'il faudra bien l'établir un jour. Nous disons simplement que nous acceptons d'y renoncer pour le moment, en nous ralliant au principe de la proposition de M. André Philip.

Si le contrôle de l'organisation des pouvoirs publics vous paraît simplement inopérant, pourquoi le combattez-vous si vivement?

M. Le Bail: La proposition de M. André Philip ne présente aucun inconvénient. Le contrôle de constitutionnalité qu'elle prévoit, ne saurait faire obstacle au développement de la législation sociale; elle écarte tout contrôle judiciaire. On ne saurait donc dire qu'elle soit dangereuse; on peut seulement craindre qu'elle ne soit inutile. Alors? A supposer même qu'il ne s'agisse que d'une "fantaisie", pourquoi s'y opposer?

M. Le Président: J'invite la Commission à se prononcer sur le principe de la garantie constitutionnelle.

A la majorité de 25 voix contre 11 et 4 abstentions, la Commission se prononce pour l'inscription dans la Constitution du principe de la garantie constitutionnelle.

M. le Président: J'invite la Commission à se prononcer maintenant sur la limitation de cette garantie à la seule organisation des pouvoirs publics.

M. Coste-Floret: Je précise que nous acceptons cette limitation, mais que nous sommes convaincus que cette garantie peut et doit être étendue, notamment à la Déclaration des Droits.

A la majorité de 23 voix contre 7, la Commission se prononce pour la limitation de la garantie constitutionnelle à la seule organisation des pouvoirs publics.

M. Jacques Bardoux: Etant donné l'état d'esprit de la Commission et pour ménager les instants de celle-ci, je renonce à demander un vote sur l'organisation d'un contrôle judiciaire.

M. le Président: J'invite donc la commission à se prononcer sur le point de savoir si le contrôle de la constitutionnalité sera exercé par le voie du referendum.

A la majorité de 24 voix contre 15 et 2 abstentions, la commission se prononce en faveur du contrôle exercé par referendum.

La Commission charge son Rapporteur Général de préparer un texte s'inspirant des indications qui viennent d'être données par les votes.

* * *

O projeto elaborado pela segunda Assembléia Constituinte foi também submetido, em 13 de outubro de 1946, ao referendum popular, sendo aprovado por 9.297.000 votos; houve 8.165.000 votos contrários ao projeto e 8.509.000 abstenções.

Assim, em face dos resultados oficiais do referendum, o Governo Provisório da República Francesa, promulgou no dia 27 do mesmo mês a Constituição, que marca o início da Quarta República.

O CONTRÔLE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NA CONSTITUIÇÃO DE 27 DE OUTUBRO DE 1946

A atual Constituição francesa trouxe ao problema do contrôlo da constitucionalidade das leis uma solução original.

Antes, porém, de examinarmos a quem compete êsse contrôlo e qual o seu campo de aplicação, seja-nos permitido, a título de esclarecimento, dizer umas palavras sobre a composição do Parlamento francês.

O Parlamento, na Constituição atual, é composto da Assembléia Nacional e do Conselho da República.

Cabe somente à Assembléia Nacional votar a lei. Ela não pode delegar êste direito. O Conselho da República se limita a emitir pareceres, os quais a Assembléia Nacional pode aceitar ou não. Êle é um órgão consultivo e não tem um poder de decisão ⁽¹⁾.

Isto pôsto, passemos à questão que nos interessa.

Quando uma lei é definitivamente votada pela Assembléia Nacional, ela pode no intervalo que é concedido ao Presidente da República para a promulgação (dez dias ou cinco, em caso de urgência motivada pela Assembléia), ser submetida ao exame de um órgão denominado "COMITÉ CONSTITUCIONAL" ⁽²⁾.

O pedido deve ser formulado, ao Comité Constitucional, conjuntamente pelo Presidente da República e pelo Presidente do Conselho da República, tendo êste órgão assim deliberado pelo voto da maioria dos seus membros.

A êle cabe examinar se as leis votadas pela Assembléia Nacional determina "*une révision de la Constitution*" (art. 91). Seu papel é,

(1) Art. 20, da Constituição de 1946: "Le Conseil de la République examine, pour avis, les projets et propositions de loi votés en première lecture par l'Assemblée Nationale."

Il donne son avis au plus tard dans les deux mois qui suivent la transmission par l'Assemblée Nationale. Quand il s'agit de la loi de budget, ce délai est abrégé le cas échéant, de façon à ne pas excéder le temps utilisé par l'Assemblée nationale pour son examen et son vote. Quand l'Assemblée nationale a décidé l'adoption d'une procédure d'urgence, le Conseil de la République donne son avis dans le même délai que celui prévu pour les débats de l'Assemblée nationale par le règlement de celle-ci. Les délais prévus au présent article sont suspendus pendant les interruptions de session. Ils peuvent être prolongés par décision de l'Assemblée nationale.

Si l'avis du Conseil de la République est conforme ou s'il n'a pas été donné dans les délais prévus à l'alinéa précédent, la loi est promulguée dans le texte voté par l'Assemblée nationale.

Si l'avis n'est pas conforme, l'Assemblée nationale examine le projet ou la proposition de la loi en seconde lecture. Elle statue définitivement et souverainement sur les seuls amendements proposés par le Conseil de la République, en les acceptant ou en les rejetant en tout ou en partie. En cas de rejet total ou partiel de ces amendements, le vote en seconde lecture de la loi a lieu au scrutin public à la majorité absolue des membres composant l'Assemblée nationale lorsque le vote sur l'ensemble a été émis par le Conseil de la République dans les mêmes conditions.

(2) Art. 91 da Constituição: "Le Comité Constitutionnel est présidé par le Président de la République."

Il comprend le Président de l'Assemblée Nationale, le Président du Conseil de la République, sept membres élus par l'Assemblée nationale au début de chaque session annuelle à la représentation proportionnelle des groupes et choisis en dehors de ses membres élus dans les mêmes conditions par le Conseil de la République."

antes de tudo, de órgão conciliador. Examina a lei e esforça-se por conseguir um acôrdo entre a Assembléia Nacional e o Conselho da República. Se não chegar a um resultado satisfatório, deve proferir seu parecer dentro de cinco dias ou em dois, am caso de urgência. (art. 92).

A Lei que fôr pelo Comité julgada conforme à Constituição, pode ser promulgada; caso contrário, entendendo êste órgão que a lei implica uma revisão da Constituição, é a mesma enviada à Assembléia Nacional para novo exame. Se esta mantém seu primeiro voto, a lei só poderá ser promulgada após uma revisão da Constituição. (art. 93).

Até a presente data, os comentadores da Constituição citam um único caso em que o referido Comité foi solicitado a dar "son avis". Foi quando surgiu uma divergência entre os regulamentos da Assembléia Nacional e do Conselho da República (Avis du Comité Constitutionnel, scéances des 17 e 18 Juin 1948 — Journal Officiel du 20 Juin 1948, pp. 597-598).

Todavia, o ponto mais interessante a estudar é o campo de aplicação dêste processo, ainda que imperfeito, de contrôlo da constitucionalidade das leis.

Como vimos, a Comissão de Constituição da segunda Assembléia Constituinte, pronunciou-se pela limitação da garantia constitucional *unicamente no que diz respeito à organização dos poderes públicos*. A Constituição atual consagra esta mesma orientação no seu artigo 92, quando dispõe:

"Il (Le Comité Constitutionnel) n'est compétent que pour statuer sur la possibilité de révision des dispositions des Titres I à X de la présente Constitution".

A restrição prevista no citado artigo é muito importante, porque *ela exclui em princípio todo o contrôlo de constitucionalidade ao que concerne a violação pelo legislador dos Direitos individuais, consagrados na Declaração dos Direitos que constitui o Preâmbulo da Constituição*.

Contudo, sobre êste ponto, isto é, sobre a natureza e o valor jurídico dos princípios consagrados no preâmbulo da Constituição, os autores são de opiniões diferentes.

M. Waline ⁽¹⁾ observa: "Nos constituants ont pris soin d'organiser un contrôle de la constitutionnalité des lois par un Comité constitutionnel. Seulement, ils l'ont organisé de telle sorte qu'il ne peut pas fonctionner, car il ne peut être mis en mouvement que par ceux mêmes qui ont intérêt à ce qu'il ne fonctionne pas. C'est exactement comme sous le Premier Empire. Mais, du fait de l'existence, au moins théorique, d'une procédure de contrôle de la constitutionnalité des

(1) Les Partis contre la République, pp. 120 à 125.

lois, les tribunaux qui n'osaient déjà pas se livrer à un tel contrôle, ne peuvent absolument plus y songer. La compétence du Comité Constitutionnel exclut la leur. De sorte qu'une loi peut contredire la Constitution, sans qu'il y ait à cette incorrection aucune sanction.

Ainsi, faute de contrôle effectif de la constitutionnalité des lois, l'affirmation de certains droits de l'homme et du citoyen dans la Constitution, peut servir de base à un recours contre des mesures administratives violant ces libertés; mais le législateur peut, lui-même les fouler aux pieds impunément. La proclamation des droits de l'homme se trouve, de ce fait, à près aussi dénuée de portée pratique qu'une dissertation académique. Car il n'y a rien de subversif, je pense, à estimer que c'est la majorité partisane d'une assemblée qui peut faire courir les plus grands risques à nos libertés, plutôt qu'un gouvernement toujours sous le coup d'une interpellation mettant en jeu son existence ministérielle.

Dans ces conditions, ce fut un joli geste de la part de la Constituante de donner un coup de chapeau aux grands ancêtres et à leur Déclaration des Droits. Mais c'est un geste inopérant, donc inutile; et, par suite, s'ils ne voulaient pas donner une sanction aux droits de l'homme, ils auraient pu se dispenser de les "réaffirmer".

A ceux qui font observer que la Déclaration de 1789 ne prévoyait pas de sanction effective et que pourtant personne n'a jamais nié son utilité, M. Waline répond: "Il n'y a aucun doute, en effet, que, dans les circonstances où elle est intervenue, la Déclaration des Droits de 1789, même dépourvue de toute sanction organisée, était plus qu'un geste, elle était un acte d'une portée incalculable; parce qu'elle était la première Déclaration des droits en Europe, et la première dans le monde à poser des principes de valeur universelle; parce qu'elle était la synthèse d'une philosophie nouvelle, d'une conception nouvelle des rapports de l'individu avec l'Etat; on peut dire qu'elle était un acte dans la mesure où elle scandalisait les sépulchres blanchis et cristallisait les aspirations des masses opprimées du monde entier. Elle est le manifeste, de valeur internationale, de tous les hommes contre les tyrannies. Aussi fait-elle le tour du monde pour susciter chez les uns une reconnaissance durable envers la France et, chez les autres, une haine tenace qui, après cent cinquante ans n'avait pas désarmé. Alors, oui, une déclaration des Droits, même purement platonique en apparence, était un acte dans la mesure où elle libérait, par sa seule publication, un ferment révolutionnaire. Mais, en 1946, les idées reprises par le Préambule de la Constitution, même radoubées et mises à la mode du jour, ne sauraient prétendre à cette jeunesse révolutionnaire.

Aussi le Préambule est-il peu justifiable du moment qu'on n'en fait pas un instrument de garantie effective des citoyens, en sanctionnant pratiquement chacun de ceux-ci en une règle de droit positif efficacement sanctionnée.

La conclusion de tout cela, c'est que le Préambule est *voces et verba praeteraque nihil*, si la Constitution n'assure pas elle-même le respect de ses propres dispositions, y compris celles de ce préambule. Et elle ne peut le faire qu'en organisant un contrôle effectif de la constitutionnalité des lois. J'appelle contrôle effectif celui qui peut être mis en mouvement par n'importe quel citoyen, et non par quelques politiciens seulement; qui peut être mis en mouvement avec la même facilité que l'est aujourd'hui le contrôle de la légalité des actes administratifs devant le Conseil d'Etat.

J'appelle, en second lieu, contrôle effectif, celui qui est confié à un organisme composé exclusivement de juristes (magistrats, professeurs, etc.), rigoureusement indépendants de la politique et des partis. Il est inouï que les membres du Comité Constitutionnel chargé de juger en toute indépendance et impartialité de la constitutionnalité des lois, soient désignés par les partis ou sur leur proposition (art. 91 de la Constitution).

Le contrôle de la constitutionnalité des lois peut être confié à un organisme spécial, ayant le caractère d'une juridiction et dont les membres soient inamovibles; il peut l'être également aux tribunaux ordinaires, à condition que l'indépendance de la magistrature à l'égard du monde politique soit assurée d'autre part. Mais il ne peut, sans dérision, être confié à l'actuel Comité Constitutionnel dont, au surplus, la composition importe peu, puisqu'il ne sera sans doute jamais saisi du contrôle d'aucune loi".

* * *

M. Waline conclut qu'en l'absence de contrôle effectif de la constitutionnalité des lois, le Préambule est "à peu près aussi utile qu'un air de flûte".

Examinando por sua vez o problema, M. GENY (1) chega às seguintes conclusões: 1 — Que o Preâmbulo da Constituição contém alguns princípios de caráter mais filosófico que propriamente jurídico. Estes princípios diz ele: "formam des directives que les constituants se sont imposées à eux mêmes aux fins de faire connaître dans quel esprit ils entendaient organiser la vie sociale du pays, sans prétendre limiter impérativement la liberté d'action des

(1) De l'inconstitutionnalité des lois ou des autres actes de l'autorité publique et les sanctions qu'elle comporte dans le droit nouveau de la Quatrième République Française. — Juris Classeur périodique, Mai 1947, n.º 20.

pouvoirs publics, chargés de mettre en oeuvre cette organisation". Ces dispositions ne pourraient servir de fondement à une exception ni à un recours juridique pour inconstitutionnalité".

2 — A par desses princípios de caráter filosófico, o Preâmbulo contém outros que formulam uma regra precisa, que consigna verdadeiros direitos subjetivos. "Insérées en tant que telles, dans la Constitution, (continua Geny), elles sont par là même établies comme supérieures aux lois ordinaires aux quelles, par suite, ni ces lois ordinaires, ni, à plus forte raison, aucun autre acte des pouvoirs publics, ne peuvent porter atteinte sans donner lieu à une exception ou à un recours approprié".

Et l'auteur cite comme de véritables droits subjectifs les dispositions suivantes:

"La Loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme.

Tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté a droit d'asile sur les territoires de la République.

Nul ne peut être lésé dans son travail ou son emploi en raison de ses origines, de ses opinions ou croyances".

M. Laferrière ⁽¹⁾ reconhece nos princípios consagrados do Preâmbulo da Constituição um valor constitucional. Somente diz ele: "force est de reconnaître que, pratiquement, l'exclusion du contrôle de la constitutionnalité des lois réduit sensiblement la valeur juridique du préambule. Son observation dépend en définitive du scrupule du législateur auquel la généralité de beaucoup de ses dispositions laisse une grande latitude d'appréciation pour la mise en oeuvre des principes qu'elles proclament".

* * *

Os Tribunais franceses, porém, nunca se julgaram com o direito de apreciar a inconstitucionalidade das leis. Sobre este ponto a jurisprudência é bastante vasta.

Não podemos deixar de citar "un arrêt", já clássico, que se acha transcrito numa obra de M. Sibert ⁽²⁾. Neste "arrêt" proferido no processo movido contra o jornal "Le National", a Corte de Cassação ⁽³⁾ assim se manifestou: "La loi élaborée et promulguée dans les formes constitutionnelles prescrites par la Charte, fait la règle des tribunaux et ne peut être attaquée devant eux pour cause d'inconstitutionnalité".

E o advogado Voisin de Gartempré, apresentando suas razões, assim se expressou: "Ce n'est pas aux tribunaux à juger l'oeuvre

(1) Op. cit.

(2) Sibert Marcel — La Constitution de la France du 4 septembre au 9 août 1944.

(3) Cass. 11 mai 1833 — 1 — 357.

du législateur... Les tribunaux ont à appliquer les lois — fussent elles mauvaises, tant qu'elles n'ont pas été changées".

Mais recentemente, por ocasião do processo contra o Marechal Pétain, o defensor do acusado opôs a inconstitucionalidade da "ordonnance" que criou a "Haute Cour de Justice", como sendo contrária à Constituição de 1875, que, segundo ele permanecia em vigor. Todavia, a "aute Cour" rejeitou as conclusões por considerar que "l'autorité judiciaire n'est pas juge en France de la constitutionnalité des textes législatifs". ⁽¹⁾

Esta atitude da jurisprudência francesa explica-se, como observamos ao iniciar o nosso trabalho, por razões particulares que exerceram sua influência no momento de formação do Direito Público francês.

O principal obstáculo ao controle da constitucionalidade das leis pelos tribunais, decorre do conceito mesmo da Lei, tal como foi enunciado pelo artigo 6.º da Declaração dos Direitos de 1789: "*LA LOI EST L'EXPRESSION DE LA VOLONTÉ GENERALE*".

Ora, a vontade geral não é outra coisa que a Soberania e esta, um poder supremo, incontrolável. ⁽²⁾

Muitos juristas franceses, tais como, DUGUIT, HAURIOU, JEZE, BARTHELEMY, são favoráveis ao controle jurisdicional da constitucionalidade das leis. E, alguns, presentemente, são mesmo de opinião que se os tribunais não exercem o referido controle, é em consequência "d'une regrettable timidité".

(1) Le Monde 24 juillet 1945; Laferrière, op. cit. p. 333.

(2) Carré de Malberg — "La Loi, expression de la volonté générale".

BIBLIOGRAFIA

- VEDEL** Georges — Manuel Elémentaire de Droit Constitutionnel — Paris — Sirey — 1949.
- LUCHAIRE** François — Manuel de Droit D'Outre — Mer — Paris — Sirey — 1949.
- LAFERRIERE** Julien — Manuel de Droit Constitutionnel — Paris — Editions Domat Montchrestien — 1947.
- NOGARO** Bertrand — Vues sur la réforme constitutionnelle — Paris — Editions Domat Montchrestien — 1946.
- SOELLE** Georges — **BERLIA** Georges — La réforme constitutionnelle — Editions Bourrellier et Cie. — Paris — 1945.
- MIRKINE GUETZEVITCH** Boris — La quatrième République — Editions de la Maison Française, Inc. — New York — 1946.
- WALINE** Marcel — Les Partis contre la République — Editions Rousseau et Cie. — Paris — 1948.
- CAPTANT** René — Pour une Constitution Fédérale — Renaissances — Paris — 1946.
- BONNARD** Roger — Les Actes Constitutionnels de 1940 — Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence — Paris — 1942.
- SIBERT** Marcel — La Constitution de la France du 4 septembre 1870 au 9 août 1944 — Paris — Editions A. Pedone — 1946.
- BURDEAU** Georges — Manuel de Droit Constitutionnel — Paris — Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence — 1947.
- PRELOT** Marcel — Précis de Droit Constitutionnel — Paris — Dalloz — 1948.
- PINTO** Roger — La Cour suprême et le New Deal — Paris — Sirey — 1938.
- DUVERGER** Maurice — Cours de Droit Constitutionnel — Paris — Sirey — 1947.
- HAURIOU** Maurice — Précis Elémentaire de Droit Constitutionnel — Paris — Sirey — 1938.
- DESGRANGES** Mme. Eugène — Le rôle politique des juges en Amérique et en France, et le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois — Poitiers — 1936.
- LAMBERT** Jacques — Histoire constitutionnelle de l'Union Américaine. Le contrôle judiciaire des constitutionnalités des lois. Le Gouvernement des juges et le "Pouvoir de Police" — Paris — Sirey — Volumes I, III — 1937.
- ASTRUC** Marcel — Contribution à l'histoire des tendances constitutionnelles aux Etats — Unis concernant la nature de l'Etat fédéral. — Thèse pour le doctorat — Université de Paris — Faculté de Droit — 1937.
- RIPERT** Georges — Le déclin du Droit — Paris — Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence — 1949.
- GENY** François — De l'inconstitutionnalité des lois ou des autres actes de l'autorité publique et des sanctions qu'elle comporte dans le droit nouveau de la Quatrième République — Juris Classeur Périodique — La semaine Juridique — Paris — Mai — 1947.

- DUGUIT**, Léon **MONNIER** Henry et **BONNARD** R. — Les Constitutions de la France — Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence — Paris — 1940.
- DUGUIT** Léon — Les transformations du Droit Public — Librairie Armand Colin — Paris — 1913.
- DUGUIT** Léon — Manuel de Droit Constitutionnel — E. de Bonnard, Editeur — Paris — 1923.
- MALBERG** Carré de Malberg R. — La Loi, expression de la volonté générale — Paris — Sirey — 1931.
- Scéances de la Comissão de la Constitution — Assemblée Nationale Constituante élue le 2 juin 1946.
- Les débats et les votes de l'Assemblée Consultative sur le problème constitutionnel — Edité par le Comité National d'initiative pour la Constitution du Mouvement unifié de la Renaissance.

RELATÓRIO E PARECER

Relator: ARMANDO FAY DE AZEVEDO

Estuda a Dra. Magdalena Londero, em trabalho apresentado a este Congresso, o problema do controle da constitucionalidade das leis em face da atual Constituição francesa.

O objetivo do estudo é desde logo fixado pela A.: o referido problema restritamente considerado nos termos da Constituição de 27 de Outubro de 1946. Não deixa a A., entretanto, de preambularmente fazer um breve retrospecto da origem e da evolução das instituições políticas da França para aí enraizar a solução que prevaleceu na última reorganização constitucional do país.

Os pontos de vista em que se colocaram expoentes das principais correntes representadas nas duas assembleias constituintes reunidas após a segunda guerra mundial são expostos com fidelidade e clareza, por amor das quais reproduz a A., integralmente, o prolongado debate havido na sessão de 11 de julho de 1946. Descreve a organização e funcionamento do atual parlamento francês e passa, finalmente, a apreciar o problema proposto em face da Constituição de 27 de Outubro de 1946.

Mostra a A. que o controle está confiado ao "Comité Constitutionnel" e é limitado, no que ao seu campo de aplicação concerne, unicamente ao que diz respeito à organização dos poderes públicos nos termos da própria Constituição, dele ficando excluído, por conseguinte, o controle da constitucionalidade das leis no que se refere aos direitos individuais, sem embargo de opiniões que, na doutrina, procuram dar um valor mais efetivo à respectiva declaração, constante do preâmbulo da lei básica do Estado francês.

Põe em relêvo a A. a atitude omissa dos tribunais franceses, que “nunca se julgaram com o direito de apreciar a constitucionalidade das leis”, embora alguns juristas contemporâneos daquele país entendam que, se os tribunais não exercem o referido controle, é em consequência “d’une regrettable timidité”.

O trabalho em aprêço, redigido com seguro conhecimento do assunto, reflete a realidade jurídica francesa da atualidade, com referência a êste tão relevante quão debatido problema do controle da constitucionalidade das leis, ao qual se prende o do grau de supremacia da Constituição sôbre as leis ordinárias, diversamente encarados, um e outro, na Europa e na América.

Vê-se, através da evolução do direito constitucional francês e certamente mais do que através de sua evolução — mercê do inequívoco pendor que nêle se verifica, nesse sentido, que o duplo princípio solidário, acima enunciado, tende a derrocar o cânon da soberania do parlamento, sem prejuízo da manutenção dos elementos essenciais do sistema parlamentar de govêrno, o qual não implica necessariamente a prevalência daquele postulado, filiado, ao pé da letra, ao item da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” segundo o qual “la loi est l’expression de la volonté générale”.

Somos de parecer, em vista do exposto, que o Congresso acolha o trabalho em aprêço como uma lúcida contribuição, sobremodo útil e proveitosa, no âmbito do direito constitucional comparado, neste após-guerra, recomendando-o à atenção dos estudiosos da matéria.

Sala das Sessões, 17 de agôsto de 1950.

DIREITO ADMINISTRATIVO E DIREITO PRIVADO

Ruy Cirne Lima

Professor Catedrático de Direito Administrativo e
Ciência da Administração na Faculdade de Direito da
Universidade do Rio Grande do Sul.

DIREITO ADMINISTRATIVO E DIREITO PRIVADO

Aus sich selbst kann man nichts verstehen. Es ist immer nötig, die Gegenstände der Betrachtung mit anderem zu vergleichen und alsdann zuzusehen wie sie einheitlich erfasst und festgehalten werden können.

Stamler, Theorie der Rechtswissenschaft, Halle, 1911, p. 779.

Estamos longe da época, em que, para explicar a manifestação no Direito Administrativo de categorias jurídicas, já conhecidas no Direito Privado, se postulava abolir a distinção tradicional entre essas duas secções do direito positivo (e. g. Posada, Tratado de Derecho Administrativo, Madrid, 1897, t. I, n.º 11, p. 72),

Mas, ao revés, a intransigência em manter rigorosamente a velha distinção romana vem gerando, na literatura do Direito Administrativo, a multiplicação de “novidades”, que só o esquecimento completo dos dogmas privatísticos autorizaria fôsem consideradas tais.

Parece oportuno, pois, empreender-se o estudo dos institutos e figuras jurídicas do Direito Administrativo, em comparação com as espécies paralelas do Direito Privado, criando-se, destarte, um como Direito Comparado “ad intra”, nêsse setor importantíssimo da investigação jurídica.

Os dois ensaios que seguem, são uma contribuição a êsse “desideratum”.