

Introduction:

Le terme de droit public n'est qu'un terme générique que l'on oppose au droit privé. La *summa divisio* du droit en France est la division entre droit public et privé.

Le droit public, c'est en réalité à la fois un terme qui désigne l'ensemble des règles qui régissent l'organisation et le fonctionnement des personnes publiques (ou morales de droit public, comme l'état, les autres collectivités territoriales avec les départements, les régions et les communes, les établissements publics comme les hôpitaux publics) et les rapports juridiques entre ces personnes publiques. C'est aussi l'ensemble des disciplines juridiques qui étudient ces règles, c'est-à-dire le droit constitutionnel, le droit administratif, le droit fiscal ou encore le droit international public...

Le droit constitutionnel est donc une branche du droit public. Il a pour objet d'étude de la norme suprême d'un état, norme suprême à laquelle sont subordonnés l'ensemble des autres règles juridiques en vigueur dans cet état. Cette norme suprême est la Constitution. Hans Kelsen, juriste autrichien et juge de la Cour Constitutionnelle Autrichienne, a présenté l'ordre juridique comme une pyramide de l'ordre au sommet de laquelle se trouve la Constitution dont tout découle en cascade.

I. LE DROIT CONSTITUTIONNEL COMME CORPS DE RÈGLES

Le droit constitutionnel est le droit relatif à la constitution, soit l'ensemble des règles constitutionnelles et à ce titre, il constitue une des branches du droit de l'état, une partie du système juridique étatique, au même titre que le droit commercial... car il présente des caractères spécifiques qui le distinguent des autres branches du droit. Ces traits originaux présentent une distinction cardinale, d'un point de vue matériel et formel. Quand on parle d'un ensemble des règles de droit d'un point de vue matériel, on se concentre sur le contenu de cette règle (son objet, ce qu'elle décide). En revanche, quand on aborde un ensemble de règles de droit d'un point de vue formel, on se concentre sur sa forme, sa procédure d'adoption (comment elle a été adoptée), ainsi que sa valeur juridique (quel est son rang dans la hiérarchie des normes).

A. La définition matérielle du droit constitutionnel

Lorsque l'on examine son contenu, le droit constitutionnel englobe l'ensemble des règles juridiques qui déterminent, précisent la dévolution (transmission) et l'exercice du pouvoir politique, autrement dit, l'ensemble des règles qui précisent le mode de désignation des gouvernants, leurs compétences, leurs rapports mutuels, et les droits et les libertés des individus.

Le droit constitutionnel est intimement lié au phénomène politique. Pour André Auriou, c'est l'encadrement juridique du phénomène constitutionnel.

En effet, au sens étymologique du terme (*polis* = cité), la politique est l'activité qui se rapporte aux affaires de la cité, c'est-à-dire qui se rapporte à l'exercice du pouvoir dans la cité organisée.

Le droit constitutionnel a pour objet de régler cette activité politique en fixant les conditions dans lesquelles s'exerce le pouvoir politique dans une société humaine organisée. Il a l'objet pacificateur, pour éviter que le pouvoir politique ne s'acquière par le meurtre...

Cette codification du jeu politique, l'état le réalise par l'établissement d'une Constitution.

L'existence et le développement du droit constitutionnel a pour conséquence que l'activité politique et l'exercice du pouvoir dans la cité relèvent de la règle de droit et non plus du bon plaisir, c'est-à-dire de l'arbitraire, du prince (des gouvernances).

En d'autres termes, le droit constitutionnel organise la substitution du gouvernement des hommes par la loi au règne de la force à la domination de l'homme par l'homme. Jean-Jacques Rousseau résume l'ambition du droit constitutionnel dans une lettre adressée au marquis de Mirabeau en 1767 comme suit: "trouver une forme du droit de gouvernement qui mette la loi au-dessus de l'homme". Le droit constitutionnel constitue la traduction de la tentative de nos société d'encadrer la conquête et l'exercice du pouvoir politique par le droit.

Cette ambition n'a été que partiellement couronnée de succès. Certes le droit en général bénéficie de l'obéissance des membres de la société, parce que si l'on considère le droit comme l'ensemble des règles de conduite humaine adoptées et sanctionnées par l'état, le droit est escorté de la force car l'état jouit du monopole de la violence physique légitime (l'armée, la police).

Cette observation est cependant à nuancer et considérer qu'elle incontestablement juste pour le droit privé, parce que les particuliers sont distincts de l'état. Du coup, les règles de droit bénéficient, pour être respectés par les particuliers, de toute l'autorité de l'état.

Dans le droit constitutionnel, la soumission des gouvernances au droit n'est encore que trop partielle. Il n'est pas encore universellement respecté car la violence est inhérente aux relations politiques et les gouvernements et gouvernants ont naturellement tendance à abuser du pouvoir qui leur sont conférés. Il ne pose souvent qu'à leur excès une "barrière de papier". Cette violence n'est malheureusement pas que symbolique

Exemples: Le coup d'état du 2 décembre 1851 par lequel Louis Napoléon Bonaparte mit fin à la Seconde République pour la remplacer une nouvelle Constitution destinée à asseoir son pouvoir constitutionnel.

La tentative de coup d'état 1981 en Espagne mes militaires qui échoue, suite à la mise en place du jeu démocratique par le successeur du général Franco, le roi Juan Carlos en 1979.

Il y a souvent des pratiques qui se développent et qui s'écartent du texte constitutionnel (*contra constitutionem* = contraire à la constitution).

Exemple: La pratique des décrets-lois sous la IV^{ème} République française, qui était en contradiction flagrante avec l'article 13 de la Constitution du 27 octobre 1946: "l'Assemblée Nationale vote seule la loi, elle ne peut déléguer ce droit", interdiction qui fut violée, l'Assemblée ayant autorisée le gouvernement à accepter des décrets ayant force de loi.

Cette pratique, qui sans être contraire de manière flagrante à la Constitution, s'écarte néanmoins de la lettre du texte constitutionnel.

Exemple: L'article 20 de la Constitution du 4 octobre 1958 (V^{ème} République) dit: "le gouvernement détermine et conduit la politique de la nation". En réalité, au moins en période de coïncidence des majorités présidentielles et parlementaire, ce n'est pas le gouvernement qui détermine la politique de la nation, mais le président de la république. Le premier ministre n'est que l'exécutant de la volonté du président.

Les acteurs du jeu politique manifestent souvent une grande désinvolture à l'égard des textes constitutionnels, liée au fait que, bien souvent, la règle de droit constitutionnelle est en réalité dépourvue de sanctions. Le plus souvent, la seule sanction dans les régimes démocratiques est celle du corps électoral.

Pendant longtemps, la controverse a porté sur le caractère juridique du droit constitutionnel; la règle morale n'étant pas sanctionnée par la contrainte contrairement à la règle de droit. On s'est donc demandé si le droit constitutionnel était bien du droit. Il correspond à une auto-limitation du droit (et non une hétéro-limitation).

Aujourd'hui, dans la plupart de nos démocraties ont été mises en place des juridictions constitutionnelles qui sanctionnent les violations des textes constitutionnels. Cela a renforcé le caractère juridique du droit constitutionnel.

B. La définition formelle du droit constitutionnel

Lorsqu'on aborde le droit constitutionnel du point de vue formel, on se penche sur sa forme, son élaboration, sa règle d'acceptation. Il peut alors être défini comme l'ensemble des normes qui, en raison notamment de leurs procédures d'adoption, ont une valeur supérieure à celles d'autres normes juridiques, occupant le sommet de la hiérarchie des normes. On appelle ça "*the supreme law of the land*" aux États-Unis.

II. LE DROIT CONSTITUTIONNEL COMME SCIENCE, DISCIPLINE JURIDIQUE

C'est également un terme qui désigne la discipline qui étudie les règles constitutionnelles. Des conceptions très différentes s'opposent sur la nature, l'objet et les méthodes de cette science.

A. Rapports entre jusnaturalisme (droit naturel) et positivisme

En effet, les auteurs de droit constitutionnel se partagent entre les adeptes du droit naturel (jusnaturalistes) et les positivistes (partisans du positivisme). Cette division reflète la division entre droit naturel et droit positif.

Le droit positif est le droit en vigueur, qui est appliqué, observé, parce qu'il est l'expression de la volonté des autorités compétentes pour le produire.

Le droit naturel s'oppose au droit positif en ce qu'il ne serait pas le produit de la volonté humaine (des autorités compétentes). Il serait immanent à la nature humaine. Il existerait avant le droit positif et se situerait au-dessus de lui en tant que sorte d'idéal juridique. Il tendrait à déterminer quelle autorité politique est légitime, légale. Il détermine à quelle condition le droit positif le droit positif est valide.

On trouve un reflet de cette distinction dans la Déclaration des Droits de l'Homme du 26 août 1789.

Pour les jusnaturalistes, la science du droit constitutionnel devrait aussi exposer ce que les règles devraient être pour se conformer à un idéal de justice, pour être conforme à la nature humaine.

De nos jours, le jusnaturalisme se reflète dans les droits de l'homme, idéologie dans laquelle tout but politique est la conservation des droits et des libertés des individus. Les positivistes, eux, aspirent à construire une science constitutionnelle sur le modèle des sciences de la nature. Il s'agit pour eux d'expliquer le droit constitutionnel tel qu'il est à l'exception de tout jugement de valeur. Si l'on est positiviste, on est fondé à considérer comme étant du droit n'importe quel système juridique, quelque soit son contenu, du moment qu'il obéit à certaines règles juridiques formelles.

Pour les positivistes, dire qu'un système est juridique ne signifie pas qu'on le considère comme bon. Autrement dit, ils ne s'interdisent pas des jugements de valeurs (uniquement comme homme de science, mais pas comme homme). Les considérations actiologiques (jugements de valeurs) doivent être extérieures.

B. Rapports entre droit constitutionnel et sciences politiques

À première vue, il s'agit de 2 disciplines séparées, voire opposées. Certes, la science politique a le même objet que le droit constitutionnel: l'étude du phénomène politique, mais la méthode choisie diffère. Le droit constitutionnel s'attache à la règle constitutionnelle, c'est-à-dire à la soumission des gouvernants et des gouvernés au droit (ou du pouvoir au droit). En revanche, la science politique se préoccupe de décrire le phénomène politique tel qu'il apparaît, qu'il se manifeste dans la réalité, comme un fait social en utilisant des méthodes d'investigation propres à la sociologie.

Longtemps, ces disciplines ont été considérées comme complémentaires, voire indispensables. Au début du XIX^{ème} siècle, sciences politiques et droit constitutionnel formaient une seule et même discipline, parce qu'à l'époque, la science politique n'avait

pas encore acquis la science descriptive qu'elle a aujourd'hui. Il s'agissait de découvrir le meilleur système de gouvernement, qu'il pouvait se traduire par des règles constitutionnelles. Au départ, la politique avait une préoccupation prescriptive. La science politique s'est alors avérée être un complément fort utile du droit constitutionnel. Le fonctionnement réel du pouvoir politique ne se résumait pas à l'application pure et simple des règles constitutionnelles. Il y avait certaines règles politiques qui se trouvaient en décalage avec la norme constitutionnelle.

Pour connaître la physionomie exacte d'un régime politique, on ne pouvait pas se contenter d'un exposé des règles constitutionnelles, d'une simple exégèse (interprétation) des textes. Il fallait user des ressources de la science politique. Donc, très rapidement, la science politique est apparue comme complémentaire du droit constitutionnel.

De nos jours, une école, l'école de pensée (notamment d'Aix-Marseille), tend de plus en plus à dissocier dans l'apprentissage le droit constitutionnel et les sciences politiques. Elle avait tiré toutes les conséquences de l'essor prodigieux qu'a connu la justice constitutionnelle ces dernières décennies dans nos sociétés occidentales. En effet, dans de très nombreux pays, depuis la seconde guerre mondiale, des cours constitutionnelles ont été créés et ont été invités à statuer sur la conformité aux règles constitutionnelles des lois, voire plus largement de tous les actes et comportements des acteurs du jeu politique. Elles ont développé des jurisprudences abondantes, d'une grande richesse et d'une grande portée, si bien qu'aujourd'hui, il faut admettre que toutes les branches du droit (fiscal, pénal, administratif, commercial...) ont désormais leurs bases dans la constitution et ce sont les coûts constitutionnels qui sont chargés d'en assurer le respect. La science du droit constitutionnel retrouve un rôle essentiel, celui de décrire et d'expliquer cette jurisprudence.

On a donc assisté à une "juridicisation", voire même à une juridictionnalisation (devenu plus juridique) du droit constitutionnel.

En conséquence, le droit constitutionnel a pris ses distances avec les sciences politiques. Logiquement, l'approche de cette école de pensée est une conception exclusivement consciencieuse, qui met l'accent sur l'interprétation jurisprudentielle de la constitution et qui fait donc l'impasse sur les aspects des sciences politiques. L'enseignement de cette école de pensée est la constitution telle que dite par le juge. Il n'y a pas de droit constitutionnel sans juge constitutionnel.

La nature essentiellement politique du droit constitutionnel demeure inaltérable, inévitable. Ça ne peut pas être seulement le droit de la constitution dite et sanctionnée par le juge, car, le plus souvent, en France, le juge constitutionnel ne peut pas prétendre au monopole de l'interprétation du texte constitutionnel. Il y a d'autres interprètes authentiques (c'est-à-dire l'autorité qui est habilitée à l'interpréter, qui en a reçu le pouvoir) de la constitution. Parmi ces organes, il y a les acteurs du jeu politique eux-mêmes.

On voit se développer des pratiques en application voire en contradiction du texte constitutionnel.

Exemple: Il est dit dans l'article 5 de la constitution que le président de la république est chef des armées et dans l'article 21 que le premier ministre est responsable de la défense nationale.

Application: Qui appuie sur le bouton nucléaire ?

Bibliographie:

[Le manuel de Jiquet, droit constitutionnel et sciences politiques](#)
[Droit constitutionnel, manuel de Michel Troper](#)
[Manuel de Vlad Constantinesco et Stéphane Pinescas](#)

Manuel d'Élisabeth Zoler, éd. Puff
Louis Favoreux, éd. Dalloz

Titre 1: ÉLÉMENTS DE THÉORIE DU DROIT CONSTITUTIONNEL

Le but est de présenter les concepts et les notions communs à l'ensemble des régimes politiques, c'est-à-dire l'encadrement juridique, or le lieu où se manifeste aujourd'hui le pouvoir politique, c'est l'état, qui est aujourd'hui le support institutionnel du pouvoir politique.

Chapitre 1: LE CADRE DU POUVOIR POLITIQUE: L'ÉTAT

Le pouvoir politique permet le commandement par les gouvernements et il impose l'obéissance par les gouvernés. Il se caractérise par la détention du monopole de la contrainte. De nos jours, le pouvoir politique s'est institutionnalisé dans le cadre des sociétés politiques et la forme d'organisation de la société politique c'est l'état.

Quand on parle de société politique, ce terme désigne un groupement organisé d'individus situés sur un territoire qui ont décidé d'avoir en commun un destin et qui se sont dotés d'un système propre de gouvernement.

Cette société politique a pris différentes formes depuis son origines: cités grecques, l'empire romain, les seigneuries, mais aujourd'hui la forme privilégiée c'est l'État et l'État est autrement dit le cadre territorial institutionnel par excellence. L'UE est une autre forme de société politique très particulière puisqu'elle est formée d'États.

Depuis 1945 le nombre d'États a été multiplié par 4, notamment les communautés nationales, qui aspirent à s'organiser en État (ce qui explique l'éclatement de la Yougoslavie). La raison de ce succès c'est que l'État est considéré comme le support institutionnel le plus apte, à permettre à plusieurs millions d'individus d'accéder à la modernité politique, c'est-à-dire la démocratie. À tort ou à raison, on pense aujourd'hui que le cadre d'expression de la démocratie est l'État.

Cela étant, l'État est une catégorie contingente, historique de l'organisation des collectivités humaines, c'est la forme privilégiée de l'organisation politique des communautés humaines.

SECTION 1: La naissance de l'État

Cette forme de communauté politique n'a pas toujours existé et, à partir du XVIème siècle, des théories ont tenté d'expliquer la naissance de l'État par l'idée d'un contrat (*Pactum societatis*) passé entre les membres d'une collectivité humaine.

I. LES THÉORIES CONTRACTUALISTES DE L'ORIGINE DE L'ÉTAT

À la question de la naissance de l'État, certains penseurs du XVIème ont répondu que la naissance de l'État avait un fondement juridique, l'État serait une forme d'organisation politique voulue et réalisée consciemment, le fruit d'un acte de volonté humaine. L'affectation du pouvoir politique a une entité et non pas un ou des hommes déterminés serait le résultat d'une action délibérée marquant une rupture et un progrès qualitatif par rapport aux groupements humains naturels (clans, tribus ou le pouvoir est donné à un individu). Plus précisément, l'État serait né d'un contrat conclu entre les hommes membres d'une collectivité humaine lors du passage de l'état de nature où la vie n'est réglée par aucune loi (anarchie) à la société civile et politique. Ce contrat prévoit les règles qui régissent cette société civile et politique.

Trois auteurs ont principalement défendu cette idée.

A. *Thomas Hobbes et John Locke*

Thomas Hobbes a publié un grand ouvrage de philosophie politique intitulé "Le Léviathan" en 1651, nom qu'il donne à l'État. Il part de l'idée que l'État de nature est un état de guerre et d'anarchie où les hommes d'entre-tuent. Pour obtenir la sécurité, les hommes concluent entre-eux un contrat au terme duquel ils renoncent à leur liberté au profit de l'État, du souverain qu'ils instituent, à charge pour ce dernier d'assurer la paix et la sécurité. L'État est donc le fruit d'un pacte volontaire, d'un calcul intéressé. Il dispose par ailleurs d'un pouvoir absolu. C'est pourquoi Thomas Hobbes est montré comme l'auteur de l'absolutisme.

John Locke se situe à l'opposé de Thomas Hobbes. Il est présenté comme le père du libéralisme politique (terme générique qui regroupe toutes les théories qui visent à limiter le pouvoir politique au sein de l'État pour préserver les libertés des individus). Il a écrit en 1690 son second Traité sur le gouvernement civil et contrairement à Hobbes, il part de l'idée que l'État de nature est un état pacifique dans lequel non seulement la liberté, mais aussi la propriété privée existent déjà mais pour mieux la garantir, les individus décident de quitter l'État de nature et de conclure avec le prince un contrat. Ce contrat donne naissance à un gouvernement dont la direction est confiée au prince, avec mission pour celui-ci de garantir la liberté et la propriété. Ce prince est loin de disposer d'un pouvoir absolu. Il les voit au contraire limités par les droits naturels (liberté et propriété) auxquels les individus n'ont pas renoncés. Et d'ailleurs, si le souverain porte atteinte à ces droits naturels, John Locke reconnaît au gouverné un droit de résister, de s'insurger. C'est un des premiers penseurs qui évoque ce droit de résistance à l'oppression. Autrement dit, l'individu conserve des droits qui peuvent opposer à l'État. C'est pour cette raison que cette vision du contrat social peut être considérée comme l'acte de naissance du libéralisme politique.

On trouve des traces de cette vision dans l'article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen qui nous dit "le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme".

B. *Jean-Jacques Rousseau*

C'est la doctrine rousseauiste qui apparaît comme la doctrine la plus achevée sur l'origine volontaire de l'État, en tout cas celle qui a le plus influencer la pensée politique en France. Cette idée, il l'a notamment exprimé dans son ouvrage "du contrat social" paru en 1762. À l'origine, les hommes sont à l'état de nature, aucun lien social n'existe entre eux, ils sont libres et égaux, mais cette situation idyllique où les hommes sont bons (ils n'ont pas conscience du mal) ne dure pas car arrive la civilisation (qui introduit la notion de propriété privée, la distinction entre gouvernant et gouverné, entre maître et esclave, entre riche et pauvre). Comme Rousseau l'énonce: "les hommes sont dans les fers une fois que la civilisation arrive". Pour retrouver la liberté originelle, les hommes concluent un contrat, le contrat social, mais le contrat selon rousseau n'est ni un contrat uniquement entre les individus, ni un contrat entre les individus et le prince. Par le pacte social, chaque membre du corps social s'unit à tous. Le contrat est passé avec la communauté, chacun s'aliène (s'abandonne) à toute la communauté: "il met en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale. Ainsi naît un corps politique, l'État." Dans ce corps politique, "chaque associé s'unit à tous et ne s'unit à personne en particulier; il n'obéit ainsi qu'à lui-même et reste aussi libre qu'auparavant". Autrement dit, l'État qui est créé par le contrat social garantit l'égalité puisque tous les individus en tant que parties indivisibles du tout ont les mêmes droits au sein de la communauté.

Au sein de l'État, les individus retrouvent aussi leurs libertés puisqu'ils n'obéissent qu'à la loi, expression de la volonté générale parce que chaque individu étant égal à l'autre, chaque individu a pris une part égale à la formation de la loi.

Ces thèses contractualistes n'ont pas de réalité historique. Les sociétés primitives ne portent pas témoignage d'État de nature où les individus auraient joui d'une liberté totale

car comme l'a démontré Claude Lévi-Strauss, même dans ces communautés primitives, l'homme est enserré dans des liens religieux, économiques, magiques....

Il n'y a pas donc d'exemple de pacte entre les individus qui aurait donné naissance à un État, excepté la formation des États-Unis qui passe de la confédération en 1777 à l'État fédéral américain 10 ans plus tard.

Ces thèses contractualistes n'ont pas de fondements historiques. Leur intérêt est néanmoins de fonder théoriquement le pouvoir politique sur le libre accord des individus. Cette conception contractuelle a énormément influencé la notion moderne de constitution qui est pensée comme la confirmation ou le renouvellement du pacte social.

II. **L'ÉTAT, PRODUIT DE L'HISTOIRE**

Dans la réalité, l'État est le fruit d'un processus de formation.

Exemple: L'ex-Yougoslavie éclate fin des années 80-début des années 90, déclenchant des guerres, dont la fin a été instaurée par les contrats de Dayton qui créent de nouveau États.

Les premières manifestations de l'organisation du pouvoir politique remontent aux cités-états grecques entre le VI^{ème} et le VII^{ème} siècle, qui ont servi à Platon et à Aristote de théoriser la cité idéale et qui prodigues l'État moderne. Avec l'Empire Romain, il y eut un recul de l'institutionnalisation du pouvoir politique du fait de la féodalité. L'État ne va naître sous sa forme moderne qu'à partir du XVI^{ème} siècle.

Au départ, le pouvoir politique est individualisé, c'est-à-dire qu'il s'identifie à son détenteur et il disparaît avec lui. Dans ce système de personnalisation du pouvoir, aucun appareil (organe) ne survit à la cessation des fonctions du chef, ce qui entraîne une évolution discontinue du pouvoir politique, notamment lors de la phase de succession du chef.

Exemple: L'Empire macédonien avec Alexandre Le Grand qui, lorsqu'il meurt, l'empire meurt avec lui car ses généraux se disputent l'empire et finissent par se le séparer.

Petit à petit, le pouvoir politique s'institutionnalise, c'est-à-dire que le pouvoir politique se dissocie de la personne des gouvernants pour se reporter sur une entité qui lui sert de support (pour s'attacher à une institution). Cette entité, à partir du XVI^{ème} siècle, c'est l'État. La conséquence de cette institutionnalisation du pouvoir dans le cadre étatique, c'est qu'il existe désormais en dehors des gouvernants un appareil d'État, des organes, des institutions stables et permanentes, qui survivent au gouvernement. Ce processus est progressif: pour la France, il faut avoir en tête la dissociation progressive de la fonction royale et de son titulaire qui s'est opérée et que les règles de succession monarchie ont cherché à organiser pour précisément pour assurer la continuité de la monarchie au-delà de la mort du monarque; c'est la formule "le roi est mort, vive le roi". On en prendra conscience lorsque le dauphin n'aura plus à être sacré du vivant du roi.

Cette dissociation progressive a été parfaitement décrite par Ernst Kantorovitch dans son ouvrage "les deux corps du roi". Il y a d'une part la personne physique, individuelle du roi, son corps mortel, et d'autre part, apparaît progressivement le corps immortel, la couronne, qui devient progressivement indépendante de celui qui la porte et qui se transmet immédiatement à son successeur.

Ainsi est garantie la continuité du pouvoir. D'autre part, les gouvernants n'apparaissent plus comme les maîtres du pouvoir. Ils en deviennent les dépositaires provisoires, les agents d'exercice d'une fonction qui leur est confiée. Le pouvoir, ils l'exercent désormais au nom de l'État, avec lequel ils ne sauraient se confondre. Le roi devient un organe un État. Il doit respecter au minimum les règles qui organisent la dévolution du pouvoir. Dans cette mesure-là au moins, le pouvoir politique n'est plus absolu à partir du moment où il est institué par des règles de transmission du pouvoir. Ces règles, c'est ce que l'on a appelé les lois fondamentales du royaume dont la première est la règle de dévolution de la couronne (celle de primogéniture mâle).

L'État est un produit de l'Histoire. Il a un caractère contingent. D'autres formes d'institutionnalisation du pouvoir politique ont existé et elle prendra peut-être d'autres formes à l'avenir.

Dans la conception marxiste, l'État est considéré comme une superstructure qui n'est que le reflet de l'infrastructure économique qui elle-même se traduit par l'exploitation du prolétariat par le capital. Il n'est que l'appareil institutionnel qui sert à perpétuer le capitalisme (du pouvoir de la classe dominante). Pour en sortir, selon Marx, il faut mettre en place le socialisme, c'est-à-dire la dictature du prolétariat qui doit créer les conditions propres à entraîner la disparition de la lutte des classes (abolition de la propriété privée, création d'un homme nouveau). Cela permettra l'avènement d'une société sans classe, idéale, la société communiste, stade ultime de l'évolution des sociétés qui se caractérise par une auto-administration. Pour s'organiser, cette société n'a plus besoin de l'État, qui n'était qu'un outil de domination.

Par ailleurs, l'UE peut être vue comme une autre forme d'institutionnalisation politique.

SECTION 2: La notion d'État

L'État est omniprésent, parfois envahissant... dans ce cas, le terme est vaste. Si l'on veut définir l'État, il faut suivre deux approches: une approche sociologique et une approche juridique, purement normative.

I. LA DÉFINITION SOCIOLOGIQUE DE L'ÉTAT

D'un point de vue sociologique, l'État peut être défini comme une forme particulière de société politique qui résulte de la fixation sur un territoire déterminé d'une collectivité humaine qui peut être relativement homogène, régie par un pouvoir qui détient le monopole de la contrainte.

Il ressort donc 3 éléments constitutifs de l'État: un élément personnel, car l'État c'est d'abord une population, ensuite un élément matériel, car l'État c'est un territoire et enfin un élément formel, car l'État détient le monopole du pouvoir de contrainte.

A. La population

Un État ne peut exister sans population. En effet l'état exerce une autorité sur une population. Celle-ci est constituée de l'ensemble des personnes qui vivent sur le territoire et qui sont placées sous son autorité. Cela regroupe aussi bien les nationaux que les étrangers, cela dit, on a tendance à considérer qu'il ne peut pas avoir d'État sans Nation, c'est-à-dire sans groupe d'individus qui présentent une identité propre et qui sont unis à l'État par un lien politique, la citoyenneté. C'est le modèle de l'État-Nation.

1) La définition de la Nation

Il n'y a pas concept universel de Nation. En réalité, plusieurs conceptions s'opposent. La Nation est un groupement humaine dans lequel les individus se sentent unis les uns aux autres par des liens matériels et spirituels et se conçoivent comme différents des individus qui composent les autres groupements nationaux. Là où les idées se partagent, c'est sur la mise en évidence des facteurs d'identification.

Globalement, deux conceptions s'opposent.

a. La conception objective de la Nation

C'est essentiellement une conception allemande dont Fichte et Herten. Pour cette conception, la nation c'est le résultat nécessaire. La nation est placée sous le signe du déterminisme: la géographie, la religion mais surtout la culture, la langue et aussi la race.

b. La conception subjective de la Nation

C'est une conception essentiellement française avec Fustel de Coulanges, Michelet et surtout Renan, ayant fait une conférence "qu'est-ce qu'une nation" en 1882. Selon cette conception, à côté des éléments ethniques, il faut faire entrer la volonté: "la nation serait un vouloir vire collectif, un plébiscite de tous les jours". Ce dernier naît de souvenirs partagés (guerres, années de prospérité, les calamités), ce que Renan appelle un riche legs de souvenirs, à partir desquels il doit partager l'idée d'avoir un destin commun. Comme disait Malraux: "une nation, c'est aussi une communauté de rêve".

Quelle que soit la conception retenue, si le peuple est un concept sociologique et même juridique, la Nation est un concept politique, une réalité beaucoup plus sentimentale que l'État, notion qui se prolonge dans l'idée de patrie.

2) **La question de l'identité entre l'état et la nation**

Souvent, le droit constitutionnel associe l'état et la nation, au point que l'on parle d'État-Nation. Certains penseurs pensent que la démocratie ne peut s'épanouir que dans le cadre de l'État-Nation.

L'existence d'une nation a souvent précédé la naissance d'un état et l'État apparaît comme le terme du processus.

Exemple: La Palestine, la Nation italienne ou encore la Nation allemande.

Il arrive aussi que l'État précède la nation comme pour la France ayant la vocation d'une identité collective. Il existe des États aujourd'hui (États-multinationales) qui regroupent plusieurs nations (Belgique, Canada). Cela pose le problème de les regrouper au sein d'une même société, créant des tensions et bloquant la démocratie. Beaucoup de communautés nationales sont par ailleurs éclatées entre plusieurs États (cas de l'Afrique suite à la décolonisation, les Kurdes). Enfin, il y a des nations qui n'ont pas d'États et qui aspirent à en avoir (ex-Palestine).

Ces Nations revendiquent le droit de s'organiser en État et le droit international reconnaît le droit pour toute nation de se constituer en état. D'abord sous une forme funeste au XIX^{ème} siècle avec le principe des nationalités, qui va émerger dans la seconde moitié du XIX^{ème} siècle (première guerre mondiale).

Exemple: Le traité de Versailles reconstitue la Pologne.

Prend le relai du principe des Nationalités à partir des années 20 la Société des Nations (ancêtre de l'ONU), le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. C'est cette Charte des Nations qui ouvrira la porte à la décolonisation et qui nourrira aussi à la fin des années 80 la revendication des peuples à s'émanciper.

Le Conseil Constitutionnel, dans une décision du 2 juin 1987 relative au statut d'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie, reconnaît le droit des peuples à l'autodétermination. Ce droit a valeur constitutionnelle.

Souvent les États refusent de garantir ce droit, car ce serait signer sa perte (le pays basque). Aujourd'hui, l'État-Nation est minoritaire dans le monde et quand il existe, il est souvent contesté de l'intérieur par des particularismes séparateurs. Il y a aussi une volonté de regrouper les États-Nations dans des groupes plus importants (UE).

B. **Le territoire**

L'État exerce son autorité sur un territoire et, historiquement du reste, la naissance de l'État s'est accompagnée de la fixation progressive d'un territoire soumis à la compétence et à la juridiction exclusive de l'État.

Exemple: En France, en 987, Hugues Capet est roi de France (beaucoup moins puissant que le duc de bourgogne...). L'apparition de l'État en France suit le développement de l'emprise royale sur son territoire.

Un État ne peut se concevoir sans territoire. De ce fait, beaucoup de constitutions étatiques posent l'intangibilité du territoire notamment dans l'article 5 de la Constitution de 1958 qui charge le Président de l'intégrité du territoire si ce dernier est menacé ainsi que l'article 16 qui peut lui permettre d'exercer une dictature temporaire (De Gaulle lors du putsch des généraux).

Les frontières terrestres peuvent être naturelles (Rhin, Rio Grande) ou artificielles (38^{ème} degré parallèle pour la Corée). Comme frontières maritimes, il y a la mer territoriale (12 000 miles à partir du rivage, ou les eaux intérieures), sur lesquelles l'État exerce toute son autorité, et jusqu'à 200 000 miles que l'on appelle la zone d'économie exclusive, où l'État a le droit d'exploitation exclusive, que l'on appelle le plateau continental. Au-delà de cette zone, c'est ce que l'on appelle la haute mer, patrimoine commune de l'humanité. Enfin, l'espace aérien surplombe les territoires terrestre et marin.

L'État exerce tout son pouvoir sur tout son territoire et seulement sur son territoire.

C. Le monopole du pouvoir de contrainte

L'État dispose seul du pouvoir de contraindre les individus qui vivent sur son territoire en leur imposant des règles et en imposant leur respect. Max Webber disait que "l'État avait le monopole de la violence légitime".

Seul l'État a le pouvoir d'exiger le respect des règles qu'il a posées par la force et en principe, il a seul ce pouvoir, du moins légitimement. Il dispose pour cela d'un appareil de contrainte (police, armée...). Autrement dit, la force étatique ne doit admettre sur le territoire aucun concurrent, car sinon, c'est saper l'autorité de l'État et à terme mettre son existence en danger. Seul l'État a le droit d'user légitimement de la force car il est chargé d'assurer la paix et l'ordre public et les individus doivent recourir à l'État même pour obtenir le respect des règles qu'ils ont fixées entre eux, autrement dit des contrats.

Tout l'effort de construction de l'état moderne a consisté très largement à capter à son profit la force et à imposer que lui seul peut en user légitimement. Quand son autorité est contestée, c'est souvent l'existence même de l'État qui à terme est menacée. À l'inverse, même si l'État abuse de la force qu'il détient, là en revanche, il reste un état (mais dictatorial).

II. **LA DÉFINITION JURIDIQUE DE L'ÉTAT**

D'un point de vue juridique, l'état pourrait être défini comme une personne morale territoriale de droit public détentrice de la souveraineté.

A. L'État est une personne morale de droit public

L'État n'a pas d'existence physique comme le disait Léon Duguit "je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale". Il a cependant une existence juridique. Il a une capacité juridique à agir, c'est-à-dire contracte, possède un patrimoine, et il est possible de lui imputer les effets juridiques qui découlent de l'activité de ceux qui sont chargés de le représenter. En d'autres termes, les actes des gouvernants vont être imputés à l'État. Si le chef de l'État ratifie un traité, c'est l'État qui est engagé et non le Président.

Du fait que l'État est une personne morale, les gouvernants et leurs agents apparaissent comme des organes de l'État, qui est considéré comme ayant une activité juridique propre. En outre, le fait que l'État soit doté de la personnalité morale entraîne d'autres conséquences: les gouvernements ne sont pas propriétaires de leur pouvoir, ils en sont investis dans des modalités qui peuvent être variables, et ce pouvoir peut leur être retiré; les décisions qu'ils prennent, ils ne les prennent pas en leur nom personnel mais au nom de l'État et ils engagent ce dernier. En conséquence, ces actes continuent d'engager l'État même après la disparition physique ou la cessation des fonctions de leurs auteurs. Seule exception, les situations révolutionnaires qui conduisent à un renforcement de l'ordre

politique et social. La personnalité de l'État assure la continuité de l'État par la succession des gouvernances.

L'État possède un patrimoine, donc des biens distincts du patrimoine de ses dirigeants. Ça lui permet d'assumer ses missions (préfectures, palais de l'Élysée, Matignon...). L'État peut les vendre.

Cette personnalité morale, c'est le résultat de l'institutionnalisation du pouvoir politique, c'est-à-dire de la dissociation du pouvoir de ceux qui l'exercent. Cette institutionnalisation est le résultat d'une construction historique et à cette dissociation, ceux qu'on appelle les "légistes du roi" ont particulièrement participé. Bossuet a écrit "ô prince, vous mourrez, mais votre État doit être immortel".

B. L'État est une personne morale souveraine

La souveraineté est le critère juridique distinctif de l'État. En effet, l'État partage la personnalité morale avec d'autres groupements (associations, fondations, établissements publics, communes, départements...). Ce qui le distingue, c'est que lui seul possède la souveraineté, c'est-à-dire la puissance suprême de commandement "*suma potestas*". L'État ne reconnaît aucun pouvoir au-dessus de lui. C'est Jean Bodin qui avait dégagé les caractéristiques de la souveraineté dans les "Six livres de la République" (1576). Il s'agissait d'affirmer le pouvoir royal vis-à-vis de l'Église (le Vatican).

La souveraineté présente deux aspects: une dimension interne et une autre externe.

1) La souveraineté interne de l'État

a. **Définition**

Dire que l'État est souverain, signifie à terme qu'il peut sans contrainte commander et régir la population sur son territoire. Sa liberté d'agir est totale aussi bien à l'égard de ses sujets qu'à l'égard de ses prédécesseurs. Il n'a pas non plus à se soucier d'autres règles extérieures à lui. C'est en l'État que se résume le droit. L'État a le pouvoir de poser librement toutes les règles qu'il veut sur son territoire. "L'État a la compétence de la compétence", ce qui signifie que l'État peut agir où il veut s'il veut quand il veut. Comme il détient le monopole de la force légitime, lui seul peut employer la contrainte pour assurer le respect des règles qu'il a posées.

b. **La limitation de la souveraineté interne de l'État**

La souveraineté interne de l'État pose une question d'arbitraire. L'État peut-il être limité par le droit ? Il y a distinction entre les jusnaturalistes (partisans du droit naturel) et les positivistes.

Pour les jusnaturalistes, il existerait au-dessus du droit positif (posé par l'État), un droit naturel (immanent à la nature de l'homme). Ce droit naturel déterminerait à quelles conditions le droit positif est valide et obligatoire. Cette conception du droit naturel, c'est celle qui est véhiculée par la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789: "ce texte expose les droits naturels inaliénables et sacrés de l'homme afin que cette déclaration constamment présente à tous les membres du corps social leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs afin que les actes du pouvoir législatif et ceux du pouvoir exécutif pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique en soit plus respectée".

Pour les positivistes, il n'y a pas d'autre droit que celui posé par l'État, c'est en l'État que se résume le droit. On ne peut concevoir qu'une auto-limitation de l'État par le droit qu'il a lui-même créé. Les juristes de la fin du XVIII^{ème} siècle ont tenté une première conception de l'État: l'État est soumis au droit, mais cette soumission ne peut résulter que d'une auto-limitation.

2) La souveraineté externe de l'État

a. **Définition**

Dans sa dimension externe, la souveraineté étatique est tournée vers la société internationale. Autrement dit, dire que l'État est souverain du côté externe, ça veut dire qu'il est indépendant vis-à-vis des autres sujets de droit international. Il n'a pas de supérieur, il n'est pas soumis aux autres États, ni aux organisations internationales, sauf s'il y a consenti. Sa liberté d'agir sur le plan international n'est limitée que par la souveraineté des autres États.

b. *Les limitations externes de la souveraineté externe de l'État*

Ces limitations tendent à se multiplier de nos jours. L'État peut, par traité, se lier à d'autres États et donc renoncer à son indépendance pleine et entière. Il y a une multiplication des liens contractuels dans la société d'aujourd'hui, qui fait que l'État est de plus en plus contraint politiquement dans sa liberté d'agir.

La construction européenne se traduit par des transferts de compétences étatiques (transferts de souveraineté comme la monnaie, l'agriculture). Ces transferts ont été consentis, mais il faut constater qu'ils limitent sa liberté d'agir sur le plan externe, mais aussi sur le plan interne. L'État est anémié du fait de la participation au processus de l'UE. Dans nombre de domaines, il faut que ces règles soient conformes aux règles établies par l'UE.

La consécration récente d'un droit, voire d'un "*devoir d'ingérence humanitaire*" (Bernard Kouchner) vient nuancer le principe traditionnel de non-intervention dans les affaires intérieures d'un État qui était le corollaire de la souveraineté externe. Or, ce droit légitime l'intervention des États sur le territoire d'autres États lorsque sont en cause des droits essentiels (la dignité humaine, la sécurité d'une population). Il y a droit d'ingérence humaine dans le cas des règles de *jus cogens* (auxquelles est soumis un État qui n'en a pas consenti).

SECTION 3: La forme de l'État

Il y a deux décisions fondamentales qu'un État doit prendre: il doit décider de la forme de son gouvernement (de son régime politique), mais aussi de son organisation territoriale (il s'agit d'organiser les relations entre les différents échelons territoriaux, de répartir le pouvoir entre l'échelon central et les échelons locaux ou collectivités infra-étatiques). On peut distinguer de ce dernier point de vue 4 formes d'organisation territoriale.

I. L'ÉTAT UNITAIRE

C'est un État qui comporte un seul centre de décision politique. Autrement dit, il n'y a qu'une seule Constitution, une seule organisation politique, un seul ordre juridique. D'un point de vue politique, il n'y a qu'une seule volonté qui s'exprime et d'un point de vue juridique, un seul droit. Les circonscriptions territoriales ne détiennent aucune autorité politique.

Il y a plusieurs modalités d'État unitaire. L'État unitaire peut être centralisé. Dans ce cas-là, cela signifie que toutes les normes nationales et locales émanent du pouvoir central. Le risque alors (Lamennais) est de l'apoplexie au centre et la paralysie aux extrémités". On peut essayer au-moins de rapprocher l'administration des administrés car, selon Napoléon III, "*on peut gouverner de loin mais on n'administre bien que de près*". On peut le faire de deux manières: la déconcentration, soit la délégation de l'exercice du pouvoir administratif de décision (et non politique) à un agent nommé par l'État au niveau local qui sera le représentant de l'État au niveau local et est soumis au pouvoir hiérarchique (préfet, recteur) comme disait Odilon Barrot "*c'est toujours le même marteau qui frappe, mais on en a raccourci le manche*"; ensuite on a la décentralisation (compatible avec la précédente), soit la délégation de l'exercice du pouvoir administratif de décision à des autorités élues au niveau local, qui implique la reconnaissance de la personnalité juridique

au collectivités territoriales infra-étatiques (autonomie administrative et non politique) et suppose la reconnaissance à celle-ci de compétences propres.

La décentralisation, comme la déconcentration a été instaurée en France: "dans les conditions prévues par la loi, les collectivités territoriales s'administrent librement par des conseils élus" (communes, départements, régions). C'est une autonomie purement administrative. Leur autonomie est déterminée par le pouvoir central (la Constitution et le législateur). Autrement dit, si les collectivités territoriales bénéficient d'un pouvoir normatif (de poser des lois), c'est en principe un pouvoir confié au législateur, c'est donc un pouvoir subordonné au législateur. Indirectement, les normes découlent encore du pouvoir central.

II. **L'ÉTAT RÉGIONAL**

En réalité, l'État régional reste un État unitaire, simplement avec plus d'autonomie pour les collectivités infra-étatiques, même par rapport à l'État unitaire décentralisé.

Ce modèle est illustré par les systèmes italien et espagnol (et belge avant que la Belgique ne devienne fédérale). Dans l'État régional, on reconnaît une autonomie politique aux entités régionales, notamment un pouvoir normatif autonome qui leur est reconnue par la Constitution (et non par la loi) et est placé sous la sauvegarde du juge constitutionnel (donc pouvoir politique initial). En outre, un pouvoir d'auto-organisation peut être reconnu aux entités régionales, comme par exemple en Espagne (communautés autonomes). Les communautés autonomes se constituent librement et elles élaborent leur propre statut.

L'autonomie politique dont elle dispose est très encadrée. Même lorsqu'un pouvoir d'auto-organisation leur est reconnu, en réalité les statuts qu'elles élaborent doivent obéir à un schéma institutionnel défini par la constitution et ils sont soumis à l'approbation du Parlement national (*Cortès*).

On peut considérer qu'un État très régional se rapproche d'un État fédéral assez centralisé.

Exemple: L'Espagne, État régional, ressemble beaucoup à l'Allemagne, État fédéral. Les communautés autonomes entendent elles-mêmes des matières qu'elles veulent régir, ce qui entraîne une asymétrie législative et fiscale. La seule limite, c'est qu'il y a des matières qui sont réservées au pouvoir central (art. 49 de la Constitution espagnole).

III. **L'ÉTAT FÉDÉRAL**

L'État fédéral se définit comme un État composé d'autres États auquel il se superpose. C'est une union d'États. Alors que l'État unitaire se caractérise par un seul centre de décisions politiques, dans l'État fédéral, on assiste à un véritable partage vertical du pouvoir normatif (l'État partage du pouvoir entre l'échelon central et l'échelon fédéré ou les États fédérés). C'est aujourd'hui une forme étatique très répandue qui concerne aussi bien des grands États (Russie, États-Unis, Inde) que des petits États (Suisse, Autriche, Belgique).

L'État fédéral, c'est une application particulière du principe fédératif. C'est une consécration du mouvement d'idées du fédéralisme au domaine étatique (Scelle, Proudhon). Ce serait Althusius (1562-1638) qui aurait le premier développé une théorie du fédéralisme comme mode d'organisation de l'État, afin de dépasser le modèle féodal de l'époque. Plus tard, ce sont les constituants américains qui ont précisé les principes sur lesquels devraient reposer la nouvelle fédération américaine (Madison, Hamilton et Jay). Au XIX^{ème} siècle, ce sont les publicistes allemands qui se sont référés au fédéralisme pour renforcer l'unité en formation du pays autour d'un pouvoir fort (Jelinek et Laban). Les publicistes français utilisent la théorie fédéraliste pour, au contraire, relâcher l'emprise du pouvoir central.

Un État fédéral peut se constituer de deux manières: par association (agrégation) et dans ce cas-là, ça veut dire que des États souverains se regroupent pour déléguer une partie de leurs compétences à une superstructure qu'ils créent, l'État fédéral (la confédération des 13 colonies des États-Unis d'Amérique en 1777, entrée en vigueur en 1781 en devenant finalement un État fédéral par la convention de Philadelphie de 1787; de même que les cantons suisses deviennent fédéraux en 1848); par dissociation (ségrégation) d'un État unitaire, qui reconnaît sans cesse davantage d'autonomie aux collectivités territoriales (la Belgique en 1861 qui se transforme petit à petit en État fédéral en 1993 entré en vigueur en 1997).

A. Les principes de l'État fédéral

Ces principes, que l'on connaît aussi sous l'appellation des lois de Georges Scelle, sont au nombre de trois.

1. Le principe de superposition

Il signifie à la fois superposition de deux niveaux étatiques et de deux ordres juridiques. Ce principe révèle la contradiction inhérente à l'État fédéral et insoluble que conceptuellement, l'État fédéral est impensable.

a. ***Superposition de deux niveaux étatiques***

En effet, la création de l'État fédéral par la constitution fédérale débouche sur un nouvel État distinct des États fédérés qui, seul, dispose de la souveraineté pleine et entière. Mais, les États fédérés possèdent chacun leur propre constitution et donc leur propre organisation politique et cela, pour exercer un pouvoir normatif autonome. Néanmoins, peut-on quand même les considérer comme des États dès lors que la souveraineté est une caractéristique essentielle de l'État ? Certains soutiennent (penseurs américains notamment) que dans un État américain, la souveraineté est partagée, mais pour nous, penseurs européens, la souveraineté partagée n'est pas concevable, car pour la pensée européenne formatée par Jean Bodin, la souveraineté est unie et indivisible. Seule la fédération dispose d'une souveraineté pleine et entière, les États fédérés ne disposent que de certains attributs de cette souveraineté.

b. ***Superposition de deux ordres juridiques***

L'État fédéral conduit à superposer deux ordres de constitution distincts. Mais les États fédérés doivent respecter certains principes posés par la constitution fédérale, notamment les droits fondamentaux posés par celle-ci. En outre, les États fédérés disposent d'un pouvoir législatif autonome qui leur est reconnu par la Constitution fédérale dans un champ de compétence que celle-ci définit. À côté des lois fédérales, on trouve des lois fédérées. Le droit fédéral prime le droit fédéré, comme le dit l'article 31 de la Grundgesetz.

L'État fédéral se caractérise par un dualisme juridique et politique avec des États dans un État. Par rapport à l'État régional, on a un pouvoir d'auto-organisation.

2. Le principe d'autonomie

Ce principe signifie que les États fédérés disposent d'une sphère de compétence propre qui leur est reconnue par la Constitution fédérale dans laquelle l'échelon fédéral ne saurait en principe s'immiscer. Seul l'organe judiciaire fédéral (un organe indépendant) peut contrôler la conformité du droit fédéré au droit fédéral.

C'est d'abord une autonomie constitutionnelle. Les États fédérés adoptent leur propre constitution (auto-organisation) mais en respectant certains principes de l'État fédéral, mais on observe un certain mimétisme tout de même.

Il y a aussi une autonomie législative (pouvoir autonome de faire des lois) et il est placé sous la sauvegarde du juge constitutionnel fédéral, qui veille à ce que le pouvoir fédéral n'empiète pas sur le domaine des compétences législatives des États fédérés. La

répartition des compétences législatives se fait selon différentes techniques: la technique de la compétence de principe (ou de droit commun) et la compétence d'attribution (ou d'exception).

La constitution fédérale américaine énumère limitativement les matières attribuées au pouvoir législatif fédéral. Autrement dit, le pouvoir fédéral n'a qu'une compétence d'attribution. Il ne peut légiférer que dans les matières qui lui sont expressément reconnues. La loi fondamentale allemande (article 73) pose le principe de compétence des Länder en combinaison d'autres principes, comme la technique des compétences concurrentes (article 74), c'est-à-dire que dans ces matières, les Länder peuvent légiférer aussi longtemps qu'eux et dans la mesure où le Bund (échelon fédéral) n'est pas intervenu. Le Bund peut légiférer dans ces compétences depuis une révision constitutionnelle de 2006, soit sans conditions pour certaines de ces matières (les compétences centrales) et pour les autres, le Bund peut intervenir si l'établissement de conditions de vie équivalente sur le territoire fédéral l'impose et si la sauvegarde de l'unité juridique ou économique l'exige.

Même si le Bund a légiféré, les Länder peuvent établir des dérogations à la loi fédérale dans certaines des matières concurrentes.

En ce qui concerne le pouvoir d'exécution des lois fédérales, il y a deux systèmes. Le système américain, c'est vraiment le système dualiste. Dans les matières où les États fédérés peuvent légiférer, c'est également les autorités fédérées qui exécutent ces lois et pour les matières où l'État fédéral qui légifère, c'est également l'État fédéral qui les exécute. Alors qu'en Allemagne, l'exécution des lois fédérales relève des Länder, ce qu'on appelle le fédéralisme administratif (comme les Cantons suisses).

3. Le principe de participation

Il signifie que les collectivités fédérées participent au pouvoir fédéral. Ça veut dire une participation au pouvoir constituant fédéral, c'est-à-dire que la révision de la Constitution fédérale requiert l'intervention des États fédérés, même si l'accord unanime des États fédérés n'est pas nécessaire.

Exemple: Aux États-Unis, tout amendement doit être ratifié par les ¾ des États (38 sur 50). En Allemagne, toute révision de la loi fondamentale requiert l'approbation des 2/3 des voix du Bundestag et 2/3 des voix du Bundesrat.

Il y a aussi une participation au pouvoir législatif, avec notamment le bicaméralisme. Le Parlement fédéral comporte toujours deux chambres, la deuxième chambre représentant les collectivités fédérées. Autrement dit, la loi fédérale doit toujours être l'expression de la volonté des citoyens représentée par la première chambre et aussi la volonté des États fédérés représentés dans la deuxième chambre. Au sein de cette deuxième chambre, la représentation, des États fédérés peut soit être égalitaire (deux sénateurs par États aux USA) ou alors inégalitaire proportionnelle à la population (en Allemagne, art 51 de la loi fondamentale allemande, tout Land ayant au moins 3 représentants), ou alors inégalitaire mais sans être proportionnelle à la population (Belgique au sénat avec 71 sénateurs dont 25 représentent les néerlandophones, 15 pour le collège électoral francophone, 10 désignés par le Conseil de la communauté flamande, 10 par le conseil de la communauté française et 1 par le conseil de la communauté germanophone et les sénateurs flamands et wallons désignent respectivement à leur tour 6 et 4 sénateurs).

On parle aussi de bicaméralisme intégral, ce qui veut dire que le pouvoir de la première chambre a un pouvoir égal à celui de la deuxième chambre (USA). On parle aussi de chambre basse (1^{ière}) et chambre haute (2^{ième}). Aux USA, le Sénat a des pouvoirs à même des pouvoirs plus importants que la chambre des représentants (c'est lui seul qui ratifie des accords internationaux). Le bicamérisme peut aussi être inégalitaire. En effet, le Bundesrat a un droit de veto définitif pour que la loi fédérale soit adoptée. Dans les autres cas,

l'opposition du Bundesrat peut être surmontée par un vote du Bundestag à la majorité des membres (donc pas des suffrages).

La participation au pouvoir exécutif aussi bien la désignation qu'à l'exercice du pouvoir exécutif fédéral. En Allemagne, le président fédéral est élu par une assemblée composée de membres du Bundestag et d'un nombre égal de représentants des Länder. Aux USA, le président fédéral est élu par les électeurs présidentiels au scrutin de liste à un tour dans le cadre de chaque État. Il y a participation au pouvoir judiciaire fédéral (les membres de la cour suprême des USA nommés à vie mais avec l'accord du sénat et en Allemagne les membres de la Cour constitutionnelle allemande sont désignés pour moitié par le Bundestag et pour moitié par le Bundesrat).

B. L'évolution de l'État fédéral

Le mouvement d'idée qui les rallie est animé de courants antagonistes. Certains auteurs voient dans le fédéralisme un moyen de privilégier l'unité et de renforcer la coopération au dépend de la diversité originelle. D'autres, au contraire, voient un moyen de préserver la diversité des communautés de base et même de dépasser l'État-Nation.

On retrouve ces tensions dans l'État fédéral qui constitue la traduction constitutionnelle du fédéralisme. En effet, tout système fédéral est le fruit d'un équilibre précaire et instable entre une tension centripète et une tension centrifuge (entre la revendication d'une autonomie accrue tendance centrifuge et le renforcement des pouvoirs de l'État fédéral, tendance centripète).

De manière générale, l'État fédéral a évolué d'un fédéralisme de juxtaposition (ou dualiste) à un fédéralisme de superposition (ou unitaire) mais néanmoins les principes du fédéralisme demeurent.

1. **Le passage du fédéralisme de juxtaposition au fédéralisme de superposition**

Les causes du renforcement du pouvoir fédéral:

➤ Conjoncturelles:

- Les deux guerres mondiales et la guerre de sécession pour les USA, qui avait alors permis la mise en place dans tous les états une économie de guerre.
- Les crises économiques (1929)

➤ Structurelles:

- Développement de l'interventionnisme international
- Nécessité de la politique macroéconomie (globalisation de l'économie, il n'y a plus d'intérêt pour les frontières entre les États et pour les frontières infra-étatiques)

➤ Institutionnelles (juridiques):

- La garantie de l'autonomie des collectivités fédérales est le fait d'une juridiction fédérale (c'est le juge fédéral qui est le gardien de l'autonomie de l'État fédéral). En tant qu'organe fédéral, il a tendance à privilégier les compétences dont il tire son titre au détriment des autres organes fédérés.
- La clause de suprématie du droit fédéral (le droit fédéral prime sur le droit fédéré). Le droit fédéral s'applique et est supérieur au droit fédéré sauf s'il est censuré.

On assiste à la centralisation législative fédérale due à des révisions constitutionnelles.
Exemple: Quatorzième amendement adopté et entré en vigueur en 1868, la clause de l'égalité protection des droits. En vertu de cette clause, les états fédérés se sont vus interdits d'adopter des mesures qui violeraient les droits, ce qui a diminué leur compétence normative.

Il faut donc lui faire reconnaître une compétence normative pour assurer cette clause.

L'augmentation de la compétence fédérale est essentiellement dure à l'interprétation de la constitution fédérale par son gardien (le juge fédéral), favorable à la compétence de l'échelon fédéral.

Exemple: Aux USA, il y a plusieurs clauses de compétence fédérale qui ont été interprétées de manière extensive:

- *La spending clause (pouvoir de dépenser), la Cour suprême a reconnu au niveau fédéral un pouvoir fiscal, le pouvoir d'établir un impôt fédéral sur le revenu et grâce à ces recettes dépenser sans contrôle cet argent et le Congrès peut seul régler tout ce qu'il subventionne. Ils donnent des fonds aux différents états, mais dans ce cas-là, c'est lui qui détermine la manière dont il doit utiliser ce fond.*
- *L'interstate commerce clause (commerce inter-étatique), le Congrès a compétence pour régler tout ce qui relève du commerce inter-étatique, mais ça a été étendu sur tous les aspects économiques qui affectent de près ou de loin ce qui touche au commerce inter-étatique.*
- *La necessary and proper clause (la clause des pouvoirs implicites), la Cour suprême a jugé que l'échelon fédéral dispose non seulement des pouvoirs législatifs qui lui ont été expressément attribués par la constitution fédérale, mais aussi implicitement, il dispose de tous les pouvoirs nécessaires à l'accomplissement des tâches qui lui ont été explicitement confiées.*

Centralisation financière aussi appelé le fédéralisme coopératif vertical, veut dire que le budget fédéral a été en constance augmentation, ce qui a permis au pouvoir fédéral d'intervenir dans les affaires relevant de la compétence des états fédérés. L'État fédéral a aidé les états fédérés à financer des programmes dans des domaines relevant de leur compétence, mais en accordant des aides finalisées et conditionnelles, ce qui a donné au pouvoir fédéral un pouvoir général d'orientation des choix fédérés dans des domaines qui relèvent normalement du camp fédéral.

En Allemagne, cette coopération (du fédéralisme) dans le domaine de compétence des Länder par le biais du financement conjoint a même fait l'objet d'une consécration constitutionnelle avec une révision constitutionnelle en 1979 sous le nom de "tâche commune".

En résumé, cette centralisation financière a abouti à un fédéralisme coopératif vertical qui est marqué par une centralisation politique à l'échelon fédéral et décentralisation administrative à l'échelon des états. En somme, l'État fédéral décide, les états fédérés exécutent.

2. La survivance du fédéralisme

On peut parler de ça parce que tout de même les États continuent de participer à la désignation et à l'exercice du pouvoir fédéral. On a assisté à partir des années 80 à un renouveau de l'autonomie qui s'est manifestée de deux façons: d'abord la jurisprudence des cours fédérales, plus favorable à l'échelon local (Cour suprême), en préservant davantage le pouvoir des états fédérés

Exemple: Arrêt Printz de 1997: les pouvoirs du congrès en matière de commerce sont inadéquats pour justifier les dispositions de la loi Grady sur la vente des armes à feu dans la mesure où la loi fédérale avait chargé les autorités locales d'assurer ce contrôle. Pour la Cour, le système constitutionnel de la double souveraineté s'y oppose.

En particulier aux USA, il y eu un mouvement politique en faveur d'un rééquilibrage des pouvoirs entre l'échelon fédéral et l'échelon fédéré, le *new federalism* dont l'un des plus ardents promoteurs était le président Reagan. Il s'agit en fait de restituer aux États les pouvoirs que l'État s'était appropriés et pour cet effet, l'échelon fédéral est revenu dans une certaine mesure au gouvernement par convention. Pour donner davantage d'autonomie aux États fédérés dans la gestion des subventions fédérales et, plutôt que de

donner des aides finalisées et conditionnelles, l'État avait pris l'habitude de donner des subventions globales, générales et inconditionnelles. L'État doit moins intervenir.

Par ailleurs, ce mouvement de rééquilibrage des pouvoirs au profit de l'échelon fédéré, a aussi été l'apparition du fédéralisme coopératif horizontal, qui permet aux états fédérés de se protéger contre les interventions de l'État fédéral.

En Allemagne, les Länder se mettent d'accord entre eux pour réaliser en commun des projets dans leur domaine de compétence. Ainsi, ils évitent de légitimer par leurs carences l'intervention du pouvoir fédéral.

3. La désintégration des États fédéraux

Elle peut se manifester sous deux formes.

a. La question de la consécration d'un droit de sécession

Un État fédéré peut-il quitter l'État fédéral et accéder à l'indépendance ? L'exemple américain dira non, mais l'article 16 de feu de la constitution de l'URSS reconnaissait ce droit.

Exemple: Le Québec. Le conflit a démarré avec une diminution des pouvoirs du Québec avec la langue francophone. Le référendum alors adopté a échoué de justesse pour son indépendance. Le gouvernement fédéral a alors demandé à la Cour suprême un avis sur le droit de sécession, qui est non approuvée par le reste du Canada, mais si une majorité claire de québécois exprimait clairement leur volonté d'indépendance, le gouvernement canadien et les autres provinces, auraient une obligation constitutionnelle de négocier.

b. La dislocation des États fédéraux

On a assisté récemment à l'éclatement des états fédéraux socialistes (URSS, Yougoslavie, Tchécoslovaquie) qui n'ont pu survivre à l'effondrement du parti communiste qui assurait l'idéologie et la connexion de ces pays.

IV. LA CONFÉDÉRATION DE L'ÉTAT

Il s'agit d'une association égalitaire d'États qui ont par traités (la base juridique d'un État) délégué l'exercice de certaines compétences à des organes communs tout en conservant à titre principal leur souveraineté.

Exemple: Les USA avant l'adoption de la constitution fédérale (1787).

Contrairement à l'État fédéral, la confédération n'aboutit pas à la création d'un nouvel état, qui se superposerait aux états membres. Ce n'est pas un état souverain, c'est une alliance d'états souverains. À la différence de l'état fédéral, l'acte constitutif d'une confédération n'est pas une constitution (acte unilatéral adopté par un peuple), c'est un traité international (acte multilatéral adopté par des États). En outre, la révision de ce traité suppose l'unanimité de ces États membres.

Les compétences confédérales sont exercées par un organe de type diplomatique ou intergouvernemental au sein duquel les États membres sont représentés de manière égalitaire. Chaque délégation d'état membre dispose d'un nombre égal de voix, quelque soit l'importance de sa population, de son territoire, de sa richesse...

Les décisions prises par cet organe le sont le plus à l'unanimité des membres. Elles sont prises *ad referendum*, c'est-à-dire qu'à la différence des normes fédérales, ces décisions ne sont pas dès leur adoption directement obligatoires et applicables dans l'ordre juridique interne des états membres. De telles dispositions doivent être préalablement ratifiées pour être source de droit pour les citoyens.

V. L'UE ENTRE ÉTAT FÉDÉRAL ET CONFÉDÉRATION: TERSIUM DATUR (TROISIÈME POSSIBILITÉ)

A. L'UE n'est ni une confédération ni un État fédéral

Elle se situe en fait à mi-chemin entre ces deux éléments. L'UE a dépassé le stade de la confédération d'état. Les décisions de l'UE ne sont pas toutes prises par l'institution inter-étatique (le Conseil de l'UE), elles peuvent aussi être prises par des institutions indépendantes des états membres (parlement européen, la commission européenne). Même lorsque les décisions sont prises par le Conseil, elles sont aujourd'hui prises dans l'immense majorité des cas à la majorité qualifiée et non pas à l'unanimité. Dans ce cas, les états membres ne disposent pas du même nombre de voix, mais un nombre de voix proportionnel à son importance démographique.

Comme les normes fédérales, les normes de l'UE sont obligatoires et immédiatement et directement applicables dans l'ordre juridique des États membres. Les individus peuvent en réclamer l'application à leur juge national. Ces normes bénéficient de la primauté sur le droit national.

Les domaines dans lesquels l'UE dispose d'une compétence, d'un pouvoir de décision, sont aujourd'hui considérables et touchent au noyau dur des compétences étatiques, ou compétences régaliennes de l'État (monnaie).

D'autre part, elle n'a pas encore atteint le stade d'État fédéral. L'UE demeure régit par un traité international et non une constitution. Autrement dit, pour sa révision, cela exige l'accord des états membres. Ils demeurent maîtres des traités, ce qui veut dire qu'ils demeurent formellement souverains, maîtres de l'étendue des compétences attribuées à l'UE.

L'UE ne dispose pas du pouvoir de contrainte, du monopole de la violence légitime (aucune armée). Il n'y a pas de pouvoir qui échappe aux États membres. L'UE ne peut pas apparaître comme un super-état.

B. *L'UE est-elle une fédération ?*

La question est de savoir s'il est possible pour qualifier l'UE, s'il est possible de sortir de l'alternative, dans laquelle la doctrine juridique depuis la fin du XIX^{ème} voit les deux seules formes de regroupement d'état (confédération d'état ou état fédéral), le critère étant le siège de la souveraineté.

Des auteurs ont tenté de penser théoriquement au-delà de cette alternative binaire. Pour ce faire, il faut surmonter l'obstacle de la souveraineté, ce qui permettra de concevoir des sociétés politiques, qui ne revêtiraient pas la forme étatique. Ils soutiennent que l'UE serait une fédération, définie comme une union durable d'États en vue de constituer une nouvelle société politique dans laquelle les États membres conserveraient néanmoins leur existence politique. Autrement dit, la fédération se caractérise par la coexistence de deux niveaux de pouvoirs politiques qui se partagent l'autorité sur un même territoire sans être placés dans un rapport de commandement l'un par rapport à l'autre.

En conséquence, penser la fédération suppose soit d'admettre le partage de souveraineté, soit de considérer que la souveraineté n'a pas sa place dans une entité comme la fédération. Les américains admettent que cette souveraineté est divisible, contrairement aux penseurs comme Jean Bodin, qui soutient que la souveraineté demeure indivisible.

L'un des auteurs français qui a le mieux théorisé la fédération est Olivier Beaud dans son ouvrage "théorie de la fédération".

Il faut constater que les États membres continuent à revendiquer leur souveraineté. En outre, il ne faut pas davantage ignorer la dynamique inhérente au fédéralisme, qui est de tensions tant centrifuges que de tensions centripètes.

Aujourd'hui, si les États membres demeurent formellement souverains (maîtres des traités), néanmoins, ils perdent progressivement leur pouvoir de décision dans des domaines qui touchent aux prérogatives régaliennes de l'État. On assiste de ce point de vue-là, à un mouvement de désétatisation des états membres et à un mouvement

d'étatisation de l'UE. Aussi bien la qualité que la quantité du transfert des compétences opéré au profit de l'échelon de l'UE rendrait l'évolution vers un État fédéral européen.

Le seuil critique du transfert de compétence au-delà duquel le pouvoir d'agir des États serait si affaibli qu'on ne pourrait plus les qualifier d'États souverains, pourrait être atteint si la défense et la police pourraient être transférés à l'UE car dans ce cas-là, l'UE détiendrait le monopole de la contrainte (marque de la souveraineté).

Le changement de l'UE en État fédéral pourrait également résulter du fait que la révision des traités fondateurs se ferait à une majorité des États membres. Dans ce cas-là, les États perdraient la compétence de la compétence et le traité deviendrait une constitution.

L'adoption d'une constitution fédérale européenne par un peuple européen serait une troisième possibilité.

VI. **L'ORGANISATION TERRITORIALE DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE**

A. *La République française est un état unitaire...*

Une autonomie locale est garantie par l'art 72 de la constitution de 58 qui pose le principe de la libre administration des collectivités territoriales (communes, départements, régions). Mais l'article 12 ne pose que le principe d'une décentralisation administrative. L'article 1^{er} rappelle que la France est une république indivisible.

L'indivisibilité de la France montre l'unité du pouvoir normatif de l'État. Les collectivités territoriales ne peuvent détenir aucun pouvoir normatif initial, directement conféré par la constitution ou aucun pouvoir législatif. Le pouvoir normatif de ces collectivités ne peut résulter que de la loi.

L'indivisibilité du territoire n'empêche pas pour tenir compte des particularismes locaux de limiter le champ d'application territoriale des lois. On dit l'unité de la république n'empêche pas la territorialisation du droit applicable.

L'indivisibilité de la république, en combinaison avec le principe d'égalité commande l'unicité du peuple français, ce qui exclut toute différenciation entre citoyens. On a une indivisibilité du peuple. On n'a qu'un peuple français et non un peuple breton, un peuple alsacien... dans un décision de 91, le conseil a reconnu la valeur constitutionnelle du concept du peuple français, ce qui interdit au législateur de reconnaître des composantes du peuple français. Le conseil constitutionnel a donc censuré dans cette décision "peuple corse, composant du peuple français".

B. *... Mais dont l'organisation est de plus en plus centralisée*

Depuis la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, il est précisé dans l'article 1^{er} de la constitution que l'organisation de la république française est décentralisée. Cette révision renforce encore cette décentralisation.

1. **Le droit commun de la décentralisation des collectivités territoriales**

En règle générale, il s'applique aux communes, départements et régions sans exceptions. La révision constitutionnelle de 2003 la renforce à deux égards. Le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales trouve désormais directement son fondement dans la constitution (pouvoir initial) et non plus dans la loi comme auparavant. Il faut relativiser car le champ de ce pouvoir réglementaire demeure déterminé par la loi, par conséquent son exercice subordonné par la loi. Il est aussi reconnu aux collectivités territoriales un droit d'expérimentation législative. La possibilité est donnée aux collectivités territoriales d'être autorisée par la loi à déroger pour un objet ou une durée limitée aux dispositions législatives qui réglementent l'exercice de leurs compétences.

La collectivité territoriale de Corse dispose d'un statut particulier depuis la loi du 13 mai 1991 qui lui confère davantage de pouvoir et d'autonomie que les autres régions, pouvoirs qui ont encore renforcés par une loi du 22 janvier 2002.

2. L'organisation des départements et régions d'outre-mer

Il s'agit de la Guadeloupe, la Martinique, la Guyane, la Réunion et Mayotte. Il s'applique le droit commun des collectivités territoriales plus quelques particularités mentionnées à l'art 73 de la constitution; le pouvoir d'adapter les lois et les règlements pour tenir compte des caractéristiques et des contraintes de ces collectivités. Ces points d'adaptation relevant de leurs compétences et leur est reconnu sur habilitation législative (par loi).

Par ailleurs, toujours sur habilitation législative, elles peuvent se voir reconnaître la possibilité de fixer elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire, sauf dans un certain nombre de matières énumérées dans l'art 73.

3. L'organisation des collectivités territoriales d'outre-mer

Il s'agit de la Polynésie française, des îles Wallis et Futuna, de l'île de Saint Pierre et Miquelon et de Saint Barthélemy et Saint Martin, deux communes de Guadeloupe qui ont décidé de devenir des collectivités territoriales d'outre-mer selon l'art 72-4 de la constitution.

S'applique le droit commun des collectivités territoriales avec quelques spécificités mentionnées dans l'art 74 de la constitution. Elles peuvent se faire reconnaître une autonomie au terme de laquelle elles peuvent adopter des actes en matière législative même si ces actes demeurent des actes administratifs. Elles peuvent prendre des mesures justifiées par les nécessités locales en matière d'accès à l'emploi et de protection du patrimoine foncier.

4. Le droit applicable à la Nouvelle Calédonie

Ont été signés les accords de Nouméa le 5 mai 98 suite à une tuerie des gendarmes français en nouvelle Calédonie. Une révision constitutionnelle a alors été effectuée le 20 juillet 1998, complétée par des lois organiques en 1999 et 2009. Tous ces dispositifs ont mis en place un statut transitoire car la porte est ouverte à l'indépendance de la nouvelle Calédonie à échéance de 15-20 ans.

Est reconnue une citoyenneté néo-calédonienne qui s'ajoute à la citoyenneté française. Cela déroge au principe d'unité du peuple français. Seuls ces citoyens peuvent participer aux élections d'assemblée de province et du congrès, au scrutin d'auto-détermination. Ces citoyens sont ceux qui peuvent justifier de 10 ans de résidence à la date du scrutin.

Est reconnu à la nouvelle Calédonie un pouvoir normatif autonome, qui trouve initial (qui trouve directement sa source dans la constitution). Dans toute une série de matière, la compétence pour fixer les règles est progressivement transférée à la nouvelle Calédonie. Autrement dit, ce n'est plus le parlement français qui fixe les règles mais le parlement calédonien qui adopte des lois de pays. La constitution reconnaît un pouvoir législatif à la nouvelle Calédonie, comme à l'État fédéral. Tout ce statut s'inscrit dans une perspective d'indépendance provisoire.

Chapitre 2: L'ORGANISATION DU POUVOIR POLITIQUE: LA CONSTITUTION

L'état est une personne morale détentrice du pouvoir politique et en tant que personne morale, elle ne peut exister qu'en vertu d'un statut et le statut de l'État, c'est sa Constitution. C'est elle qui organise l'État, qui fonde le pouvoir politique en son sein, qui en encadre l'exercice et qui le limite en reconnaissant des droits et libertés aux individus.

SECTION 1: La notion de Constitution

C'est une des notions les plus complexes qui soient "parce que chacun propose sa définition témoignant ainsi de sa fausse évidence et de sa profonde complexité" (Dominique Rousseau).

I. **LA DÉFINITION DE LA CONSTITUTION**

Beaucoup de choses peuvent s'appeler constitution, mais toutes ne sont pas des constitutions au sens juridique du terme. À l'inverse, certains phénomènes juridiques n'ont pas cette appellation alors qu'il s'agit de constitution (ex: la Grundgesetz). Au-delà des termes utilisés, il faut donc essayer d'identifier le concept et cette identification peut se faire de deux points de vue. Soit on distingue les normes constitutionnelles d'après son contenu, son objet et dans ce cas-là, on parlera de constitution matérielle. Soit par la forme qu'elle revêt, par la procédure utilisée pour son adoption et sa modification et dans ce cas-là, on parlera de constitution formelle.

A. La constitution au sens matériel

C'est l'ensemble des règles relatives à la forme de l'État, relatives à l'organisation et au fonctionnement des pouvoirs publics et relatives aussi aux droits et libertés des individus. Toutes les règles ayant ce contenu peuvent être considérés comme matériellement constitutionnelles.

B. La constitution au sens formel

La constitution se présente comme un document écrit qui rassemble l'ensemble des règles qui ont été adoptées et qui ne peuvent être révisées que suivant une procédure spécifique plus contraignante que la procédure législative ordinaire (d'adoption des lois).

Le critère formel renvoie à 4 éléments:

➤ Un élément scripturaire:

De nos jours, le caractère écrit, c'est le premier critère de la constitution au sens formel. Les raisons qui ont poussé les peuples à former des constitutions écrites sont clairement exposées dans le préambule de la déclaration des droits de l'homme de 1789. Ça a été un des moyens de ralentir le pouvoir absolu de la monarchie. Parmi les États européens, seule la Grande Bretagne conserve une constitution coutumière (règle de droit non écrite), mais pas totalement car sa constitution est aussi formée de certains textes écrits parmi les plus anciens du territoire occidental.

En outre, dans des pays à constitution écrite comme la France, la coutume constitutionnelle joue un certain rôle. Il ne faut pas confondre la distinction entre constitution écrite et coutumière et constitution souple et rigide. Une constitution souple est une constitution qui peut être modifiée par la loi. Une constitution rigide est une constitution qui ne peut être modifiée que par une procédure spécifique plus contraignante que la loi. Il ne faut pas confondre les deux. Une constitution rigide n'est pas forcément écrite et à l'inverse une constitution souple n'est pas forcément coutumière.

➤ Un élément organique:

La constitution comprend les règles qui ne peuvent être édictées et modifiées que par un organe spécifique. Plus exactement, l'élaboration est l'acte du pouvoir constituant originaire qui adopte une constitution. La révision de la constitution est l'œuvre du pouvoir constituant dérivé car il est institué par la constitution.

➤ Un élément procédural:

La constitution ne peut être modifiée qu'en suivant une procédure plus contraignante que celle prévue pour l'adoption des lois ordinaires. Si une constitution peut être modifiée

par une loi ordinaire (une simple loi), ça voudrait dire qu'on a une constitution souple ou encore une constitution purement matérielle. Si la constitution ne peut être modifiée que par une procédure plus contraignante que la procédure des lois, on dit que c'est une constitution rigide ou formelle.

Le but qui est poursuivi lorsqu'on donne une rigidité à la constitution, c'est de la soustraire à la volonté supposée trop changeante du législateur ordinaire (à la majorité parlementaire). La conséquence, c'est qu'on donne à la constitution une valeur supérieure aux lois.

➤ Un élément hiérarchique:

Kelsen a beaucoup insisté là-dessus. La constitution occupe le rang suprême dans la pyramide des normes. Elle est en effet comprise comme la norme des normes, c'est-à-dire, celle qui détermine les conditions d'adoption et de validité de toutes les autres normes. Ça pose du coup la question de la suprématie qui risque alors d'être ineffective sans la sanction. On tend à intégrer dans la définition de la constitution au sens formel le principe d'un contrôle juridictionnel de la constitution des lois.

C. Rapports entre les deux définitions

Définitions formelles et matérielles ne coïncident pas nécessairement. Comme nous le montre la Grande Bretagne, certains états peuvent avoir une constitution qui n'est pas largement matérielle. En outre, même dans les états qui ont une constitution formelle, certaines règles matériellement constitutionnelles peuvent ne pas figurer dans le texte constitutionnel (ex: les règlements intérieurs des assemblées parlementaires). À l'inverse, les dispositions peuvent trouver place dans la constitution formelle alors qu'elles ne sont pas matériellement constitutionnelles (disposition suisse qui interdisait sur tout le territoire l'abattage des animaux selon le rite mosaïque, soit conformément à la religion juive).

D. Les fondements de la Constitution

Elle découle des fonctions qui lui sont assignées. On peut dire que la constitution est la matérialisation du contrat social, la refondation de celui-ci, ce qui explique et justifie que seules les dispositions d'un certain type, d'un certain contenu, sont dignes de bénéficier d'un statut juridique prééminent.

La constitution assume les fonctions suivantes:

La constitution dote l'État d'un statut juridique. Il arrive des cas où la constitution est l'acte fondateur de l'État, mais pas en France où c'est l'inverse. Il est clair qu'on ne peut pas parler d'État sans que le pouvoir s'y trouve institutionnalisé (distinct de la personne des gouvernements) sous une certaine forme. C'est précisément l'objet d'une constitution. Donc, de ce point de vue, tout État a nécessairement une constitution dans le sens où c'est elle qui institutionnalise le pouvoir, qui l'organise.

La constitution fonde le pouvoir politique dans l'État. C'est l'acte d'habilitation des pouvoirs constitués, c'est-à-dire que c'est le titre de compétence aux différents pouvoirs politiques. C'est aussi elle qui le légitime et elle confère au pouvoir politique une légitimité démocratique si la constitution est l'œuvre du peuple. Elle en organise également l'exercice en distribuant les compétences entre les différents organes étatiques.

Dans la logique de la doctrine du constitutionnalisme, la constitution assure la garantie des droits fondamentaux de la personne humaine et en cela, elle fixe des limites du pouvoir politique.

II. LES ORIGINES ET L'ÉVOLUTION DE LA NOTION DE CONSTITUTION

A. Les origines

Elle était déjà employée par Aristote dans un sens descriptif. Autrement dit, quand Aristote emploie le terme de constitution, il se réfère à la forme d'un État, d'une cité donnée, soit son régime politique, la répartition des pouvoirs. C'est un aspect de la définition matérielle.

Dans la Rome antique, le mot constitution est utilisé pour désigner les mesures législatives des empereurs car ce que le prince constitue est d'observer la loi.

À partir de la fin du XVI^{ème} siècle, le terme de constitution est employé comme équivalent des lois fondamentales du Royaume. Cela désignait les normes qui fixaient le statut de la monarchie française, que le roi ne pouvait modifier seul (loi Salique de primogéniture mâle, l'indisponibilité de la couronne qui interdisait au roi d'abdiquer, l'inaliénabilité du domaine de la couronne qui empêche le roi de donner ou de vendre des éléments du domaine de la couronne). Apparaît déjà l'idée de la subordination du pouvoir des règles de droit positif.

III. **L'INFLUENCE DU CONSTITUTIONNALISME SUR LA NOTION DE CONSTITUTION**

Le constitutionnalisme c'est un mouvement intellectuel qui est à l'origine de la conception moderne de la constitution. Dans sa conception initiale, la notion de constitution est purement matérielle et descriptive. Elle désigne le système de gouvernements et institutions de l'État. L'idée d'un document écrit rassemblant toutes ces règles est étrangère à la conception initiale de la constitution.

Avec le constitutionnalisme, la constitution prend une dimension normative, elle acquiert un caractère formel, elle devient la loi suprême de l'État. En outre, elle se caractérise par un certain contenu. Toutes les règles ne méritent pas d'être appelées constitution.

On peut définir le constitutionnalisme comme un courant de pensée qui défend l'idée qu'une constitution doit être écrite elle doit limiter le pouvoir des organes étatiques, elle vient des citoyens et elle est supérieure aux lois ordinaires. Le constitutionnalisme a été nourri par la philosophie politique moderne et par la philosophie des Lumières et le constitutionnalisme triomphe dans les faits avec les révolutions américaine et française.

L'un des premiers auteurs représentatifs de ce mouvement de pensée est John Locke (1690). Il défend dans son ouvrage que les hommes ne quittent l'état de nature et ne s'associent pour se soumettre à un gouvernement qu'en vue de mieux protéger leurs libertés et leurs propriétés. Il a développé le droit de résistance à l'oppression. C'est la notion de fin du pouvoir politique. Le but doit être la protection des droits et libertés des individus.

Le lien entre constitution et liberté a été souligné par Montesquieu (l'Esprit des lois, 1748). Il a soutenu l'idée qu'une bonne constitution doit assurer les libertés. On dit de ces deux hommes qu'ils sont des représentants du libéralisme politique. Pour que le despotisme soit évité, Montesquieu développe sa théorie de la séparation des pouvoirs. Pour que la liberté politique soit assurée dans un état, il faut que la constitution empêche la confusion des pouvoirs entre les mains d'un même organe.

La manière dont une constitution aménage la répartition du pouvoir peut garantir la liberté qui doit être la finalité, le but de toute constitution. Montesquieu ne concevait pas explicitement la constitution comme un texte normatif avec une valeur de loi suprême.

Rousseau dans "du contrat social" (1762), exprime l'idée que c'est la constitution qui fonde l'État doit être l'œuvre du peuple souverain.

Les idées du constitutionnalisme vont être clairement exprimées chez Vattel (suisse) qui synthétise tous les thèmes qui animent le constitutionnalisme dans "le droit des gens ou principes de la loi naturelle". Dans cet ouvrage, il définit la constitution de l'État comme le règlement fondamental qui détermine la manière dont l'autorité publique doit être exercée. La constitution devient alors chez lui la norme suprême qui régit l'exercice du pouvoir politique dans l'État. Pour Vattel, la constitution a pour objet de déterminer à la fois par qui le peuple doit être gouverné et quelles sont les droits et devoirs des gouvernements. Il

insiste sur les devoirs des gouvernements: il dit que l'État ne doit pas attenter aux libertés et aux droits de ses sujets à peine d'être renversé et jugé par sa nation.

La première mise en œuvre de l'idée d'une constitution écrite revient aux anciennes colonies anglaises d'Amérique. En 1776, après la guerre d'indépendance, ces colonies s'affranchissent de la domination britannique et se transforment en État indépendant, s'empressant d'adopter des constitutions écrites. Les idées du constitutionalisme trouvent alors leur première consécration. Elles contiennent généralement deux parties: le *Prime of government* (cadre du gouvernement) et le *Bill of rights* (catalogue des droits fondamentaux). Le pouvoir étatique tel qu'il est organisé doit pouvoir garantir les droits des individus. Pour assurer cela, pour éviter qu'il ne verse dans le despotisme, le *prime of government* consacre le principe de séparation des pouvoirs et prévoit que la constitution ne peut être révisée que suivant une procédure spéciale. La constitution fédérale des USA est l'aboutissement du constitutionalisme américain. Elle est rédigée lors de la convention de Philadelphie par des délégués des États et est ensuite soumise à une ratification par le peuple. En outre, on voit que le souci principal des auteurs est de limiter le pouvoir par une séparation horizontale mais aussi une séparation verticale par la soumission au contrôle de la *Suprem court*.

La constitution exerce incontestablement sur la révolution de 1789 une grande influence, qui ouvre l'ère du constitutionalisme européen et de l'universalisme de la constitution écrite. La première constitution européenne n'est pas française, mais polonaise qui date de 1791.

Avec la révolution française, la dimension axiologique (attention aux valeurs) est affirmée avec force (art 2 de la DDHC: "le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme"). L'art 16 du même texte énonce "toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution". En outre, la théorie du pouvoir constituant est formulée avec éclats par l'abbé Sieyès dans "qu'est-ce que le tiers-état ?". La constitution devient un acte de la volonté de la nation. Les pouvoirs constitués lui sont donc soumis et ne peuvent la réviser. Sa modification ne peut être que l'œuvre que d'une assemblée de révision en conformité avec une procédure draconienne. Sont ainsi clairement distingués pouvoir constituant, pouvoir de révision et pouvoir législatif. La première constitution française du 3 septembre 1791 met en place une procédure de révision lourde. Ainsi, la constitution acquiert sa signification de loi suprême qui ne peut être modifiée par une loi.

Par la suite, la dimension axiologique de la constitution va perdre de sa force avec l'instauration de régimes autoritaires voire totalitaires. La constitution redevient presque purement descriptive alors. C'est l'ensemble des règles relatives aux fonctions et à l'organisation des pouvoirs politiques, quels que soient ces règles. On n'associe plus à la constitution la finalité de garantir les libertés et les droits des individus. En outre, la constitution tend à perdre son caractère de norme suprême, le respect de l'ordre constitutionnel étant totalement subordonné à la réalisation du nouvel ordre social ou racial.

Certains auteurs ont même parlé de "déclin de la notion de constitution". Avec la chute du mur de Berlin et le mouvement de décolonisation qui s'en est suivi, la conception occidentale de la notion de constitution et l'idéologie libérale qui la sous-tend triomphe à nouveau. La mise en place d'institutions respectueuses de l'état de droit, des droits de l'homme... est une des conditions de l'adhésion au Conseil de l'Europe et à l'UE. Les valeurs qui sont défendues par ces deux ensembles européens sont la mise en place d'une constitution rigide (sa révision doit être à l'abri du pouvoir législatif ordinaire) avec un contrôle de constitutionnalité des lois), d'une démocratie représentative et pluraliste,

l'organisation des droits fondamentaux, la consécration du principe d'état de droit qui se caractérise par la prééminence du droit et de l'indépendance du pouvoir judiciaire, la séparation des pouvoirs.

IV. **LA VARIÉTÉ DES RÈGLES CONSTITUTIONNELLES**

Napoléon disait "aucune constitution n'est restée telle qu'elle a été faite, sa marche est toujours subordonnée aux hommes et aux circonstances". À cette parole fait écho le rapport Veudel qui énonçait "les institutions politiques d'un pays ne se définissent pas seulement par la constitution écrite et les lois qui la mettent en œuvre, mais aussi par la pratique politique".

Dans une conférence de presse du 31 janvier 1964, le Général de Gaulle déclarait "*une constitution c'est un esprit des institutions, une pratique*".

La constitution, même écrite, ce n'est pas seulement un texte. Elle donne lieu ensuite à application et à interprétation par les acteurs du jeu politique. Des théoriciens du droit soutiennent que la constitution n'existe qu'à travers l'interprète qui l'applique. Autrement dit, en présence d'un texte constitutionnel obscur, c'est l'interprète qui en fixe le sens. L'interprétation est donc aussi importante que le texte-même auquel elle s'applique.

La signification d'une constitution se dégage par l'application qui en est faite par les pouvoirs publics et cette application engendre même parfois des règles non écrites. Ces dernières sont appelées conventions de la constitution ou coutumes constitutionnelles qui interprètent et complètent le texte constitutionnel. De telles règles sont inévitables car une constitution ne peut jamais tout prévoir. Napoléon disait qu'une bonne constitution devait être courte et obscure.

La coutume est une règle de droit non écrite qui résulte de précédents concordants auxquels les pouvoirs publics se conforment avec le sentiment d'obéir à une règle de droit obligatoire. Autrement dit, il faut une pratique concordante (*elemente repetitio*) et que les pouvoirs publics aient le sentiment qu'ils doivent la faire (*opinio juris necessitatis*).

Les conventions de la constitution est un terme issu du droit constitutionnel britannique. Il s'agit-là aussi de maxime non écrite et sont respectées car elles sont tenues pour des règles obligatoires. Elles sont le résultat de convention.

Ces deux institutions juridiques ont été indifféremment invoquées pour préciser le statut de la pratique dans son rôle d'auxiliaire d'une constitution écrite qui interprète et complète celle-ci. La convention n'est pas susceptible d'une sanction juridictionnelle contrairement à la coutume.

Exemple: La lecture de la constitution qui donne prédominance au chef de l'État avec le cas de la cohabitation de 1986.

Pierre Avril disait "Les conventions entrent dans la définition du régime politique et fournissent le concept intermédiaire qui permet de franchir la distance parfois déconcertante entre le texte et la pratique". Cette pratique doit reconnaître un caractère juridique. Au-delà du texte de la constitution, il faut remarquer qu'elle devient de plus en plus jurisprudentielle. Autrement dit, c'est un acte écrit, mais écrit par le juge constitutionnel. Dominique Rousseau a même dit que la constitution devient une charte jurisprudentielle des droits et des libertés.

SECTION 2: L'établissement et les révisions de la Constitution

I. **L'ÉTABLISSEMENT DE LA CONSTITUTION**

A. **La constitution est l'œuvre du pouvoir constituant originaire**

L'adoption d'une constitution fait appel à un pouvoir de nature particulière, le pouvoir constituant originaire, qui se manifeste soit lors de la formation de l'État, soit en cas de changement de régime politique dans un État préexistant.

Le pouvoir constituant originaire est en principe inconditionné (même lorsqu'il se manifeste dans un État préexistant car par l'adoption d'une nouvelle constitution, il s'agit de renverser l'ordre juridique précédant), illimité puisqu'il se déploie par hypothèse-même sur un terrain juridique vierge. C'est lui qui va être à l'origine du droit.

Le pouvoir originaire ne saurait être conditionné par le droit puisqu'il est la source du droit dans l'État. En d'autres termes, il est en principe libre de choisir la forme sous laquelle il souhaite s'exprimer et le contenu des règles constitutionnelles qu'il souhaite adopter.

Exemple: Les conditions d'élaboration de la constitution du 4 octobre 1958. On a d'abord procédé à une révision sur la base de l'art 90 de la constitution de 1946 qui organisait la procédure de révision de celle-ci, fut votée une loi du 3 juin 1958 qui fixa des conditions de forme et de fond à l'élaboration d'une nouvelle constitution, liant ainsi le pouvoir constituant originaire. Il était censé respecter ces conditions de fond et de forme.

Il y eu beaucoup d'études sur cette manière de procéder. S'agissait-il d'une révision d'abrogation de la constitution de 1946 suivi d'une auto-limitation du pouvoir constituant originaire ? Ou alors, s'agissait-il d'une hétéro-limitation, le pouvoir constituant originaire voyant sa liberté restreinte par le pouvoir constituant dérivé ?

Certaines constitutions (suisse) prévoient une possibilité de révision totale et instituent une procédure à cette fin. Dans ce cas et sauf révolution, même l'adoption d'une nouvelle constitution est l'œuvre du pouvoir constituant dérivé donc d'un pouvoir subordonné et conditionné qui n'est légitime à agir que s'il observe la procédure de révision.

La Suisse est le seul pays à avoir procédé à une révision totale de son texte fondateur. La constitution actuelle du 29 mai 1874 est toujours liée à celle initiale du 12 septembre 1848.

Le pouvoir originaire subit de plus en plus des contraintes externes (qui ne viennent pas du pays lui-même).

Exemple: Les PECO (Pays d'Europe Centrale et Orientale), après la chute du mur de Berlin, dans la mesure où ils aspiraient à devenir membres du conseil de l'Europe et de l'UE, ont dû adopter des constitutions qui correspondaient aux valeurs défendues par ces deux organisations. Il s'agit d'une auto-limitation.

Il est dit dans l'art 49 du conseil : "ne peut adhérer à l'UE que des pays respectant les valeurs de l'UE citées dans l'art 2: démocratie, égalité homme-femme, état de droits, respect des droits de l'homme, séparation des pouvoirs... Des experts de la commission de Venise sont même allés dans ces pays pour les aider

B. Les techniques d'élaboration des constitutions

Le pouvoir constituant est le pouvoir souverain par excellence. C'est lui qui fonde le droit dans l'État. Historiquement, il a d'abord appartenu au roi, qui a longtemps proclamé l'obtenir de Dieu lui-même. Les monarchies étaient des théocraties, marquées par le sacre.

Sous la pression démocratique, les rois ont d'abord été contraints d'octroyer unilatéralement une constitution à leur peuple qui limitait leurs pouvoirs (passer de la monarchie absolue à la monarchie limitée). C'est le cas de la charte de 1814.

Ils ont parfois dû négocier avec le peuple une constitution, celle-ci étant alors l'expression d'un contrat entre le monarque et son peuple. C'est le cas de la charte de 1830. C'est Charles X qui est roi de France et il accepte mal la limitation du pouvoir par la charte de 1814 et finalement c'est Louis-Philippe qui revient de Belgique et il est contraint de négocier avec le peuple français une charte limitant le pouvoir.

La souveraineté est passée du monarque au peuple, le principe démocratique a triomphé. Par conséquent, la constitution doit nécessairement recueillir l'assentiment du

peuple. La légitimité démocratique du peuple l'impose, mais pas le droit. Il s'agit de fonder le droit dans l'État, donc le pouvoir constituant n'est pas lié par le droit. Cette exigence politique de légitimité démocratique (la façon d'obtenir le consentement du peuple) peut s'exprimer de différentes manières.

L'élaboration de la constitution peut être l'œuvre du pouvoir exécutif qui soumettra ensuite le texte à la ratification populaire.

Exemple: La constitution de 1958. Le gouvernement provisoire désigne un comité chargé d'élaborer une nouvelle constitution. Une fois élaboré sur la base de la loi du 3 juin, elle a été soumise à référendum.

La constitution de l'an 8 (1789) ou encore celle de 1852 (mise en place du consulat de Napoléon).

L'élaboration du texte peut aussi être l'œuvre d'une assemblée constituante, soit spécialement convoquée à cet effet (la convention de Philadelphie en 1787 aux USA), soit qui confond entre ses mains le pouvoir constituant et le pouvoir législatif (l'assemblée nationale de 1789), soit cette assemblée élabore le texte et l'approuve (assemblée nationale constituante de 1789 avec la constitution du 3 septembre 1791), soit le texte est encore soumis pour approbation au peuple par voie de référendum après son élaboration (constitution du 27 octobre 1946).

II. **LA RÉVISION DE LA CONSTITUTION**

Cette question ne se pose que pour les constitutions formelle ou rigide (dont la révision est soumise à une procédure spécifique, c'est-à-dire plus contraignante que la procédure d'adoption des lois ordinaires). La question de la révision des constitutions souples ou matérielles car pour celles-ci, aucune forme spéciale n'est prévue, elles peuvent être révisée par une simple loi (constitution britannique).

La rigidité d'une constitution présente l'avantage de soustraire les normes constitutionnelles au jeu de l'alternance politique. Dans ce cas-là, la révision des règles de constitution exigent un accord entre la majorité et l'opposition. Cela permet alors de stabiliser la démocratie car, autrement, dans le cas d'une constitution souple, une majorité pourrait empêcher l'opposition de redevenir majoritaire alors que la possibilité de l'alternance politique constitue le principe-même de la démocratie pluraliste.

Cette distinction entre constitutions souple et rigide, autrement dit entre loi constitutionnelle et loi ordinaire, suppose elle-même une séparation entre pouvoir constituant et pouvoir législatif.

A. Les origines de la distinction entre pouvoir constituant et pouvoir législatif

Après s'être dotée de constitution, les nouveaux états américains continuèrent dans la tradition britannique de considérer leur parlement comme les organes les plus appropriés pour modifier leur constitution. Mais, les parlements de certains états en profitèrent dans certains cas pour porter atteinte aux libertés individuelles (droit de propriété en annulant les dettes des débiteurs insolvable ce qui porte atteinte au droit de propriété des créanciers). Les citoyens américains découvrent alors que les législateurs peuvent devenir des tyrans, bien qu'issus du peuple.

Une réflexion fut alors rapidement menée sur les moyens de mettre la constitution à l'abri des coups portés par l'assemblée législative. Il s'agissait d'établir une distinction entre loi constitutionnelle et loi ordinaire. Thomas Jefferson suggéra qu'il fallait traduire cette distinction sur un plan institutionnel par une séparation organique entre pouvoir constituant et pouvoir législatif. Comme l'a dit Jefferson, "la loi constitutionnelle doit être adoptée par un pouvoir supérieur à celui de la législature". C'est pourquoi, très vite les conventions devinrent le moyen d'adoption de la constitution mais aussi le moyen de révision, ce qui plaçait le pouvoir constituant dans les mains du peuple.

Durant l'expérience révolutionnaire de la France, la distinction entre pouvoir constituant et pouvoir législatif fut essentiellement nominale. Elle s'est exprimée dans les discours, dans les écrits mais pas dans les faits (dans les textes constitutionnels eux-mêmes). L'abbé Sieyès défendit l'idée que le pouvoir constituant appartient à la nation seule qui, par le biais de ses représentants, établit et révisé la constitution.

On a constaté une confusion entre l'assemblée nationale constituante élue le 10 août 1792, la convention, pour donner une nouvelle constitution à la France. Cette convention se reconnut immédiatement compétente pour adopter des lois. On voit ainsi que la tradition française est marquée par l'absence de distinction entre pouvoir constituant et législatif. À l'origine de cette confusion, il y a les deux principales constructions théoriques de la révolution.

La théorie de la souveraineté nationale. Le pouvoir constituant appartient à la nation, mais la nation, à la différence du peuple, est un être collectif, abstrait. Il ne peut s'exprimer que par le biais de représentants. La théorie de la souveraineté nationale aboutit en France à la théorie de la représentation et il n'y a pas de volonté supérieure à celle des représentants, qui sont ceux qui sont élus pour l'assemblée législative.

La doctrine rousseauiste de la loi expression de la volonté générale. Elle est l'expression de la volonté du souverain. La loi est énoncée par le corps législatif qui est le représentant du souverain, c'est-à-dire de la nation et, en tant que représentant, il exerce la souveraineté nationale. Dès lors, il ne saurait y avoir de limite à la loi qui est l'expression de la volonté du souverain.

On en arrive à un transfert de la souveraineté de la nation aux représentants. Autrement dit, un passage de la souveraineté nationale à la souveraineté parlementaire, ce qui a abouti au légicentrisme, le centre du droit positif du droit en France est la loi. Il a prévalu jusqu'à 1971 (le juge constitutionnel pour la première fois a censuré une loi pour violation des droits et libertés énoncés par la constitution française).

À partir du moment où on distingue entre constitution et pouvoir législatif, entre constitution souple et rigide, la révision de la constitution obéit à des limites aussi bien formelles que matérielles.

B. Les limites formelles à la révision de la constitution

La rigidité de la constitution a pour conséquence la nécessité de recourir à une procédure spécifique pour la réviser, distincte de la procédure ordinaire. Il existe des degrés dans la rigidité de la constitution, selon la plus ou moins grande difficulté que présente la procédure de révision par rapport à la procédure législative ordinaire (majorité de 75%, voie de référendum...).

La révision peut d'abord être confiée aux mêmes organes que ceux qui détiennent le pouvoir législatif, la révision étant simplement soumise à des conditions de majorité renforcée.

Exemple: La révision de la constitution allemande à la majorité des 2/3 des membres du Bundestag et 2/3 des voix du Bundesrat.

La révision peut aussi être confiée à une assemblée spécifique, *ad hoc*.

Exemple: la révision de la constitution américaine avec d'abord une initiative qui émane des 2/3 de chacune des chambres du congrès (chambre des représentants et sénat) ou alors 2/3 des représentants des états fédérés. Ensuite, la révision sera élaborée par la convention et ensuite elle doit être ratifiée par les 3/4 des états. Elle peut aussi être simplement révisée par voie de référendum.

C. Les limites matérielles à la révision de la constitution

La révision peut également être limitée dans son contenu et c'est ainsi que l'impératif de suprématie constitutionnelle a conduit plusieurs constituants européens à

traduire cette idée en droit positif en soustrayant à la révision certaines dispositions constitutionnelles jugées intangibles.

Exemple: La loi fondamentale allemande. Dans son art 79 paragraphe 3, la Grundgesetz exclut du champ de révision les principes énoncés 1 et 20, c'est-à-dire les droits fondamentaux, l'état de droit, le principe de l'état fédéral... On appelle ça la clause d'éternité

La constitution italienne, portugaise...

Des limites matérielles sont également posées dans l'art 89 de la constitution française. Elle dispose que "la forme républicaine du gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision". Cela interdirait le rétablissement de la monarchie.

La révision peut-elle porter atteinte aux principes républicains ?

L'existence de ces limites matérielles pousse alors au plus loin la distinction entre pouvoir constituant et pouvoir constitué (dans la mesure où il est prévu par la disposition qui prévoit la révision). Elles introduisent l'idée d'une supra-constitutionnalité. En ce sens, on n'évoque pas les principes métajuridiques qui se situeraient au-delà du droit positif et qui s'imposeraient au droit positif.

Exemple: Le droit naturel.

L'usage de ce terme signifie que certaines dispositions de la constitution échappent au pouvoir constituant dérivé, ce qui introduit une hiérarchie entre l'acte constituant et l'acte de révision.

D. Le caractère impératif des limites posées à la révision

Est-ce qu'une révision constitutionnelle peut-être légalement réalisée en dehors des conditions de forme et de fond posées par la constitution elle-même.

1) **Le caractère impératif des limites formelles**

La constitution ne peut pas être un texte figé. Pour perdurer, elle doit s'adapter à l'évolution politique. Théoriquement, les règles de révision en sont l'instrument, mais ces règles sont parfois difficiles à respecter selon le degré plus ou moins important de la rigidité de la constitution. Les acteurs peuvent être tentés de surmonter l'obstacle procédural par des pratiques qui s'écartent du texte constitutionnel qui aboutissent ainsi à le modifier de façon clandestine, en marge de la révision, du pouvoir constituant dérivé. De tels changements sont de fait très fréquents. On les appelle les révisions ou changements informels. Ces termes désignent le décalage entre le texte et la pratique.

Exemple: La pratique des lois de pleins pouvoirs sous la IVème République votée par le parlement et qui autorisait le gouvernement à modifier par simple décret des lois, pratique qui était en contradiction flagrante avec l'art 13 de la constitution du 27 octobre 1946 "l'assemblée nationale vote seule la loi; elle ne peut déléguer ce droit".

Quel est le statut de ces révisions informelles ? Quel est la valeur juridique ? S'agit-il de simples violations de la constitution ? Peut-on alors leur reconnaître une valeur juridique ? Et dans ce cas-là à quelles conditions ?

Cela a donné des controverses doctrinales sur la licéité sur les coutumes *contra constitutionem*. En bonne logique juridique, l'existence d'une constitution rigide exclut la possibilité d'une coutume *contra constitutionem* car une constitution rigide par définition ne peut être révisée que par la procédure selon laquelle elle a été prévue. La coutume nie même la constitution rigide.

Une coutume ne peut jamais modifier une constitution rigide. La disposition constitutionnelle ne perd jamais sa valeur constitutionnelle, même si elle cesse d'être appliqué =e pendant une longue période. Il ne peut y avoir de règle de droit non écrite qui se substituerait au droit écrit. Il n'y a que des pratiques qui reflètent le rapport de force à un moment donné. Il suffit que ce rapport change et la pratique est abandonnée. C'est la thèse du formalisme.

Les partisans de la théorie réaliste prennent acte du fait de la pratique s'éloigne souvent grandement du texte au point de la réviser *de facto*. Les partisans de cette thèse admettent la coutume comme un habillage juridique du fait peu contestable que le droit constitutionnel est un droit précaire qui ne connaît d'autres sanctions que celles de la réussite ou de l'échec politique.

La thèse défendue par René Capitant dans son article paru dans la revue politique de 1979. Il admet la force constituante de la coutume. Pour lui, la coutume est l'expression de la volonté du souverain, donc de la nation, du fait que la nation cesse d'obéir à une règle constitutionnelle, elle l'abroge implicitement. La nation, détentrice du pouvoir constituant originaire détient à fortiori le pouvoir constituant dérivé. De ce point de vue-là, la coutume est de la nation le constituant suprême permanent. Dès lors, la coutume s'impose au droit écrit.

Pour réaliser la révision constitutionnelle de 1962, De Gaulle a utilisé l'art 11 de la constitution qui permet de soumettre des textes à référendum et non pas l'art 89 qui prévoit la procédure de révision, pour l'élection du président de la république au suffrage universel. L'art 89 impose d'abord que le texte soit voté par les deux chambres dans les mêmes termes. De Gaulle risquait de s'opposer à l'opposition du sénat.

2) **Le caractère impératif des limites matérielles**

Comment justifier l'interdiction de certaines révisions constitutionnelles ? Comment justifier qu'une génération puisse assujettir celles qui la suivent à un texte adopté par elle à une certaine époque ?

Plusieurs objections ont été avancées. La théorie de la supra-constitutionnalité est incompatible avec le principe de la souveraineté nationale, du peuple.

Le doyen Vedel soutenait que pour échapper à la limite matérielle de la révision de la constitution, il suffirait au pouvoir constituant dérivé de réviser au préalable l'art 89 dans le respect de la procédure prévue par cette disposition. Il n'y a pas de différence de nature entre les deux pouvoirs.

3) **La distinction entre le pouvoir constituant et le pouvoir de révision**

La querelle sur le caractère impératif et formel tourne autour de la distinction entre pouvoir constituant originaire et pouvoir de révision.

En revanche, la nature et les caractères du pouvoir de révision sont controversés. En effet, contrairement au pouvoir constituant originaire, le pouvoir de révision est un pouvoir institué par la constitution. C'est pouvoir constituant dérivé (de la constitution) ou constitué. Il est subordonné à la constitution, il est conditionné par la constitution. Il y aurait une hiérarchie entre les deux pouvoirs. Le pouvoir constituant originaire peut tout faire.

Ce raisonnement ne pose pas beaucoup de difficultés quand le pouvoir de révision est confié à un organe distinct de celui qui détient le pouvoir constituant originaire. Dans l'hypothèse où le pouvoir de révision appartient au peuple qui doit approuver la révision par voie de référendum, il y a plus de difficultés.

a. ***Thèse doctrinale en présence***

Cette thèse prend acte de l'unicité organique du pouvoir originaire et constitué. Elle défend l'identité de nature des deux pouvoirs et par conséquent, la souveraineté du pouvoir constituant dérivé. Il suffit au pouvoir constituant dérivé de modifier l'art 89 et il ne sera plus lié par les limites.

À supposer même que le pouvoir constituant dérivé soit subordonné, il doit respecter les limites posées à la révision, on pourra toujours dire s'il ne les respecte pas, qu'il a en fait agi en tant que pouvoir constituant originaire.

C'est ce que disait Sieyès dans "Qu'est-ce que le tiers-état ?", il affirme la liberté permanente de modifier la constitution "*de quelque manière qu'une manière veuille, il suffit qu'elle veuille, toutes les formes sont bonnes et sa volonté est toujours la loi suprême*". À cette thèse démocratique s'oppose la thèse normativiste.

Selon cette thèse, lorsque le peuple intervient pour réviser la constitution, il le fait en application d'une loi constitutionnelle. Il intervient donc en qualité de pouvoir institué et non pas originaire. Dès lors, il doit respecter les limites de la disposition qui l'habilite à agir sous peine de se dépouiller de son titre de compétence. Le fait que le peuple soit en même temps titulaire du pouvoir originaire ne saurait l'en dispenser. Les conditions qu'il pose à la révision en qualité de pouvoir originaire apparaissent dans ce cas comme une auto-limitation qu'il doit respecter lorsqu'il apparaît comme pouvoir dérivé. S'il ne le veut pas il faut qu'il change la constitution et non la révisé. Il doit fonder un nouvel ordre juridique.

b. Les éléments de réponse jurisprudentielle

La thèse démocratique trouve un appui dans la réponse jurisprudentielle. En effet, le conseil constitutionnel a estimé que les révisions opérées par voie de référendum constituent l'expression de la souveraineté nationale et par conséquent, il refuse de contrôler de telles révisions.

Il en est ainsi même lorsque les révisions ont été adoptées par la voie du congrès (art 89), sans les considérer comme l'expression directe de la souveraineté nationale, de les contrôler. Si limite il y a, elles ne sont pas contrôlées par le juge constitutionnel en France. Exemple: Révision constitutionnelle du 6 novembre 1962 par référendum et le 26 mars 2003 par le Congrès sur le renforcement de la décentralisation.

Cette distinction n'est pas sanctionnée juridictionnellement en France à la différence de l'Allemagne. La Cour constitutionnelle fédérale allemande accepte de soumettre à son contrôle pour vérifier qu'elles ont bien respecté les limites posées par la clause d'éternité.

SECTION 3: La protection de la Constitution

La constitution doit être logiquement dotée d'une suprématie parce qu'elle est la norme fondamentale dont découle la validité de toutes les autres normes. Ces dernières, pour être valides, doivent lui être conformes. La constitution donnant aux organes étatiques, pouvoirs publics leurs titres de compétence, ceux-ci doivent respecter les limites qui leur sont imposées sous peine de se voir retirer ces compétences. Cette suprématie d'ordre logique demeure toute théorique si elle ne se traduit pas premièrement par la rigidité d'une instauration constitutionnelle. En outre, bien plus, cette suprématie n'acquiert qu'une réelle effectivité si l'interdiction faite au législateur de modifier la constitution est sanctionnée, sinon, la loi, faute de sanction, peut modifier la constitution. Il faut donc une protection de la constitution et aujourd'hui cette protection est surtout le fait d'une justice constitutionnelle, qui peut se combiner avec une protection politique, assurée par des organes politiques.

La constitution de 58 fait du chef de l'état le gardien de la constitution (art 5). Par ailleurs, par le procédé de la question préalable, tout parlementaire peut soutenir qu'il n'y a pas lieu de délibérer car le texte soumis à examen est inconstitutionnel. Elle a abouti à une auto-limitation. Comme sanction politique, il y a le droit de résistance à l'oppression (art 2 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen).

I. LES ORIGINES DE LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

Elles se situent aux USA. Pourtant, la constitution fédérale du 17 septembre 1787 n'avait pas explicitement prévu de dispositif de contrôle de constitutionnalité des lois. La seule chose qu'on trouvait dans la constitution, c'est l'art 3 section 1 précisait que "le

pouvoir judiciaire des USA est dévolu à une cour suprême". C'est de manière prétorienne (de sa propre autorité) que la cour a revendiqué le rôle de gardien de la constitution dans son célèbre arrêt *Marbury contre Madison* de 1803, reprenant les idées développées par Hamilton dans "le fédéraliste". Ce sont des commentaires de la constitution fédérale qui ont été écrits tout de suite après la rédaction de la constitution, par Madison, Jay et Hamilton. Ce raisonnement de Hamilton, la cour va le reprendre dans cet arrêt.

À l'origine de l'affaire, il y a eu des élections à l'issue desquelles le parti fédéraliste fut battu et ce sont les républicains (moins de centralisation) qui gagnaient et avant de quitter le pouvoir, le président du parti John Adams s'empessa de nommer une série de juges fédéraux plutôt favorables aux idées fédéralistes. Tous les actes d'affectation qui doivent suivre la nomination n'avaient pas pu arriver à temps, parmi ces nominations, il y avait celle de Marbury et le nouveau président Jefferson et son secrétaire d'état Madison décidèrent de s'opposer à la nomination de Marbury en refusant de signer l'acte d'affectation. Marbury attend alors un recours à la cour suprême en lui demandant d'enjoindre à l'administration fédérale une injonction de procéder aux affectations. À cet effet, il se fonde sur une loi fédérale, le *judiciary act* (1789). C'est le président de la cour suprême qui est chargé de rédiger l'arrêt, John Marshall, *Chief justice*. Il rédige que la cour suprême ne peut pas adresser une telle injonction car la loi prévoyant cette possibilité est contraire à la constitution fédérale. Il nous dit que la constitution prime sur tout acte législatif, par conséquent la loi contraire doit être écartée du litige par le juge qui, se faisant, ne fait que remplir sa mission de juge qui est de déterminer la loi applicable au litige.

Quand un litige s'applique à deux textes contradictoires, une loi fédérale et la constitution, il faut que le juge choisisse lequel. Le principe de suprématie fédérale, le juge doit écarter la norme inférieure et appliquer la loi de la constitution fédérale.

De cette manière se trouve affirmé le pouvoir de tout juge de contrôler la constitutionnalité des lois car ça rentre dans la mission normale du pouvoir judiciaire, qui est de trancher les litiges.

La tradition constitutionnelle européenne est restée longtemps imperméable à la solution américaine. Avant la seconde guerre mondiale, l'idée de limiter les pouvoirs des parlements n'avait pris corps que de façon exceptionnelle. Seule l'Autriche avait dès 1920 sous l'influence de Hans Kelsen créé un tribunal seul chargé de rendre la justice constitutionnelle. Particulièrement en France, l'idée de contrôler le parlement a tardé à s'imposer, cela en raison de la force du principe de souveraineté du parlement qui a conduit à la tradition bien française du légicentrisme (il n'y a pas de raison juridique au-delà de la loi votée par le parlement). Cette tradition a perduré jusqu'en 1971, avec une décision du conseil constitutionnel, le législateur se trouve enfin soumis à la constitution.

La situation a changé en Europe généralement. Un contrôle de constitutionnalité des lois s'est imposé en Europe, d'abord dans les deux grands pays vaincus lors de la seconde guerre mondiale (Allemagne et Italie). Cette idée s'est imposée dans les années 70 dans les états qui sont sortis de la dictature (Portugal après le régime des militaires, Espagne après la mort de Franco, Grèce après le régime des colonels).

Le contrôle s'est enfin imposé après la chute du communisme à l'ensemble des pays d'Europe centrale et orientale. La mise en place d'une justice constitutionnelle est aussi une des conditions d'adhésion à l'UE.

En Europe, aujourd'hui, il y a encore quelques exceptions avec l'Angleterre ou encore la Finlande et les Pays-Bas (aucun contrôle de constitutionnalité).

La réception des idées de Kelsen sur la pyramide des normes, mais surtout des facteurs politiques ont motivés cette évolution, avec la prise de conscience de la nécessité de défendre, de protéger les droits de l'homme, y compris contre le législateur, représentant du peuple. En effet, l'expérience des dictatures et des systèmes totalitaires a

révélé que la loi pouvait être tyrannique, oppressive, a révélé que le parlement représentant du peuple n'était pas toujours le meilleur agent de la protection des droits et des libertés des individus.

Autrement dit, la loi n'est pas toujours l'expression de la volonté générale. Souvent, ce n'est l'expression que 'une majorité parlementaire à prétention tyrannique. Autrement dit, à la vieille idée de liberté par la loi (le peuple votant la loi par le biais de ses représentants) s'est substituée l'idée d'une protection des libertés contre la loi.

Contrairement au modèle américain, cette justice constitutionnelle n'a pas été confiée à un juge ordinaire, mais à une juridiction spécialisée.

II. **LE MODÈLE AMÉRICAIN: LE CONTRÔLE DIFFUS OU DÉCENTRALISÉ**

Aux USA, le contrôle de constitutionnalité n'a pas été confié à une juridiction spéciale, comme le plus souvent en Europe, mais est exercé par des tribunaux ordinaires, fédéraux ou étatiques, sous l'autorité régulatrice de la cour suprême fédérale. C'est pourquoi on parle de contrôle diffus, soit décentralisé. Le système judiciaire américain est hiérarchisé et à sa tête, en dernier ressort se trouve la cour suprême.

A. L'organisation judiciaire américaine

Elle comporte un double réseau de juridictions. Le premier est constitué des juridictions des états fédérés avec des juridictions de première instance, d'appel et une cour suprême pour chaque état. Elle reproduit l'organisation judiciaire fédérale. Ces tribunaux étatiques exercent un contrôle de constitutionnalité des lois étatiques (les juridictions du Texas exercent un contrôle sur les lois du Texas par rapport à la constitution du Texas). Elles exercent un contrôle étatique par rapport au droit fédéral, mais dans ce cas-là, sous réserve d'appel aux juridictions fédérales est en dernier ressort de la cour suprême. En vertu du principe de suprématie de la constitution, il y a un double contrôle des juridictions des états fédérés.

Pour ce qui est de l'échelon fédéral, le pouvoir judiciaire est confié en première instance à des cours de districts, en deuxième instance à des cours d'appel et en dernière instance à la cour suprême américaine. Le droit fédéral ne peut être contrôlé que par des juridictions fédérales.

La cour suprême est placée au sommet et elle a le pouvoir de casser les décisions des juridictions inférieures, fédérales comme étatiques. Elle concentre les rôles qui en France sont assumés par le conseil d'état, la cour de cassation et le conseil constitutionnel.

La cour suprême est composée de 9 juges nommés par le président à vie sous réserve de l'accord du sénat. Ils sont inamovibles (sauf en cas de trahison, de corruption avec la culpabilité du juge votée aux 2/3 par le sénat).

B. Les modalités du contrôle

1) **L'objet du contrôle**

Le contentieux constitutionnel que le juge ordinaire peut être amené à traiter porte sur les lois mais aussi sur les actes de l'exécutif et sur les décisions juridictionnelles elles-mêmes.

Ce contrôle est un contrôle concret dans la mesure où il s'exerce à l'occasion de litiges ordinaires dont la solution dépend de la résolution d'une question préalable de constitutionnalité. Le juge ordinaire et en dernière instance la cour suprême ne peuvent pas en matière abstraite (en absence d'un litige) se prononcer sur la constitutionnalité d'un acte.

Exemple: En vertu d'une loi dans un état, un individu est condamné à la peine capitale pour excès de vitesse, l'avocat soulève l'inconstitutionnalité d'une loi violant le principe de proportion des peines par rapport à l'infraction.

2) **Contrôle à posteriori**

Il s'agit de régler un litige concret, particulier, auquel se pose le problème de l'applicabilité d'une norme. Par nature-même, ce contrôle de constitutionnalité ne peut s'exercer qu'à posteriori, c'est-à-dire après l'entrée en vigueur de la norme litigieuse, supposée contraire à la constitution. Ce contrôle est le plus souvent déclenché par la justiciable, qui, à l'occasion d'un litige, soulève pour se défendre la question de la constitutionnalité de la loi qu'on lui reproche d'avoir méconnu en demandant au juge d'en écarter l'application au litige qui n'est enfermé dans aucun délai dans la norme.

3) Contrôle par voie d'exception (incident ou indirect)

S'agissant d'un contrôle concret, le contrôle ne peut être qu'incident. En d'autres termes, la question d'inconstitutionnalité n'est pas posée in abstracto mais à l'occasion d'un procès en cours. À l'occasion de ce litige principal, l'une des parties, pour contester l'application d'une norme qui pourrait lui être faite, excipe (soulève par voie d'exception) son inconstitutionnalité. Le juge chargé du procès (du litige au principal ou de l'affaire au principal) doit alors trancher la question préalable de constitutionnalité, soit la question incidente ou accessoire. Il doit trancher celle-ci lui-même parce qu'elle détermine la norme applicable au procès au principal.

Quand on dit que pour le juge une question revêt un caractère préalable, ça veut dire qu'il est compétent pour la trancher lui-même.

4) Les effets du contrôle

S'agissant d'un contrôle par voie d'exception, la déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par le juge n'a en principe qu'un effet relatif ou inter partes. Autrement dit, cette déclaration d'inconstitutionnalité ne vaut que pour le procès à l'occasion duquel la question d'inconstitutionnalité a été soulevée et a simplement pour effet d'écarter l'application de la norme à effet inconstitutionnel au litige. La norme déclarée inconstitutionnelle ne disparaît pas de l'ordonnement juridique mais elle pourra continuer à recevoir d'autres applications dans d'autres litiges.

L'inconvénient du contrôle concret se situe du côté de la déclaration d'inconstitutionnalité et elle n'a qu'un effet relatif, avec une autorité relative.

Cet inconvénient n'est atténué dans la pratique parce que la plupart des litiges qui posent des questions d'inconstitutionnalité remontent jusqu'à la cour suprême fédérale, qui, en théorie ne statue aussi qu'inter partes, ce qui laisse les juridictions inférieures libres de retenir une autre solution à propos de la même question de constitutionnalité mais dans une autre affaire.

Cela étant, il existe la force du précédent judiciaire qui fait que, alors qu'ils n'y sont par juridiquement pas obligés, les juridictions inférieures suivront l'interprétation développée par la cour suprême à l'occasion d'une affaire mais l'occasion d'autres affaires. De la sorte, la norme jugée inconstitutionnelle par la cour suprême perdra en pratique toute effectivité.

III. LE MODÈLE EUROPÉEN DE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE: LE CONTRÔLE CENTRALISÉ

En Europe, le contrôle de constitutionnalité des lois n'est le plus souvent pas confié au juge ordinaire. Il est centralisé, c'est-à-dire confié à une juridiction constitutionnelle unique spécialement chargée de cette tâche. Celle-ci a donc le monopole du contentieux constitutionnel. Ce modèle a connu sa première illustration dans les années 20 en Autriche et s'est par la suite diffusé dans quasiment tous les pays européens. Au-delà des particularités de contrôle dans chaque pays, quelques traits communs peuvent être relevés.

C'est un contrôle concentré, c'est-à-dire confié à une juridiction unique, qui dispose du monopole du contrôle de constitutionnalité des lois. Ce contrôle est confié à une juridiction spécialisée. Elle ne se situe pas à la tête de l'appareil judiciaire, mais en dehors. Le contrôle qu'elle exerce est souvent un contrôle abstrait par voie d'action. Autrement dit, la question de constitutionnalité est posée in abstracto, indépendamment de tout procès en

cours. La juridiction est saisie par une autorité publique, voire un simple justiciable sur une simple question de la constitutionnalité de la loi. Elle est amenée à confronter la norme constitutionnelle à la loi attaquée en sorte qu'elle statue sur cette dernière en elle-même et qu'elle ne statue pas sur son application dans un litige particulier.

Exemple: En France, après le vote d'une loi, le président de la république, le premier ministre, le président du sénat, le président de l'assemblée, 60 députés ou 60 sénateurs peuvent saisir le conseil constitutionnel sur la question de la constitutionnalité de la loi.

Bien sûr ce contrôle abstrait est combiné avec un contrôle concret par voie d'exception (Allemagne). Dans ce cas-là, il consiste pour les tribunaux ordinaires, saisis d'un litige à l'occasion duquel se pose une question accessoire de constitutionnalité sursoit à statuer et renvoie par voie préjudicielle l'examen de cette question à la juridiction constitutionnelle. En fonction de la réponse, il tranchera le litige.

Pour le juge du principal, la question préjudicielle est la question principale dans le cas où il n'est pas compétent pour le juger lui-même. Il doit alors renvoyer cette question à la juridiction constitutionnelle.

Le contrôle peut être exercé à priori ou à posteriori selon le cas. S'agissant du contrôle concret, il ne pourrait s'exercer en théorie qu'à posteriori. Pour le contrôle abstrait, il peut être exercé soit à priori soit à posteriori, soit avant soit après l'entrée en vigueur de la loi attaquée.

Enfin, les décisions rendues ont autorité absolue de choses jugées (et non relatives), c'est-à-dire que chaque fois que le juge statue de manière abstraite sur la constitutionnalité d'une norme, la déclaration d'inconformité ou de conformité produit un effet *erga omnes* (à l'égard de tous et non pas seulement inter partes soit entre les parties). C'est vrai quand il est exercé par voie d'exception.

IV. HISTORIQUE DE LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE EN FRANCE

A. La situation antérieure avant l'apparition de la justice constitutionnelle

1) De 1715 à 1814

Le roi de France était en principe tenu de respecter les lois fondamentales du royaume et pour lui en imposer le respect, les parlements usaient de la faculté d'adresser au roi des remontrances afin de faire obstacle à l'enregistrement des mesures royales, qu'elles estimaient inconstitutionnelles et cela particulièrement sous Louis XV et Louis XVI.

Parallèlement, les parlements tentèrent d'augmenter le nombre des lois qu'ils considéraient comme fondamentales y ajoutant des principes favorables aux citoyens. Le monarque conservait cependant le dernier mot. Il pouvait surmonter le refus d'enregistrement soit par un ordre exprès (lettre de jussion) ou alors par son déplacement en personne devant le parlement, sa présence suspendant la compétence de justice (lit de justice).

L'assemblée nationale constituante énonce le principe de suprématie de la constitution, mais deux facteurs ont conduit à priver cette suprématie d'effectivité. D'abord, la sacralisation de la loi définie comme l'expression de la volonté générale (art 6 de la DDHC), ensuite, la difficulté d'organiser un contrôle d'organisation des lois à partir du moment où il y a un refus catégorique de confier cette mission à des juges car les parlements d'ancien régime étaient perçus par les révolutionnaires de 1789 comme les bastions de défense des privilèges. D'où l'art 10 de la loi des 16 et 24 août 1790 qui interdit au juge ordinaire de suspendre l'exécution des lois. On a proposé lors de l'élaboration de la constitution de 1795 (an III) de mettre en place un organe spécialisé, le jury constitutionnaire composé de 108 anciens membres des assemblées nationales qui auraient le pouvoir d'annuler les lois constitutionnelles. Mais cette proposition a été repoussée. Sous l'influence de Sieyès, l'une des assemblées de la constitution du 15 décembre 1799 (an VIII), le sénat conservateur s'est vu reconnaître le pouvoir d'annuler pour inconstitutionnalité les actes du corps législatif qui lui serait conféré par le tribunal.

2) De 1814 à 1870

Ni les chartes de 1814 et 1830, ni la constitution républicaine de 1848 ne prévoient de contrôle de constitutionnalité des lois, cette lacune va alors conduire les juges ordinaires à répondre à des mises en causes de la constitutionnalité de textes législatifs réglementaires selon le modèle diffus. Les juges ordinaires n'hésiteront pas à contrôler la constitutionnalité des textes réglementaires. En revanche, ils refuseront de le faire lorsqu'est mis en cause un texte législatif. L'arrêt du 11 mai 1831, Paulin où la cour de cassation refuse de juger l'œuvre du législateur. La constitution de 1852 prévoit un contrôle de constitutionnalité au profit du sénat sur le modèle du sénat conservateur de la constitution de l'an VIII. Ce contrôle n'a jamais mis en œuvre.

3) De 1875 à 1958

Les trois lois constitutionnelles qui forment la constitution de la III^{ème} république ne prévoient pas de contrôle de constitutionnalité des lois. Mais les professeurs de droit ont préconisé l'exercice d'un contrôle de constitutionnalité par les juges ordinaires sur le modèle américain avec Duguy ou Auriou entre autres. La cour de cassation a maintenu son refus traditionnel et le conseil d'état également dans le célèbre arrêt Arrighy du 6 novembre 1936.

La constitution de 1946 créa un comité constitutionnel présidé par le président de la république et qui comprenait les présidents des deux chambres ainsi que 10 personnalités élues non membres du parlement par les parlementaires à la représentation proportionnelle des groupes politiques. Ce comité constitutionnel avait pour rôle d'examiner la constitutionnalité des lois votées par l'assemblée nationale, et c'est la constitution qui devait être modifiée et non la loi dans le cas contraire. Étant donné les modalités de saisine très restrictives et que les droits et libertés énoncés par le préambule, ce droit ne s'exerça quasiment jamais en pratique.

B. L'avènement de la justice constitutionnelle

Faisant suite à toutes ces tentatives avortées, la constitution du 4 octobre 1958 ou plutôt l'interprétation qui lui a été donnée, a consacré d'une manière imprévue l'existence d'une justice constitutionnelle. Le conseil constitutionnel instauré n'a pas explicitement été conçu par la constitution comme une cour constitutionnelle chargée de leur fonction de gardien de la constitution. Il a été mis en place pour assurer un rôle de défenseur de l'exécutif (président et gouvernement), chargé de sanctionner tout empiétement de la loi sur le domaine du règlement. L'art 34 de la constitution fixe la liste des matières dans lesquelles le parlement peut légiférer et pour éviter que la loi dépasse son domaine, on met en place le conseil constitutionnel. On prévoit à cet effet des mécanismes de contrôle de la loi et de respect des compétences normatives de la loi.

En réalité, le conseil constitutionnel a su se dégager de ce rôle de police des frontières entre la loi et le règlement, rôle dans lequel les constituants voulaient le cantonner pour devenir le garant des droits et libertés des individus. En effet, le conseil contre toute attente va se poser comme protecteur des droits fondamentaux énoncés par la constitution contre les atteintes qui leur seraient portées par le législateur. La décision du 16 juillet 1971 en est la plus importante. C'est la première décision qui aboutit à la censure d'une loi à la méconnaissance d'un droit fondamental garanti par la constitution, ici le droit d'association. Ce faisant, le conseil reconnaît par la même occasion valeur juridique au préambule car c'est là que sont énoncés les droits fondamentaux. Par la suite, le conseil va développer une jurisprudence extrêmement riche qui va révéler toutes les potentialités dans le préambule dans la sauvegarde des libertés. Celle-ci se trouve ainsi élevée à la valeur constitutionnalité, ce qui les soustrait à la majorité parlementaire qui se trouverait hégémonique.

Il va être amené au fil de sa jurisprudence à l'effectivité des droits et libertés dans le préambule et ce faisant il va jouer un rôle normatif considérable compte tenu de

l'imprécision des lois. La constitution devient pour une grande partie également une charte jurisprudentielle des droits et des libertés. La liste de ces libertés ne ressort pas uniquement du texte constitutionnel mais ressort surtout de la lecture de ce texte fait par le conseil.

Exemple: Décision conseil de 1977, contre une loi qui menaçait l'enseignement privé en France contre la violation du principe constitutionnel de l'enseignement.

Cette montée en puissance du conseil a été grandement favorisée par la réforme constitutionnelle du 29 octobre 1974 par laquelle le droit de saisine a été ouvert à 60 députés ou 60 sénateurs, donc à l'opposition. Elle a encore été récemment davantage confortée par l'introduction d'un mécanisme de contrôle à posteriori par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui a introduit un article 61 paragraphe 1 dans la constitution. On appelle la QPC, la question prioritaire de constitutionnalité. Elle permet à tout justiciable de soulever par voie d'exception dans le cadre d'un procès le concernant la violation des droits et des libertés garanties par la constitution par la loi qui doit être appliquée. Si le tribunal saisi estime la question recevable, il la transmet selon le cas au conseil d'état ou à la cour de cassation, qui si elles estiment la question sérieuse, la transmettent au conseil constitutionnel. Il est donc saisi par voie préjudiciaire et il doit se prononcer dans les 3 mois. S'il déclare la loi contraire aux droits et libertés, cette déclaration d'inconstitutionnalité emporta l'abrogation de la loi, c'est-à-dire la disparition de ses effets pour l'avenir.

Cela réduit l'écart entre le conseil constitutionnel et les cours et amplifie le principe d'état de droit. Cela étant, le conseil constitutionnel n'en conserve pas moins une compétence limitée en matière de contrôle de constitutionnalité, une compétence bien moindre que celle d'autres cours constitutionnelles notamment de la cour constitutionnelle fédérale allemande, italienne, ou espagnole. Le conseil constitutionnel est obligatoirement saisi de la constitutionnalité des lois organiques. Il peut être saisi de la constitutionnalité des lois ordinaires, soit à priori, soit à posteriori et il peut être saisi à priori seulement des engagements internationaux, des lois de pays votées par le congrès de Nouvelle-Calédonie. Par contre, échappe à sa compétence les actes administratifs (règlements), l'appréciation de leur constitutionnalité relève du juge administratif (en dernier ressort du conseil d'état). Il ne peut pas non plus être saisi des actes de droit privés (juge judiciaire et dernier ressort la cour de cassation) et la décision du conseil d'état ou d'un arrêt de la cour de cassation. Il ne peut pas être saisi de la constitutionnalité de pratique institutionnelle.

Le conseil n'a pas le monopole du contentieux constitutionnel et il n'est pas le seul interprète authentique de la constitution (dont l'interprétation s'impose), car il n'est pas le seul gardien de la constitution.

V. **LA LÉGITIMITÉ DE LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE**

Comment expliquer que des juges non élus puissent s'opposer à ce qui dans la personne de ces représentants constitue la nation souveraine ?

Pour les positivistes, le contrôle de constitutionnalité respecte les principes démocratiques parce que lorsque le conseil constitutionnel censure une loi, il ne censure pas l'expression de la volonté générale mais il indique simplement que la norme contenue dans la loi ne pouvait être adoptée en suivant la procédure législative ordinaire mais devait suivre la procédure de révision constitutionnelle. Ce faisant, il oblige les pouvoirs constitués à respecter la volonté du pouvoir constituant, étant l'organe premier et suprême de la volonté générale, autrement dit, le souverain populaire.

Pour les jusnaturalistes, le contrôle de constitutionnalité n'est que la conséquence des caractères universels intangibles et transcendants des droits de l'homme, car ils sont liés à la nature-même de l'homme. Ce sont des droits antérieurs et extérieurs à l'État et supérieurs à tout pouvoir politique. En étant gardien de la constitution, le juge

constitutionnel se fait gardien de ces droits de l'homme et par là même, il se porte garant du respect par l'État de sa finalité, qui n'est autre que le respect des droits de l'homme. En veillant au respect de la finalité à tout pouvoir politique, il veille à ce que l'État soit démocratique car la notion moderne de démocratie ne se résume pas au respect de la volonté majoritaire. Elle suppose aussi le respect des droits de l'homme. Le juge constitutionnel apparaît alors comme l'instrument permettant d'imposer au pouvoir majoritaire le respect des droits et libertés et par là même, le respect de la démocratie.

Le problème, c'est que le juge constitutionnel ne se contente pas d'appliquer des normes constitutionnelles qui possèderaient en elles-mêmes leur signification. Très souvent, en imposant le respect des normes constitutionnelles, il en détermine la signification (en fixe le sens). Autrement dit, il crée lui-même cette règle et en impose le respect au pouvoir constitué.

Kelsen a montré que l'acte d'interprétation d'une règle de droit n'est pas un acte de connaissance, il s'agit pour l'interprète de connaître le sens de la règle, c'est un acte de volonté, en réalité le texte juridique est ouvert à toute une série de significations et il n'y a que le juge qui, en appliquant ce texte, en fixe le sens.

Pour des raisons liées à Montesquieu, il présentait le pouvoir judiciaire comme une puissance invisible et nulle. Il est un simple médium qui ne fait que penser les paroles de la loi, dépourvu de caractère créateur. Le juge n'a pas la légitimité pour empiéter sur le pouvoir législatif.

Les partisans de la théorie réaliste de l'interprétation (Michel Troper) ont montré qu'un texte juridique n'est qu'un énoncé linguistique et le juge constitutionnel avec son pouvoir d'interprétation, en fait une règle juridique.

Les droits et principes énoncés par la plupart des textes constitutionnels (DDHC et préambule de la Constitution de 46) sont de plus en plus énoncés de façon imprécise. Il faut souvent concilier ces principes qui peuvent s'avérer contradictoires. Le juge, en réalité en les interprétant, s'érige en co-auteur de la norme car encore une fois interpréter, c'est déterminer ce qu'est la norme dans le texte.

Exemple: Dans le préambule de la constitution de 46, il est énoncé les principes fondamentaux. Ce fut au juge constitutionnel qui a eu la tâche d'établir ces principes fondamentaux. En réalité, cette catégorie imprécise s'explique par le fait que la constitution de 46 et son préambule avaient été élaborés par une majorité composée du Parti communiste-socialiste et des Chrétiens démocrates.

Le juge s'expose aux reproches récurrents du gouvernement des juges. André Lémiels a dit "vous avez juridiquement tort parce que vous êtes politiquement minoritaires". Il n'y a rien au-delà de la volonté du peuple, exprimée par ses représentants. Malgré tout, le contrôle de constitutionnalité respecte le principe démocratique car le juge constitutionnel n'a pas le dernier mot car les pouvoirs publics peuvent toujours, pour parvenir à leurs fins, réviser la constitution sur laquelle le juge constitutionnel s'est appuyé pour faire barrage à une loi. D'autre part, selon Michel Troper, le contrôle de constitutionnalité demeure compatible avec la démocratie car le juge, même s'il n'est pas élu, est aussi un représentant de la nation et en participant à la formation de la loi, il contribue lui aussi à l'expression de la volonté générale. Tous les jugements sont rendus en France au nom de la nation.

Chapitre 3: LES MODALITÉS DE L'ORGANISATION DU POUVOIR POLITIQUE: LA DÉMOCRATIE

De nos jours, par l'établissement d'une constitution, le peuple met le plus souvent en place un régime démocratique. La démocratie est en effet en tant que tel un principe de légitimité du pouvoir politique qui, aujourd'hui est revendiqué par la plupart des régimes politiques existant dans le monde.

Selon Kelsen, le mot d'ordre de démocratie domine les esprits depuis le XVIII^{ème} siècle et pour cette raison le mot de démocratie, comme tout mot d'ordre, perd son sens précis. Il importe donc de préciser la notion de démocratie au sens juridique du terme. À cet égard, dire que le pouvoir politique dans l'État appartient au peuple n'est pas inexacte mais est insuffisant pour caractériser un régime démocratique. En effet, le concept de démocratie renvoie à plusieurs principes, à plusieurs formes de gouvernement. Autrement dit, le régime démocratique s'accommode d'une grande diversité dans l'organisation et du fonctionnement du pouvoir d'État.

SECTION 1: La notion de démocratie

Il est difficile de donner de la démocratie une définition scientifique rigoureuse et stable parce que la démocratie, ce n'est pas seulement une formule ou une forme d'organisation politique, c'est aussi une valeur, cad elle exprime l'inaliénable vocation des hommes à prendre en charge leur destin collectif. Cette dimension axiologique confère au concept de démocratie un dynamisme, l'idée démocratique se faisant de plus en plus exigeante au fur et à mesure que ses impératifs sont satisfaits. Il en résulte un enrichissement perpétuel du concept de démocratie, ce qui veut dire que, la définition qu'on en donne, ne peut jamais être davantage qu'un reflet de la réalité démocratique du moment.

La démocratie n'en reste pas moins un principe relatif à la détention et à l'exercice du pouvoir politique étatique qui impose que ce dit-pouvoir soit constitué, légitimé et contrôlé par les citoyens. La formule célèbre attribuée au président Abraham Lincoln "la démocratie c'est le gouvernement du peuple, par le peuple, pour le peuple", est rappelée dans l'art 2 de la Constitution du 4 octobre 1958. La démocratie signifie d'abord que l'origine du pouvoir politique dans l'État réside dans le peuple. La souveraineté, soit la puissance suprême de commandement, réside dans le peuple.

La justification de cette origine démocratique du pouvoir réside dans l'égalité de droits dont jouissent tous les citoyens. Cette égalité de droits de participation politique garantit que l'exercice du pouvoir politique tendra toujours à préserver la liberté de chacun et que ce faisant, le régime démocratique sera un gouvernement pour le peuple.

Ainsi, légalité et la liberté apparaissent comme les fondements de la démocratie. Si le pouvoir politique est la chose de tous, si tous les citoyens ont le droit de participer aux affaires de la cité, la prise de décision politique se fait à la majorité.

I. LES FONDEMENTS DE LA DÉMOCRATIE: L'ÉGALITÉ ET LA LIBERTÉ

La démocratie tend en effet à se caractériser par un lien social placé sous le signe de l'égalité et par une forme politique susceptible d'exprimer l'idéal de liberté. Déjà l'égalité et la liberté constituaient les bases du modèle démocratique athénien. À Athènes, la démocratie se concevait par un gouvernement par les lois. Les citoyens étaient également soumis aux lois et ils disposaient d'un droit égal de participer à leur élaboration et d'accéder aux magistratures. Ce gouvernement par les lois assuraient leurs libertés car "il leur permettait de gouverner et d'être gouvernés à tour de rôle, donc n'être gouvernés par absolument personne" (Aristote).

Dans la philosophie des Lumières, comme chez Rousseau, la démocratie est aussi régie par ces deux principes essentiels, la liberté et l'égalité.

Plus précisément, pour Kelsen, c'est l'idée de liberté et non celle d'égalité qui tient la première place dans l'idéologie démocratique. En effet, "chacun doit être le plus libre possible, donc, tous doivent l'être également", dit-il. Par suite, chacun doit participer à la formation de la volonté générale, donc tous doivent y participer de façon égale.

Chez Rousseau comme chez les anciens, si la liberté s'épuise dans la participation au pouvoir étatique, dans la participation à la formation de la volonté générale et dans la soumission à la volonté générale.

Chez les modernes, les libéraux, la liberté n'est plus seulement la liberté politique soit la liberté de participation politique. La liberté c'est aussi et avant tout la liberté individuelle, inhérente à tout personne humaine, grâce à laquelle il doit être en mesure d'assumer son destin, la liberté-autonomie. En conséquence, sauf à nier cette liberté individuelle, les limitations à l'activité de l'individu, il doit se les donner lui-même de façon autonome. Autrement dit, pour préserver sa liberté individuelle et la protéger contre l'arbitraire du pouvoir politique, la solution consiste à associer les citoyens à l'exercice du pouvoir politique. Pour eux, la liberté politique, le droit égal de tous les citoyens à participer au pouvoir politique, est le moyen de préserver la liberté individuelle.

La démocratie, soit la liberté politique et la séparation des pouvoirs, apparaît comme l'instrument-même de préservation de la liberté autonome.

La liberté de participation politique qui caractérise la démocratie ne s'épuise pas dans le droit de suffrage (vote). Elle implique aussi le droit d'égal accès aux fonctions publiques, les libertés d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse, les libertés d'association et de réunion. Selon Ernst Wolfgang Bockenforde dans son ouvrage, ces droits sont "constitutifs de la démocratie, ils forment le socle juridique sur lequel repose le processus démocratique en rendant possible une libre participation de tous à la formation de l'opinion et de la volonté".

Leur liberté démocratique de participation de l'opinion fonde la liberté autonome collective des citoyens en exerçant leur liberté démocratique de participation, les citoyens déterminent librement le contenu de la volonté générale qui va définir leur destin collectif et ce faisant, les citoyens pourront veiller à ce que le pouvoir politique n'empiète pas sur leurs libertés autonomiques individuelles.

Cette liberté de participation ne saurait être qu'une égale liberté. Le pouvoir politique doit être entièrement entre les mains de tous les peuples. Autrement dit l'égalité de participation politique qui découle de la qualité de citoyen, soit l'appartenance à la vie politique. Elle s'applique à tous les droits politiques qui fondent la démocratie: le droit de vote, d'accès aux fonctions publiques, d'expression, de réunion, d'association...

Cette liberté de droit politique fonde ainsi l'identité entre gouvernant et gouverné qui caractérise la démocratie. Dans la mesure où gouverner n'est pas l'expression d'un bien personnel, ne découle pas des qualités particulières de celui qui l'exerce, mais est une fonction confiée par la collectivité des citoyens à l'un d'entre eux, il n'y a pas de différence qualitative entre gouvernant et gouverné.

Si cette égalité de droit de participation politique découle elle-même de l'égalité des conditions, il n'empêche que la démocratie n'impose pas une égalité juridique générale (droit de la famille, accès à certaines professions) et n'impose pas une égalité de fait. Elle peut coexister avec des écarts entre riches et pauvres.

II. **LE TITULAIRE DE LA SOUVERAINETÉ: SOUVERAINETÉ NATIONALE OU SOUVERAINETÉ POPULAIRE**

De manière ambivalente, le terme de souveraineté détermine à la fois la qualité du pouvoir étatique en tant que puissance suprême de commandement mais aussi l'origine du pouvoir dans l'État (qui est le souverain dans l'État). C'est le souverain qui investit les gouvernants et ce faisant, légitime leur pouvoir, autrement dit qui fonde leur pouvoir à gouverner.

Pendant longtemps, le principe de légitimité était lié à l'origine théocratique du pouvoir (Dieu était souverain) et les monarques tiraient leur pouvoir de Dieu, c'est pour ça qu'ils étaient légitimes par le sacre. La philosophie des Lumières et la Révolution allaient

entraîner une laïcisation et une démocratisation de la souveraineté par transfert du siège de la souveraineté du roi et de Dieu au peuple et à la nation. À partir de la révolution, la légitimité démocratique va progressivement s'imposer cad l'idée que tout pouvoir émane du peuple ou de la nation. À cet effet, deux théories françaises se sont développées: d'une part la théorie de la souveraineté populaire formulée par Rousseau dans le Contrat social, et d'autre part la théorie de la souveraineté nationale élaborée par l'abbé Sieyès dans Qu'est-ce que le Tiers-État ?

A. La théorie de la souveraineté nationale

Selon cette théorie, la souveraineté appartient à la nation conçue comme une personne morale distincte des individus qui la composent car la nation ne se confond pas avec la somme des individus vivant à un moment donné sur le territoire mais elle englobe le passé, le présent et le futur.

Cette théorie fut consacrée dès l'art 3 de la DDHC de 1789 dont les effets sont essentiellement au nom de de 3 dans la constitution de 1791, qui consacre le principe de la souveraineté nationale.

"La souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible, elle appartient à la nation, aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice". Autrement dit, il y a là impossibilité pour la nation d'abandonner la souveraineté à un individu ou à un groupe d'individu. Seul son exercice pas sa propriété peut être délégué à un tiers.

La souveraineté nationale ne peut s'exercer que par l'intermédiaire de ses représentants. Autrement dit, sa volonté est la volonté d'un être collectif, d'un être abstrait, d'une personne morale et par conséquent, sa volonté ne peut s'exprimer que par le biais de représentants qui sont les seuls habilités à parler en leur nom, à exercer la souveraineté pour le compte de la nation. Normalement, l'élection permettra la désignation de ces représentants, mais rien n'empêche que la constitution, expression de la volonté de la nation, ne confie l'exercice de la souveraineté à un monarque (art 2 du titre 3 de la constitution de 1791). Le représentant de la nation n'est pas titulaire d'un mandat impératif mais uniquement d'un mandat représentatif. Autrement dit, il doit disposer de la liberté nécessaire pour déterminer et interpréter la volonté de la nation dont il est le porte-parole.

La théorie de l'électorat-fonction veut dire que les citoyens ne détiennent individuellement aucune parcelle de souveraineté. Par conséquent, lorsqu'ils désignent les représentants, ils n'exercent pas un droit mais uniquement une fonction. Cette théorie justifie alors que le suffrage puisse être restreint et non pas universel, puisque voter est un exercice de fonction et non pas un droit et peut être réservée au plus digne, au plus apte. Dans la constitution de 1791, le suffrage était censitaire, les plus aptes étant à cette époque les plus riches.

B. La théorie de la souveraineté populaire

Dans cette théorie, le pouvoir suprême de commandement réside dans l'universalité des citoyens. Elle se retrouve dans l'art 25 de la constitution de l'an I, disant que "le peuple souverain est l'universalité des citoyens français". Chaque citoyen est donc détenteur d'une parcelle de souveraineté et c'est ce qu'on retrouve dans l'art 26 de la DDHC jointe à la constitution de l'an I "aucune portion du peuple ne peut exercer la puissance du peuple entier, mais chaque section du souverain assemblée doit jouir du droit d'exprimer sa volonté avec une entière liberté".

La première conséquence en est la démocratie directe. Autrement dit, la volonté générale doit être exprimée directement par le peuple lui-même. La loi, qui est l'expression de la volonté générale, doit être l'œuvre du peuple en personne, d'où le système du référendum, largement adopté par la constitution de 1793.

La deuxième conséquence est la notion d'électorat-droit. Chaque citoyen possède une portion de souveraineté, par conséquent, il doit avoir le droit de vote dès lors qu'il

atteint l'âge requis. L'électorat est un droit, d'où le suffrage universel et non censitaire, consacré par la constitution de l'an I.

La troisième conséquence est le mandat impératif. Les élus ne découvrent pas la volonté générale. Ils ne la formulent pas. Ils exposent la volonté de leurs électeurs qui, ensemble, forment le souverain. Les élus sont donc munis d'instructions précises. Ils sont investis d'un mandat impératif. S'ils ne respectent pas ces instructions, ils peuvent être révoqués par le corps électoral.

De nos jours, l'opposition entre la souveraineté nationale et la souveraineté populaire est devenue très largement formelle, au point que les constitutions de 46 et 58 en ont fait l'amalgame alors qu'ils semblaient inconcevables.

III. **LE PRINCIPE DE LA DÉCISION MAJORITAIRE**

C'est un des principes essentiels d'un régime démocratique. Il est consubstantiel à la démocratie, soit intimement lié à cette dernière. Le principe de la décision majoritaire ne saurait être sans limite sauf à mettre en danger la démocratie elle-même.

A. *La justification du principe de la décision majoritaire*

La légitimité de la décision majoritaire réside à la fois dans les principes de liberté et d'égalité. En effet, si la liberté politique doit valoir pour tous les citoyens, alors l'adoption d'une loi requiert une majorité mais seulement une majorité. En effet, s'il suffisait d'un nombre plus réduit, les adversaires de la décision seraient défavorisés. Et s'il fallait un nombre supérieur à la majorité, ce serait les partisans de la décision qui seraient défavorisés.

L'égalité de participation politique requiert l'égalité numérique. Il faut que chacun ait les mêmes chances d'influence politique. Il est vrai que pour certaines décisions, on exige une majorité renforcée. Elle ne sert pas à renforcer la démocratie, mais à protéger la minorité.

B. *Les limites de la décision majoritaire*

La démocratie ne saurait permettre ni un absolutisme, ni même une domination de la majorité. Il en est ainsi du moins de la démocratie libérale aussi appelée constitutionnelle, comme la démocratie qui n'accorde pas tout le pouvoir à la majorité. C'est ce modèle qui a triomphé de nos jours.

En effet, le pouvoir de la majorité se heurte à des limites inhérentes à la notion même de démocratie. Le pouvoir de la majorité ne doit pas tenter au pluralisme, ni aux droits fondamentaux.

1) **Le respect du pluralisme**

Ce sont les principes mêmes qui justifient la décision majoritaire qui, simultanément limitent la portée de la décision majoritaire. En effet, ils interdisent à la majorité d'un jour de s'imposer juridiquement de manière absolue.

Si toute conviction politique doit être respectée à l'égal de toute autre et si tous les citoyens disposent d'une liberté de participation politique, il est à l'évidence défendu à la majorité d'un jour d'utiliser le pouvoir qu'elle a acquis pour empêcher l'adversaire politique de reconquérir un jour ce pouvoir.

Le droit de la majorité de prendre des décisions obligatoires pour tous repose précisément sur le fait qu'elle est en concurrence permanente avec la minorité pour la conquête du pouvoir et sur le fait que cette minorité dispose d'une chance égale de redevenir un jour la majorité.

Le respect du pluralisme politique est un principe constitutif de la démocratie, entraînant l'interdiction de la majorité de porter atteinte aux droits et libertés qui sont la condition du maintien du débat démocratique, qui sont la condition de la conservation d'une égalité des chances dans l'accession au pouvoir.

Concrètement, le respect du pluralisme doit se traduire par l'existence d'une opposition et par l'octroi à cette dernière d'un statut qui lui permet de faire entendre sa voix: un droit de parole, droit d'accès aux médias, financement public... Ça se traduit par la remise en jeu régulière du pouvoir par des élections libres où le vote est secret, où plusieurs partis sont en compétition et en l'alternance au pouvoir.

On peut ainsi résumer les relations entre le gouvernement et l'opposition comme la concurrence en vue de la conquête du pouvoir, la tolérance dans son exercice et enfin l'alternance dans sa dévolution.

En définitive, la démocratie, en ce qu'elle implique le respect du pluralisme, impose de la part des gouvernants l'acceptation de la contestation, légale validité de toutes les opinions politiques. Autrement dit, la démocratie interdit de refuser à l'adversaire politique le droit d'exposer sa propre conception politique. Cela impose aux gouvernants le refus d'accorder à ses propres conceptions le statut d'une vérité objective. Cela conduirait finalement à nier l'égalité et la liberté de l'opposition politique.

La démocratie en accepte le principe. Elle en organise même la confrontation (des conflits, des oppositions). Paul Ricœur dit que "la démocratie n'est pas un régime politique sans conflit mais un régime dans lequel les conflits sont ouverts et négociables selon des règles d'arbitrage connues".

La démocratie admet même les vertus de la critique en vue d'améliorer la décision politique. Pour Avéras, la démocratie ne consiste pas seulement dans le droit de vote, mais aussi dans la "formation discursive de la volonté" (discours). Il insiste sur les conditions procédurales d'une démocratie délibérative.

Cette conception de la démocratie pluraliste et libérale a aujourd'hui triomphé depuis la chute de la théorie marxiste et léniniste.

Raymond Aaron a mis à jour la supercherie conceptuelle des démocraties marxistes. Pour Paul Ricœur, la démocratie n'est pas un régime politique sans conflit mais c'est un régime dans lequel les conflits sont ouverts et négociables selon des règles d'arbitrages connues. La démocratie admet les vertus de la critique en vue d'améliorer la décision politique.

Pour Habermas la démocratie consiste dans la formation discursive de la volonté (par la discussion). Il insiste sur les conditions procédurales d'une démocratie délibérative.

Cette conception de la démocratie pluralisme et libérale a aujourd'hui triomphé depuis la faillite de l'idéologie marxiste-léniniste depuis la chute du mur de Berlin.

Pour George Vedel il y a deux types de régimes démocratiques, marxistes et libéraux. Pour Marx les démocraties libérales se ne sont que des superstructures qui reflètent les rapports économiques. La démocratie n'est qu'un instrument, démocratie formelle.

Raymond Aaron, avait eu le mérite de dévoiler la supercherie et de montrer qu'il y avait une différence entre démocratie et totalitaire. C'est à partir de la distinction entre pluralisme et partie unique qu'il montre la différence de nature entre totalitarisme et démocratie.

Les conséquences d'un parti pluralistique : exercice essentiellement temporaire du pouvoir car il est susceptible d'être remis en cause chaque scrutin et les dirigeants peuvent perdre les élections.

L'existence d'une opposition politique, considéré comme normal, même comme indispensable au bon fonctionnement du régime politique.

Un régime de parti monopolistique conduit à un Etat partisan indissociable de l'idéologie qui est celle de ce parti et qui par conséquent limite voir supprime la discussion de partie politique.

A partir du moment où de tel régime sont porteur de régime prétendant une vérité par nature même ils ne peuvent contester une vérité. La société doit être unanime dans ces régimes politiques. L'instrument de la conquête, c'est le parti unique qui est le porte-parole de la vérité officielle.

Léoni Brechtnev, *"chez nous il n'y a pas de parti d'opposition, parce que nous pensons qu'une opposition pourrait troubler les rapports affectueux qui unissent le gouvernement au peuple"*. Avec l'effondrement de ces régimes a triomphé la démocratie pluraliste.

2) **Le respect de l'État de droit**

Quand on dit qu'aujourd'hui la démocratie présuppose le pluralisme, on pourrait ajouter que la démocratie c'est avant tout le choix populaire des dirigeants. C'est pour cette raison que les régimes marxistes-léninistes se disaient démocratiques.

Le respect des lois fondamentales, aujourd'hui un État ne saurait se prétendre démocratique si la puissance étatique sur l'individu recevait une extension illimitée au point de pouvoir anéantir la liberté individuelle. Si la démocratie se caractérise par le principe de la décision majoritaire, il ne saurait conduire à l'absolutisme de la volonté générale.

Cette idée de la nécessaire limitation du pouvoir politique, déjà présente au XVIII^{ème} siècle chez les constituants américains, comme chez les révolutionnaires français. Car ces idées sont celles du libéralisme politique. Le libéralisme c'est un mouvement d'idée qui considère qu'il faut poser des bornes au pouvoir politique pour préserver des droits aux individus.

Idée déjà développé par John Locke. Puis Montesquieu.

Le constituant de Philadelphie, est déjà conscient qu'un pouvoir absolu est dangereux, même d'origine populaire et donc il faut que la volonté populaire trouve des limites dans les libertés de l'individu. D'où l'adoption des 10 premier amendements à la constitution américaine dès 1790, qui proclame les droits inaliénables des personnes.

Les révolutionnaires français proclament les droits inaliénables de l'Homme qu'il peut opposer au pouvoir politique. Pour le libéralisme politique la préoccupation essentielle c'est de limiter le pouvoir politique. En d'autres termes, pour les libéraux l'idée de source légitime du pouvoir ne saurait supplanter celle d'emploi légitime du pouvoir. En cela il ne doit pas porter atteinte aux libertés individuelles. Chez les modèles, ils définissent les libertés individuelles comme une sphère d'autonomie privée dans laquelle le pouvoir politique ne peut intervenir. Le pouvoir politique a pour but de protéger ces libertés individuelles.

Les termes du préambule de 1789 : elle a pour objet d'exposé « les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme afin que les actes du pouvoir législatif et ce du pouvoir exécutif pouvant être à chaque instant comparé avec le but de toutes institutions politiques en soit plus respecté ».

On retrouve ces traces dans la théorie de l'État de droit qui apparait en Allemagne dans la seconde moitié du XIXe. Et qui triomphe dans toutes l'Europe au lendemain de la seconde guerre mondiale.

Dans cette théorie, le pouvoir d'État fut-il d'origine démocratique, doit-être encadré et limité par le droit. La volonté de la majorité politique, ne saurait s'imposer sans considération de son contenu. Il faut que la volonté de la majorité respecte les droits de l'Homme.

Cette idée s'impose dans l'Europe de l'Ouest car l'expérience des dictatures et des systèmes totalitaires a montré que la loi expression de la volonté pouvait être oppressive. A la veille idée de liberté par la loi, grâce à son élaboration démocratique, la loi est l'œuvre du parlement. Elle est l'expression d'une liberté politique. La liberté politique à partir du moment où la loi a une origine populaire on croyait que ça suffisait à garantir le respect des droits et liberté des individus. Idée erronée, car la loi est 'expression d'une majorité politique qui peut être oppressive pour la minorité.

En France cette théorie a eu du mal à s'imposer car longtemps à perdurer le mythe de la loi expression de la volonté générale, l'œuvre du parlement représentant de la nation donc du souverain. Il ne saurait avoir de limite à cela. C'est la raison pour laquelle, les déclaration des droits et libertés se sont vu refuser une valeur juridique. Il n'y avait pas de contrôle de constitutionnalité des lois. L'État de droit a longtemps été qu'un État légal, qui impose le respect de la loi.

On a aussi tardé de mettre en place une justice constitutionnelle spécialisé, mis ne place qu'en 1958. Au départ sa mission n'était pas d'imposer le respect des droits et libertés au législateur, mais de protéger le pouvoir règlementaire contre toute incursion dans son domaine de la loi. Comme le dit le Conseil constitutionnel, la loi et le parlement n'exprime la volonté générale que dans le respect de la constitution.

Le principe de l'État de droits s'est universalisé au point d'apparaître comme un élément constitutif du régime démocratique. C'est donc aussi un gouvernement pour le peuple.

Section 2 : Les formes de la démocratie

Le principe est mis en œuvre de différentes façons. L'association des citoyens, à la désignation et à l'exercice du pouvoir, peut-être réalisée essentiellement selon les formes de la démocratie directe et de la démocratie représentative.

I. LA DÉMOCRATIE DIRECTE

A. Définition

Comme la forme de démocratie dans laquelle le peuple se gouverne directement lui-même. Autrement dit comme la forme de démocratie le peuple exerce lui-même le pouvoir, sans intermédiaire. C'est le peuple qui fait la loi, qui rend la justice, qui prend les décisions gouvernementales. Ce système aboutit à une identification complète, à une confusion entre gouvernement et gouvernés. Elle implique l'absence d'organes étatiques, le peuple et la confusion des pouvoirs.

Selon Rousseau, la démocratie directe découlait de la théorie de la souveraineté populaire dans la mesure où cette théorie exclue toute idées de représentation. « La souveraineté ne peut être représenté pour la même raison qu'elle ne peut être aliénée. ». Elle consiste essentiellement dans la volonté générale et celle-ci ne se représente point.

B. Application

Système appliqué à Athènes au Ve et IVe avant JC. Au temps de Périclès jusqu'à l'avènement d'Alexandre Le Grand. En effet, le peuple qui ne représentait qu'1/10 de la population car était exclue du corps des citoyens, les esclaves, les métèques et les femmes.

Le peuple se réunissait régulièrement en assemblée, l'ecclésià, pour discuter des affaires publiques et voter la loi. Sous le contrôle de cette assemblée, la boulé dont les membres étaient non pas élus mais tirés au sort, préparaient et exécutaient les décisions.

La démocratie directe fonctionne encore aujourd'hui notamment dans deux cantons Suisse, appenzell et de Glaris. Ces cantons sont peuplé de quelques dizaines de milliers d'habitants et l'assemblée des citoyens se réunis une fois par an au printemps (Landsgemeinde). Ils votent le budget, procède à quelque nominations et approuvent des lois préparées par des fonctionnaires. En réalité, ce n'est qu'une minorité qui se rendent à ces Landsgemeinde et qui votent à mains levée.

Le plus souvent, la démocratie directe est impraticable même dans le cadre de petit Etats, en raison de l'impossibilité de réunir constamment le peuple. C'est pourquoi ce qu'on appelle aujourd'hui démocratie directe, ce sont des techniques qui coexistent avec les institutions représentatives. Mais on parle plutôt de démocratie semi-directe.

C. Les techniques de démocratie directe

Elles ont toutes pour but d'aménager l'intervention directe du peuple dans les processus de décisions. Plus précisément, elles permettent au peuple de révoquer leurs élus et surtout d'exercer directement le pouvoir législatif ou constituant par le biais de la technique référendaire.

1) **Le rappel des élus : la technique du recall.**

Consiste ne une sorte de révocation populaire par les électeurs d'une titulaire d'une fonction élective. Cette technique, suppose généralement qu'un certains nombres de citoyens demandent par pétitions la révocation de l'écu. Si ce nombre est atteint la consultation est organisée. Et si à l'issu de cela l'écu est mis ne minorité il doit se retirer.

Les USA sont le seul pays à utiliser cette technique. Plusieurs Etat fédérés notamment la Californie admettent la possibilité de destituer l'écu c'est-à-dire le titulaire de mandats locaux et qui trouve son origine dont le slogan était évocateur "*return the government to the people*".

En 2003, le gouverneur de la Californie, Grey Davis avait dû faire face à une procédure de Recall. Consultation eu lieu et il fut destituer par 54% des électeurs et simultanément il a été remplacé par Schwarzenegger.

2) **Les techniques référendaires**

a) **L'initiative populaire**

C'est l'acte par lequel une fraction du corps électoral intervient pour proposer une loi ou une révision constitutionnelle. La proposition peut se limiter à l'énoncé de quelques principes que d'autres organes seront chargés de formuler. Ou alors, la proposition peut porter sur un texte déjà élaboré. Cette initiative peut être suivit uniquement d'une procédure parlementaire. On parle d'initiative législative indirect.

Cette initiative populaire peut faire l'objet d'une intervention parlementaire (un vote), fraction du corps populaire. Initiative législative directe.
Mixe des deux.

Cette initiative existe en Suisse et en Italie. En Suisse cela existe en matière constitutionnelle. Elle peut d'abord porter sur une révision totale de la constitution. Un référendum demandé par un certains nombres de citoyens décide du principe même de la révision totale. Le projet est ensuite élaboré par le parlement qui aura été au préalable renouvelé. Et ce projet devra ensuite être ratifié par référendum populaire à la majorité des votants et des cantons. L'initiative populaire peut aussi porter sur une révision partielle de la constitution, article 138 à 140 et 192 à 195 de la constitution helvétique du 18 avril 1999.

En Italie, l'initiative populaire existe en matière législative. Dans ce cas, une pétition doit être formulée par 50 000 électeurs au moins et doit comporter un projet de loi

rédigeant l'article. Ce projet doit ensuite être discuté et voté par le parlement. Article 71 de la constitution italienne

Cette initiative législative directe existe dans plusieurs Etat des USA et en matière constitutionnelle aussi.

b) ***Le veto populaire***

C'est une technique qui permet au peuple sur pétition formulée dans un certain délais par un nombre déterminé de citoyens de s'opposer à une loi régulièrement voté par le parlement.

En Suisse, au niveau fédéral le veto populaire existe depuis 1874 pour les lois, pour les arrêtes fédéraux et depuis 1861 pour certains traités internationaux.

Dans les 100 jours suivant la publication du texte, si 50 000 citoyens au moins ou 8 cantons au moins déposent une pétition, le texte est soumis à référendum. Article 141 de la constitution Suisse de 59.

En Italie il prend la forme de référendum abrogatif prévue article 75 de la constitution Italienne.

Pétition par 500 000 électeurs et 5 conseils régionaux, un référendum organisé et aboutira à l'abrogation totale ou partielle selon le cas de la loi en vigueur. A condition que le référendum taux de participation d'au moins 50 % des électeurs inscrits.

c) ***Le référendum***

Technique par lequel le peuple collabore à l'élaboration de la loi qui devient parfaite qu'avec son consentement. Il peut prendre différentes modalités, du point de vue de sa portée il peut être consultatif sollicité par les gouvernements. Du point de vue de son objet, le référendum peut porter sur la révision de la constitution ou l'adoption ou l'abrogation d'une loi ou sur la ratification d'un traité. L'article 89 de la constitution française prévoit le référendum.

Distinguer les modalités suivant son déclenchement. En effet, un référendum peut être obligatoire, il posée par la constitution. Ou facultatif. Dans ce cas-là l'initiative d'organiser un référendum peut revenir :

- au peuple (initiative populaire),
- à des collectivités publiques, au parlement.

Exemple : en Irlande ou au Danemark, l'initiative d'un référendum législatif abrogatoire, appartient à un tiers des députés.

L'initiative peut être le fait de l'exécutif.

II. **LA DÉMOCRATIE REPRÉSENTATIVE**

Elle exclut toutes interventions directes du peuple dans l'exercice du pouvoir. Elle ne prévoit l'intervention du peuple que dans la désignation des représentants. Autrement dit dans ce modèle la nation n'exerce pas directement la souveraineté, elle en délègue à des représentants élus.

Le peuple ne se donne à lui-même ses propres lois que de façon indirecte, par l'intermédiaire de représentants élus.

Cette forme entre dans la catégorie plus large du régime représentatif qui n'est pas nécessairement démocratique et qui de fait ne l'a pas été avant l'avènement du suffrage universel.

A. La théorie du régime représentatif

La théorie de la représentation a pour fondement une théorie de la souveraineté du parlement (imposé en Angleterre avec la révolution de 1688) ou une théorie de la souveraineté nationale (révolution française, de l'assemblée constituante qui a élaboré la constitution de 1791). Elle aboutit à une démocratie sans le peuple.

1) La notion de représentation

En droit privé, on dit qu'une personne en représente une autre. Lorsqu'elle peut vouloir et agir en son nom et pour son compte. La représentation peut résulter soit de la volonté du représenté soit de la loi. Comme la représentation des mineurs.

Les gouvernants se servent aussi de cette conception juridique. Ils justifient le pouvoir qu'ils exercent en se présentant comme des représentants du titulaire de ce pouvoir, le souverain qui peut être le peuple, la nation,...

En effet, toutes les doctrines de la représentation obéissent au schéma suivant. : il existe un souverain distinct des gouvernants mais qui ne peut lui-même exercer son pouvoir. Il ne peut non plus la transférer à un autre dans ce cas-là il cesserait d'être souverain. La souveraineté est inaliénable pour cette raison. Ducout, on établit une distinction entre la possession de la souveraineté et son exercice. Le principe de la souveraineté demeure dans le souverain. En revanche, son exercice peut-être délégué à des représentants.

Exemple : article 3 de la constitution de 1958 « La souveraineté nationale appartient au peuple, qui l'exerce par ses représentants ».

La distinction avec le droit public tient au fait qu'il n'y a pas 2 personnes comme en droit privé. Il n'y a pas de représentation possible que s'il existe une personne représentable ayant une volonté à laquelle le représentant doit se conformer et à laquelle il doit rendre des comptes. En droit public ce n'est pas le cas car d'un côté, le représentant celui qui exerce la souveraineté, n'est pas une personne puisque ce n'est pas à elle mais à l'Etat que ces actes sont imputés. Le représenté, n'est pas non plus une personne car il n'a pas d'autres volontés que celle qu'exprime les représentants. Le représenté c'est un être abstrait. On peut même affirmer que le représenté n'existe qu'à partir du moment où une volonté n'est exprimé qu'en son nom.

En d'autres termes, le représentés ne crée par le représentant il est au contraire constitué par la représentation. C'est pourquoi pour expliquer le phénomène selon lequel la volonté exprimée par les représentants n'est pas censée être leur propre volonté, mais celle du souverain.

Carré de Malberg a préféré se référer à la théorie de l'organe, autrement dit le souverain et l'Etat veut et agit par ses organes. De même que les paroles d'un homme sont imputées à ce dernier de même les actes qui émanent du gouvernement ou du parlement sont imputés à l'Etat.

Ainsi le parlement ne représente pas le souverain selon Carré de Malberg, il est son organe et le souverain ne peut avoir d'autres volontés que celle de son organe exprimé.

On voit bien qu'il y a difficulté à transposer théorie entre droit privé et public car en droit public elle ne met pas aux prises deux personnes. Il n'empêche que la théorie de la représentation est utilisée en droit public plutôt que la théorie de l'organe.

La théorie de l'organe, admet que tous ceux dont les actes sont rapportés à l'Etat sont ces organes. Cad le parlement, le gouvernement, l'administration,

La théorie de la représentation, n'est représentant que celui qui peut exercer la souveraineté, que celui qui peut exprimer la volonté du souverain c'est-à-dire le législateur.

2^e raison pour laquelle la théorie de la représentation est préférable :

Dire que le parlement est un organe ne justifie son pouvoir que si l'être dont il est l'organe possède un pouvoir incontesté. Autrement dit, dire qu'il est l'organe de l'Etat n'est en rien une justification car il reste encore à démontrer qu'il faut obéir à l'Etat. Au contraire, la théorie de la représentation renvoie à un être, la nation ou le peuple dont l'autorité est admise comme une évidence.

2) Le mandat représentatif

C'est le rapport juridique entre le représentant et le représenté. Le représentant a reçu du représenté un mandat et l'exerce.

a) ***L'objet du mandat***

Ce qui est transféré aux représentants c'est l'exercice de la souveraineté. Il ne s'agit donc pas de toutes les fonctions juridiques de l'État. Mais seulement de la fonction législative. Article 6 de la DDHC de 1789 : c'est la loi qui est l'expression de la volonté générale. Elle exprime la volonté du souverain.

Par conséquent, en droit public français (avant 58) seul les autorités législatives sont les représentants et non les autorités exécutives ou judiciaires. Mais toutes les autorités législatives doivent être des représentants. La constitution de 1791 énonce que les représentants sont le corps législatif et le roi. Le roi n'est pas représentant. Il est représentant car il participe à l'exercice du pouvoir législatif. Il a un droit de veto. La qualité de représentant est tout à fait indépendante du mode de désignation, pas lié à l'élection. Son représentant, tous ceux dont le consentement est nécessaire à l'adoption de la loi.

b) ***Les caractères du mandat***

Caractère collectif : ce n'est pas réellement le député qui est représentant, mais l'assemblée toute entière. Si le député n'est pas le représentant du souverain, a fortiori il ne l'est pas de sa circonscription ou de ses électeurs. Dans la théorie de la souveraineté nationale.

Les électeurs l'ont désigné, mais ils n'ont pu lui confier l'exercice de la souveraineté qui ne leur appartient pas puisque celle-ci n'appartient qu'à la nation. Le représentant est élu dans la circonscription mais pas par la circonscription et représente la nation entière.

Il résulte de ce caractère collectif que le sort des députés ne devrait pas être affecté par celui de la circonscription dans laquelle ils ont été élus.

Exemple : en 1871, la France a dû céder à l'Allemagne les départements de l'Alsace et Moselle. Ces derniers furent considérés en fonction et ne quittèrent l'assemblée qu'après l'avoir décidé de leur propre initiative.

Exemple : en 1962, après les accords d'Evian, l'Algérie devient indépendante. Question parlementaire français élu dans les départements algériens qui mirent fin à leur mandat.

Cette décision fut considérée comme une atteinte à la doctrine du mandat par la majorité. Cette conception est encore actuelle dans une décision du 15 mars 1999 le conseil constitutionnel a rappelé le parlementaire représentant au parlement la nation toute entière et non celle de sa circonscription.

Mandat représentatif

Alors que le mandat de droit privé a un caractère impératif qui emporte l'obligation par le représentant de se conformer à l'instruction donnée par le représenté le mandat de droit public est représentatif.

La théorie de la représentation est liée à la théorie de la souveraineté nationale. Les représentants expriment la volonté générale indépendamment de toutes instructions données par les électeurs car la volonté générale ne s'identifie pas à la somme des volontés des électeurs. Le mandat représentatif se caractérise par l'indépendance de l'élu par rapport à ses électeurs. Les électeurs ne tracent pas de programmes, ils s'en remettent à l'élu pour qu'il choisisse les meilleures solutions. Dans la théorie de la représentation, l'investiture donnée à l'élu est général et doit agir en conscience et si ses opinions viennent à changer, les électeurs peuvent le révoquer.

Philosophe Condorcé : mandataire du peuple, je ferai ce que je croirais le plus conforme à ses intérêts. Il m'a envoyé pour exposer mes idées non les siennes. L'indépendance absolue de mes opinions est le premier de mes devoirs envers lui. De manière plus pragmatique, les promesses électorales sont dépourvues de valeurs juridiques. Par conséquent, les lettres de démissions en blanc que les candidats remettraient à leurs partis politiques ou les comités électoraux sont nulles.

La seule sanction à laquelle s'expose un représentant c'est de ne pas être réélu au cas où à l'issue du mandat, il se présentera à nouveau au suffrage. Cette représentation du mandat dut celle retenue par les révolutionnaires de 1789. C'est encore la conception qui perdure aujourd'hui, article 27 de la constitution « tout mandat impératif est nul ».

3) Critique de la théorie du régime représentatif au regard du principe démocratique

Rousseau soutenait que souveraineté du peuple, c'est-à-dire principe démocratique et représentation sont radicalement incompatibles: "la volonté ne se représente point car il est absurde que la volonté se donne des chaînes pour l'avenir". Autrement dit, comment le peuple peut-il consentir à se reconnaître engagé demain par la volonté de l'élu qu'il désigne aujourd'hui sauf à abdiquer sa souveraineté ? *"Si donc le peuple promet simplement d'obéir à l'élu, il perd la qualité de peuple à l'instant qu'il a un maître, il n'est plus souverain"*. Seul serait compatible avec la souveraineté démocratique des députés dotés d'un mandat impératif, toujours maintenu sous contrôle populaire.

Il n'y a pas en réalité d'incompatibilité logique entre représentation et démocratie. On ne saurait aller aussi loin que Rousseau sur ce point.

La théorie de la représentation fut à l'origine développée au moment de la Révolution de 1789 pour éviter la mise en place d'un régime démocratique. Les révolutionnaires de 1789 avec la préoccupation majeure qui était d'éviter que la proclamation de l'origine démocratique du pouvoir ne débouche sur une prise du pouvoir effective par le peuple. C'est pourquoi, ils consacrèrent dans la constitution de 1791 les idées de l'abbé Sieyès sur la théorie de la représentation, théorie elle-même fondée sur celle de la souveraineté nationale. Tout cela pour maintenir le peuple à l'écart de l'exercice du pouvoir politique.

Georges Burdo le rappelle en disant *"la souveraineté nationale est un concept doctrinal inventé pour satisfaire le postulat démocratique de l'origine populaire du pouvoir tout en écartant de son exercice l'action du peuple concret"*. De même Montesquieu dans l'esprit des lois écrivait *"le grand avantage des représentants c'est qu'ils sont capables de discuter les affaires, le peuple n'y est point du tout propre, ce qui forme un des grands inconvénients de la démocratie"*.

Par la constitution de 1791, les révolutionnaires font passer la volonté populaire par le filtre de la démocratie et ainsi, purent organiser sur une base populaire une oligarchie (pouvoir de quelques-uns). La qualité de représentants est d'abord pas nécessairement liée à la représentation. Le roi de France est explicitement un représentant de la nation. Les représentants élus le sont par un corps électoral restreint. Rappelons que la théorie de la souveraineté considère l'électorat comme une fonction et non un droit, ce qui autorise de limiter le droit de vote et par conséquent le droit d'éligibilité aux plus aptes en 1791, à savoir les bourgeois.

Le système du suffrage censitaire mis en place en 1791 sera maintenu par la constitution de l'an III (1795) et par les chartes de 1814 et de 1830. En 1848 est instauré le suffrage universel masculin (pour les femmes qu'en 1946).

B. La démocratisation du régime représentatif

Si le régime représentatif est parfaitement représentatif avec un système oligarchique, l'égalité de droit s'était affirmée à la fin du XVIIIème, commandait logiquement la consécration du principe démocratique dans la mesure où cette égalité de droit implique l'égale participation de tous aux libres choix des gouvernants.

De fait, tous les régimes représentatifs connurent une universalisation progressive du suffrage et se transformèrent donc en démocratie représentative, c'est-à-dire en régime politique dans lesquels la désignation des représentants procède de l'élection directe au suffrage universel.

1) **La consécration d'un droit du suffrage**

On va assister à l'évènement progressif 'un suffrage universel, de sorte que l'électorat devienne un droit et plus une fonction. En France, sa mise en œuvre concrète date de 1848. En revanche, les femmes ont longtemps été exclues du droit de vote en vertu d'une division sexuelle des tâches.

En Grande-Bretagne, l'évolution a été plus lente et une première loi du 17 juin 1832 abaisse le cens, ce qui fait passer le corps électoral de 4 à 7 % de la population. En 1867, nouvel abaissement du cens et enfin en 1878, proclamation du suffrage universel pour les hommes et pour les femmes avec cependant une restriction, c'est que les hommes atteignent leur majorité électorale à 21 ans et les femmes à 30 ans, annulée en 1928.

Le droit de vote aux femmes fut reconnu par une ordonnance du 21 avril 1944, avant même le débarquement.

Aux USA, au cours du XIXème, la situation évolue peu à peu dans l'ensemble des états fédérés dans le suffrage universel des hommes et des femmes. Mais, tout de même, une forme de suffrage capacitaire a subsisté jusqu'au *Right Voting Act* de 1965. Pour pouvoir voter, il faut posséder certaines capacités. Notamment certains du sud subordonnaient l'octroi du droit de vote à la condition de savoir lire et écrire, voire dans certains cas de commenter la constitution. Le but était d'écartier des urnes la population noire.

Le droit de vote universel pour les femmes ne fut reconnu au niveau fédéral qu'en 1971. En Italie, les analphabètes restèrent exclus du droit de vote jusqu'en 1912.

2) **L'égalisation continue du suffrage**

La démocratie suppose non seulement que le suffrage soit universel mais aussi égal. Un homme = une voix. Chaque citoyen n'a donc qu'une voix et chaque voix doit en principe avoir la même valeur, le même poids.

a) ***La suppression des inégalités dans l'expression du vote***

Le principe d'égalité du suffrage emporte d'abord l'interdiction du vote plural, qui permettrait à un électeur remplissant certaines conditions de disposer de plusieurs voix. De ce point de vue-là, la tradition républicaine française a toujours été opposée au vote plural, notamment à une de ses variantes, le suffrage familial. Il consiste à accorder au chef de famille, soit autant de voix en plus de la sienne qu'il a d'enfants, soit une voix supplémentaire. C'est ainsi que le projet de constitution Pétain, jamais adoptée mais élaborée pendant Vichy, prévoyait l'attribution d'un double suffrage (deux voix) au père de famille de 3 enfants et plus.

b) ***L'atténuation des inégalités dans la représentation du vote***

Afin que le principe d'égalité du vote soit pleinement respecté, il ne suffit pas que chaque électeur ne dispose que d'une voix. Encore faut-il que chaque vote, une fois exprimé, pèse d'un poids égal à tous les autres votes, autrement dit, bénéficie de la même représentation, soit doit avoir la même influence sur tous les autres votes.

Ce principe n'a pas toujours été admis, car on considérait que les voix se comptent mais ne se pèsent pas et en vertu de cet adage, longtemps les inégalités dans la représentation du vote n'ont pas été considérées comme une violation du principe d'égalité du suffrage. Aujourd'hui, de telles inégalités sont censurées par les cours constitutionnelles.

En réalité, ces inégalités dans la représentation du vote résultent du découpage des circonscriptions électorales. D'abord, le découpage électoral peut ne pas respecter l'équilibre démographique, de sorte que chaque élu ne représente pas le même nombre d'habitants. La voix d'un électeur d'une circonscription n'aura pas la même valeur, le même poids que la voix d'un électeur d'une autre circonscription.

Le conseil constitutionnel a posé en principe que le représentant devait être élu sur des bases essentiellement démographiques, ce qui veut dire que des écarts de population d'une circonscription à une autre sont possibles mais dans une mesure limitée: 20 % pour des élections législatives, pour tenir compte d'autres intérêts publics (limites des circonscriptions administratives, former des ensembles géographiques cohérents, le respect des structures locales).

Le découpage peut être effectué de telle sorte qu'il ne respecte pas l'équilibre politique entre les circonscriptions, de sorte qu'un parti devra réunir plus de suffrages qu'un autre pour obtenir un élu. Par conséquent le vote d'un électeur aura un poids différent non pas selon la circonscription dans laquelle il réside mais selon l'orientation politique qu'il exprime. Cette pratique de découpage artistique s'appelle le Gerrymandering du nom du gouverneur du Massachussetts qui en 1812 découpa les circonscriptions en forme de salamandres afin d'assurer la victoire de ses amis politiques. En réalité, c'est un découpage à des fins partisans. Il y a deux techniques: la technique de la noyade et celle des circonscriptions perdues. ce découpage a été condamné dans une décision de 1986 par le conseil constitutionnel.

3) **Liberté, le secret et la sincérité du vote**

a) **La liberté du vote**

L'électeur peut voter pour bon lui semble, introduire un bulletin blanc dans l'urne ou bien s'abstenir. Le vote est considéré comme un droit que les citoyens sont libres d'exercer ou de ne pas exercer.

L'idée du vote obligatoire se rattache à l'origine à la théorie de la souveraineté nationale qui implique la notion de l'état fonction. Aujourd'hui, le vote obligatoire est parfois suggéré pour éviter le taux d'abstentionnisme.

b) **Le secret du vote**

Il est lié çà la liberté du vote. Il n'y a pas de liberté sans secret. Mais, l'organisation du vote a été plus difficile que l'affirmation de la liberté, alors que l secret est indispensable à la liberté du vote car dans beaucoup de circonstances, le vote public peut être réclamé de l'électeur une forme d'héroïsme dont il peut faire l'objet.

Montesquieu disait "*lorsque le peuple donne ses suffrages, il doit être public et ceci doit être regardé comme une loi fondamentale de la démocratie, il faut que le petit peuple soit éclairé par la gravité de certains personnages*".

Ça permet de préserver des tentatives de pression ou de corruption... Le philosophe Alain écrivait "le suffrage périt par acclamations".

Cela se traduit par les isolements, adoptés en France en 1913.

c) **La sincérité du vote**

Il faut éviter la fraude du vote électoral, il ne faut jamais sous-estimer les fraudeurs: bourrage des urnes, procès-verbaux truqués...

Un arrêt du conseil d'état nous apprend même qu'un maire avait l'habitude de clouer sous la table un morceau de lard et s'y graisser les doigts avant de recevoir le bulletin afin de le rendre transparent.

À cette fin, le contentieux politique qui consiste à confier le contrôle à l'assemblée issue du scrutin, n'offre qu'une garantie relative de la sincérité du vote. C'était le système mis en place sous les IIIème et IVème républiques.

Aujourd'hui, c'est au conseil constitutionnel que sont confiées les élections communautaires et au conseil d'état les élections locales.

C. Les techniques de désignation des gouvernants, les modes de scrutin

Pour assurer la désignation des représentants, il faut prévoir des calculs de résultats électoraux, afin de transformer les résultats des voix exprimées en sièges. C'est l'objet des modes de scrutin. Le choix n'est jamais neutre et influence la représentation des électeurs.

1) **Les caractéristiques techniques des modes de scrutin**

Selon le nombre d'élus, on distingue le scrutin uninominal et le scrutin de liste selon le nombre de voix nécessaires pour désigner un représentant, on distingue le scrutin majoritaire et le scrutin proportionnel.

a) ***Scrutin uninominal et scrutin de liste***

Dans le scrutin uninominal, seul un siège est à pourvoir. C'est le cas en France. Dans le scrutin de liste, plusieurs sièges sont à pourvoir. La circonscription est plus grande et les électeurs votent pour une liste et non pour un candidat unique.

Dans le cas du scrutin de liste, la liberté de choix de l'électeur dans le cadre de la liste peut être plus ou moins grande. La liste peut être bloquée, soit les électeurs peuvent modifier l'ordre de la liste (vote préférentiel), soit rayer certains noms de la liste et de les remplacer par d'autres noms figurant sur d'autres listes (panachage).

b) ***Scrutin majoritaire et représentation proportionnelle***

Le scrutin uninominal est toujours majoritaire. En revanche, le scrutin de liste peut être majoritaire ou proportionnel. Le scrutin majoritaire permet d'attribuer la totalité des sièges aux candidats qui obtiennent le plus grand nombre de voix. Ce scrutin peut être à un ou deux tours.

Dans le scrutin majoritaire à un tour ou à la pluralité des voix, le ou les sièges à pourvoir sont immédiatement attribués au candidat ou à la liste qui obtient le plus grand nombre de voix, peu importe que la majorité ne soit que relative.

Avec le scrutin majoritaire à deux tours, le candidat ou la liste ne sont élus au premier tour que s'ils obtiennent la majorité absolue avec le cas échéant une condition supplémentaire de représentativité. À défaut, les candidats sont dits en ballottage et selon le cas, seuls certains candidats peuvent se maintenir pour le second tour. Pour les élections législatives en France, seuls les candidats qui ont obtenus le vote d'au-moins 12,5 % des électeurs inscrits.

La représentation proportionnelle consiste à répartir les sièges proportionnellement au nombre de voix obtenues. Si elle a lieu dans une circonscription unique (État national), elle est dite intégrale. Dans tous les cas, il faut préalablement calculer le quotient électoral, soit le résultat de la division dans chaque circonscription du nombre total de suffrages exprimés par le nombre total de sièges à pourvoir. Dans un premier temps, chaque liste aura autant d'élus qu'elle contient de fois le quotient électoral.

Il reste la question délicate de la répartition des sièges de reste. Soit la répartition des restes se fait au plan national. Ça veut dire que les restes de chaque liste dans chaque circonscription sont additionnés au plan national. Au chiffre obtenu, on applique un quotient électoral dégagé en totalisant le nombre de voix inutilisées dans le pays et en divisant ce nombre par le nombre de sièges inutilisés dans le pays. Mais la répartition des restes peut aussi se faire au plan local selon deux méthodes:

La méthode du plus fort reste qui attribue les sièges restant aux parties qui a le plus grand nombre de voix de reste. Ce système en réalité favorise les petits partis qui, sans obtenir le quotient, réunissent un nombre de voix représentant un reste appréciable.

La méthode de la plus forte moyenne, qui favorise les plus grands partis, consiste à diviser pour chaque parti le nombre total des voix obtenues par le nombre total des sièges obtenus grâce au quotient +1. La liste qui obtient la plus forte moyenne obtient le siège restant et on renouvelle l'opération jusqu'à épuisement des sièges restants.

2) **Les effets des modes de scrutin**

La représentation proportionnelle est le procédé le plus équitable qui donne à chaque formation politique un nombre correspondant à son importance dans le corps électoral. Par la chance de cette représentation, elle offre aux petits partis, au multipartisme et rend plus difficile la constitution de majorité parlementaire cohérente et stable.

Le scrutin majoritaire à un tour est un scrutin brutal qui amplifie considérablement en termes de sièges la victoire du parti arrivé en tête en nombre de voix.

Si deux partis obtiennent ensemble 80 % des voix, le rapport du nombre de sièges est égal au cube du rapport du nombre de voix, ce qui favorise l'émergence de majorité parlementaire sous vide ce qui favorise le bipartisme car l'électeur est incité à voter utile dès le premier tour.

Le scrutin majoritaire à deux tours entraîne aussi un effet amplificateur de la victoire des coalitions arrivées en tête, d'autant plus qu'elles sont soudées. Il contraint les formations politiques à s'entendre en vue du ballottage par le jeu des désistements en faveur du candidat placé en tête à l'issue du premier tour. Il favorise ainsi une bipolarisation de la vie politique et non un bipartisme.

Par ailleurs, dans la mesure où ce scrutin conduit à la pratique suivante de l'électeur: au premier tour on choisit, au second tour on élimine. En raison de ce mécanisme, cela conduit à une sous-représentation des extrêmes et à une sur-représentation des modérés et cela, même au sein des coalitions.

D. La crise de la démocratie représentative

1) L'énoncé de la critique

La critique porte sur l'indépendance des représentants, qui est précisément la caractéristique essentielle du régime représentatif. Autrement dit, la critique porte sur la distance entre électeurs et élus. On ne peut mieux résumer qu'en rappelant un des slogans de 1968: "élection, trahison".

La démocratie représentative ne serait qu'une fiction. Le peuple se borne à choisir des représentants auxquels il remet l'exercice de la souveraineté. Une fois le choix fait, c'est le représentant qui fait le choix et non le peuple. En effet, la volonté du représentant est considérée comme étant la volonté de la nation en vertu d'un postulat irréfragable (qui n'admet pas la preuve contraire) sans qu'on se soucie de la volonté réelle du peuple. Bien plus, seuls les représentants sont habilités à exprimer la volonté de la nation. Comme l'écrivait Carré de Malberg, "ce n'est pas la volonté du peuple qui détermine celle des représentants, c'est au contraire le peuple qui fait sienne par avance les volontés que ses représentants viendront à énoncer". Il en résulte une confiscation de la souveraineté par les représentants. La souveraineté parlementaire se substitue à la souveraineté nationale, les assemblées ayant tendance à se considérer comme le propriétaire de la souveraineté.

L'une des manifestations la plus révélatrice de cette appropriation de la souveraineté par les représentants est que les autorités parlementaires et les gouvernants changent en cas de mandat sans consultation du corps électoral, ce qui était fréquent sous les III^{ème} et IV^{ème} républiques.

2) La mesure de la critique

Cette critique de la distance entre élus et électeurs peut être refusée dans son principe-même. En effet, si la représentation est une fiction juridique qui veut que les représentants expriment la volonté du peuple, c'est une fiction nécessaire car les assemblées de représentants permettent de conférer au peuple une unité politique d'action car à l'état brut, il n'y a pas de volonté claire susceptible de se couler dans un projet cohérent. La fonction de la représentation c'est de permettre la formation d'une volonté politique. Bokenforge dit cela et pour former cette volonté politique, les représentants doivent bénéficier d'une liberté, parce que la volonté politique du peuple ne préexiste pas. C'est une somme d'intérêts contradictoires.

De ce point de vue, le caractère démocratique du régime représentatif dépend seulement du caractère ouvert ou fermé de l'élite au pouvoir, du contrôle qui pèse sur son action, de sa réceptivité au souhait du citoyen ce qui dépend des éléments suivants: élections disputées, pluralisme des partis, contrôle de constitutionnalité, respect des droits de la minorité et des droits de l'opposition politique.

La représentation est la condition-même de l'exercice de la possibilité réelle d'une démocratie. La critique de la distance entre électeur et élus mérite d'être nuancée dans la pratique. Aujourd'hui, les électeurs ne choisissent plus seulement des députés. L'élection permet également à l'électeur d'effectuer un choix sur les orientations politiques. Les candidats se présentent avec un programme électoral. Il ne saurait certes juridiquement exister une sorte d'engagement contractuel. Quand le gouvernement change d'orientation politique, il ne s'estime pas nécessairement contraint de revenir devant le corps électoral. Mais les élus au moins dans une certaine mesure, s'estiment politiquement contraints par leur promesse électorale. C'est ainsi qu'aujourd'hui un renversement de la majorité parlementaire en cours de mandat peut conduire à un retour devant le corps électoral pour obtenir ratification de ce changement.

Exemple: Allemagne fédérale en 1982-83, le FDP (libéraux), avaient été élus sur la base d'une coalition avec les SPD.

Les élus s'estiment obligés et d'une certaine manière, sous le contrôle de l'opinion publique, voire tyrannie des sondages. Au côté des mécanismes de représentation, on associe de plus en plus des mécanismes de démocratie semi-directe, comme les référendums qui permettent au peuple de voter directement les mesures (art 11 de la constitution).

Section 3: L'organisation du pouvoir d'État démocratique

Une fois que l'État a atteint cela, il lui faut encore par la constitution prévoir la manière dont les organes étatiques démocratiquement désignés exerceront le pouvoir. À cet égard et conformément à la tradition libérale, il est admis que les compétences étatiques doivent être réparties entre les différents organes de manière à assurer une séparation des pouvoirs. En effet, le but de l'organisation du pouvoir politique, c'est la protection des droits de l'homme (art 2 de la DDHC).

Comment atteindre ce but, seule finalité légitime ? En séparant les pouvoirs (art 16 de la DDHC: "toute société dans laquelle la séparation des pouvoirs n'est pas déterminée n'a point de constitution"). Aujourd'hui s'est imposée la conception libérale de la démocratie qui fait de la séparation des pouvoirs une des conditions du maintien d'une démocratie effective.

Si le but d'une constitution est la garantie des droits fondamentaux des individus (Locke) dans ce cas-là, la liberté de participation ne suffit pas à lui seul car la majorité une fois élue peut être tyrannique. Donc, il faut que les gouvernants une fois élus soient limités, ce qui suppose un contrôle de constitutionnalité des lois et une séparation des pouvoirs.

La manière dont cette séparation des pouvoirs est organisée permet une classification des régimes politiques.

I. LE PRINCIPE DE SÉPARATION DES POUVOIRS

Ce principe est né au XIII^{ème} siècle à la même époque où sont apparues les premières constitutions écrites; ce n'est pas un hasard car les constitutions ont été écrites d'abord et avant pour séparer les pouvoirs car cela à l'époque signifiait mettre fin à l'absolutisme monarchique. Il faut distribuer le pouvoir pour éliminer le risque d'oppression. C'est ce qu'a défendu toute une série de penseurs politiques du XVIII^{ème} siècle qui ont inspiré les constituants américains et français, notamment Montesquieu.

A. La pensée de Montesquieu

La théorie de la séparation n'apparaît pas en tant que tel dans l'Esprit des lois. Montesquieu en développe néanmoins l'idée, dans le chapitre 6 du livre 11 où il décrit la constitution anglaise et en fait une description personnelle. L'objectif de Montesquieu est de garantir la liberté politique: le droit égal de tous de participer au pouvoir.

Selon ce dernier, la liberté" politique n'existe que "lorsqu'on n'abuse pas du pouvoir, mais c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser, il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites pour qu'on ne puisse pas abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir". Il rappelle que dans l'État, il y a trois sortes de pouvoir qu'il appelle la puissance: la puissance législative, la puissance exécutive et la puissance de juger, mais il dira plus loin que cette dernière est nulle. Pour lui, l'essentiel pour assurer la liberté politique c'est de ne pas confier à un individu ou à un groupe d'individus de confier à la fois le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif.

C'est déjà ce que disait John Locke et Montesquieu dit que "lorsque dans la même personne ou le même corps de magistrature la puissance législative est réunie avec la puissance exécutive, il n'y point de liberté parce qu'on peut craindre que le même monarque ou le même sénat ne fasse des lois tyranniques pour les exécuter tyranniquement".

Cela montre qu'au XVIII^{ème} siècle, le principe de la séparation des pouvoirs est un principe essentiellement négatif. Il n'indique pas de quelle manière les fonctions étatiques doivent être réparties. Il indique seulement la manière dont elles ne doivent pas l'être en interdisant leur cumule ou leur confusion. Il ne faut pas donner tous les pouvoirs à un seul car il en abuserait. Autrement dit, il faut absolument que les pouvoirs soient séparés, soit distribués entre plusieurs autorités.

Comme le principe de la séparation des pouvoirs n'est entendue que de manière négative, il doit être complété par des principes positifs, notamment la théorie de la balance des pouvoirs, très présente chez les constitutionnalistes anglais contemporains de Montesquieu et qui trouvera une consécration dans la Constitution américaine.

Selon cette théorie, il faut que les pouvoirs soient distribués entre les différents intérêts de la société représentés au sommet par le monarque, la noblesse et le peuple. Ces différents intérêts doivent être représentés et agencés de telle sorte qu'ils se fassent équilibre, qu'ils se balancent réciproquement afin qu'aucun pouvoir ne l'emporte sur l'autre.

Dans le régime politique anglais contemporain de Montesquieu, les intérêts étaient effectivement représentés chacun par une autorité et tous exerçaient la fonction législative. À l'époque de Montesquieu, il y avait trois organes partiels du pouvoir législatif: la chambre des élus (the House of Commons), la chambre des lords (the House of Lords) et le roi (qui avait un droit de veto et exerçait seul le pouvoir exécutif).

B. Les interprétations de la pensée de Montesquieu

Les juristes modernes à partir de la seconde moitié du XIX^{ème} ont généralement lu Montesquieu comme si le principe de la séparation des pouvoirs qu'il avait énoncé impliquait à la fois une spécialisation des fonctions étatiques (fonctionnelle) et une indépendance des organes (organique), la combinaison des deux devant maintenir la liberté politique.

Les trois fonctions de l'État doivent être confiées à des organes étatiques différents et chaque organe sera spécialisé dans l'exercice d'une des fonctions. C'est la spécialisation fonctionnelle. Chaque organe ne devra en aucun cas se mêler des affaires d'une autre. Cette spécialisation ne peut perdurer si l'un des pouvoirs peut exercer des pressions sur l'autre. Par exemple, elle ne peut perdurer si le pouvoir exécutif ne peut nommer et révoquer le titulaire du pouvoir législatif.

Il faut donc que les organes soient indépendants les uns des autres, ce qui implique que les individus qui composent chacun des organes ne soient pas nommés par les autres et ne soient surtout pas révocables par ces derniers. Cela interdit ce que l'on appelle la responsabilité politique, l'exécutif devant le parlement et cela exclut le droit de dissolution par l'exécutif. S'il y a cette indépendance, le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif se font mutuellement équilibre et la liberté est sauvegardée.

Les juristes contemporains ont lu Montesquieu comme une séparation rigide ou stricte des pouvoirs. Or, ce n'était pas ainsi que Montesquieu entendait la séparation des

pouvoirs puisqu'il avait également évoqué des mécanismes tels que l'attribution de la faculté de statuer ou d'empêcher.

II. **LA PRATIQUE DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS: LA TYPOLOGIE DES RÉGIMES POLITIQUES**

Aujourd'hui, la séparation des pouvoirs est le critère généralement retenu par la doctrine pour classer les régimes politiques. On peut en effet distinguer les régimes politiques dans lesquels le pouvoir est concentré entre les mains d'un homme ou d'un organe et dans lesquels il existe une séparation des pouvoirs et parmi ces régimes, il faut les distinguer selon la manière dont ils pratiquent la séparation des pouvoirs afin d'assurer l'équilibre des pouvoirs. On distingue le régime parlementaire et le régime présidentiel.

A. Le régime parlementaire

1) **Définition**

Le régime parlementaire est un régime de séparation souple ou de collaboration des pouvoirs dans lequel le gouvernement et le parlement ont des champs d'action communs et un droit de révocation mutuelle, le parlement pouvant mettre en jeu la responsabilité politique du gouvernement et le gouvernement pouvant prononcer la dissolution du parlement.

a) **L'organisation du régime parlementaire**

D'un côté nous avons un exécutif bicéphale. D'une part, il y a le chef de l'état, monarque héréditaire ou président élu. Il est politiquement irresponsable. Aujourd'hui, il ne joue en principe plus un rôle politique actif mais il exerce une magistrature morale ou d'influence dont la portée varie en fonction de son autorité personnelle.

Le gouvernement c'est par lui que s'établit une collaboration étroite entre l'exécutif et le parlement. D'ailleurs, le gouvernement est parlementaire par ses origines et gouvernemental par ses fonctions. Généralement, les gouvernants sont choisis parmi les parlementaires. Le gouvernement ne peut pas gouverner s'il n'a pas la confiance du parlement, auquel cas il doit démissionner. Cette nécessité résulte du fait que le gouvernement est politiquement et collectivement responsable devant le parlement.

De l'autre côté, nous avons un parlement en général bicaméral. Le bicamérisme ou bicaméralisme n'est pas indispensable au fonctionnement du régime parlementaire (Suède). Il peut rester utile afin que le parlement ne soit pas trop puissant face à un exécutif divisé en deux organes.

b) **Fonctionnement du régime parlementaire**

Le régime parlementaire se caractérise par une collaboration équilibrée et une sanction entre les pouvoirs exécutif et législatif.

Tout 'abord, la collaboration fonctionnelle est due au fait que le législateur participe à l'exercice de la fonction exécutive (déclaration de guerre,; ratification des traités) et surtout l'exécutif participe à l'exercice de la fonction législative (initiative des lois).

Ensuite, cette collaboration est sanctionnée car les pouvoirs exécutif et législatif sont révocables mutuellement. En effet, le gouvernement ne peut gouverner qu'avec la confiance du parlement et plus précisément avec la chambre basse (issue du suffrage universel: assemblée nationale ou House of Commons). Cette nécessité pour le gouvernement de garder la confiance du parlement est sanctionnée par la responsabilité politique, c'est-à-dire par l'obligation pour le gouvernement de démissionner collectivement lorsqu'il ne dispose plus de cette confiance. Il y a deux moyens traditionnellement pour le gouvernement pour vérifier s'il a toujours cette confiance. D'abord, le chef du gouvernement peut prendre l'initiative de la vérification et pour cela, il pose la question de confiance au parlement (art 49-1 de la Constitution de 1958). Tantôt, l'initiative de la

vérification et l'initiative des membres du parlement qui déposent à cet effet une motion de censure (art 49-3 de la Constitution de 1958).

Pour éviter que par cette arme de la responsabilité politique le parlement n'assoie sa suprématie sur l'exécutif, pour faire en sorte que l'équilibre soit maintenu, l'exécutif dispose également d'une arme lui permettant d'exercer sur le parlement une pression politique et éviter ainsi d'être souvent mis en minorité. C'est le droit de dissolution qui consiste à l'exécutif d'abréger le mandat des parlementaires en provoquant des élections.

Ainsi, la mise en jeu de la responsabilité politique du gouvernement par les parlementaires est susceptible de ramener ces derniers devant les électeurs. Le droit de dissolution permet au gouvernement mis en minorité d'en appeler au pays pour lui demander de trancher le conflit entre parlement et gouvernement. Autrement dit, le droit de dissolution signifie qu'au-delà de la confiance du parlement existe celle plus importante des électeurs, des citoyens et les députés tombés du gouvernement doivent faire la preuve qu'ils sont bien en harmonie avec les citoyens.

2) **Évolution du régime parlementaire**

Ce régime est d'abord apparu en Angleterre. À la fin du XVIII^{ème} est en place un régime parlementaire. Entre le milieu du XVIII^{ème}, on est passé d'une monarchie absolue, régime de confusion des pouvoirs à une monarchie limitée où le roi n'a déjà plus tous les pouvoirs et doit partager le pouvoir législatif avec les chambres. C'était la situation où Montesquieu décrit le régime parlementaire.

Le roi joue un rôle politiquement actif. Il est contraint de choisir les ministres dans la majorité des chambres et il peut les révoquer. Le cabinet devra avoir la double confiance et du roi et des chambres. On parle de régime parlementaire dualiste ou orléaniste. Sous cette forme dualiste, le régime parlementaire apparaît comme un régime de transition entre deux époques marquées par des conceptions différentes sur le siège de la souveraineté.

Le régime parlementaire dualiste assure la coexistence au sein de l'État de deux légitimités antagonistes: légitimité monarchiste et démocratique.

Le cabinet assure la conciliation et la collaboration entre ces deux organes car il est responsable politiquement devant le roi et la chambre. Il peut se prévaloir auprès de chacun d'eux, de la confiance et de la volonté de l'autre.

Le régime dualiste est fondé sur l'équilibre de ces deux pouvoirs représentatifs d'une légitimité antagoniste. On comprend que le régime parlementaire dualiste ne pouvait perdurer que tant que durait cet équilibre.

Progressivement va triompher la légitimité démocratique. Il n'y aura plus qu'au sein de l'État une seule volonté politique, celle des représentants du peuple (parlement) et pour le gouvernement, il n'y aura qu'à lui obéir, et à rechercher un monarque.

Le gouvernement n'encourt plus de responsabilité politique devant le parlement. Il n'aura besoin que de la confiance du parlement pour gouverner.

Par conséquent, il n'accepte de contresigner que des actes qu'il approuve.

La totalité du pouvoir exécutif passe aux mains du gouvernement et le roi n'a plus qu'un rôle de représentation. Il règne mais ne gouverne pas. Le gouvernement devient moniste et non plus dualiste. Il n'est responsable politiquement que devant la chambre.

Ce régime parlementaire peut connaître des évolutions:

Il peut dériver vers un régime parlementaire majoritaire. C'est le cas si le système partisan se caractérise par l'alternance au pouvoir de deux grandes forces politiques. C'est le gouvernement d'un parti ou d'une coalition qui détient la majorité aux sièges au parlement, sous le contrôle de l'opposition et l'arbitrage de l'électeur. Dans cette variante du régime, il y a soudure entre le gouvernement et le parlement car les élections permettent de dégager une majorité claire et stable, dont l'État-major forme le gouvernement. Il n'y plus équilibre entre gouvernement et parlement. Il y a domination du

gouvernement sur le parlement. Le gouvernement a une double légitimité: partisane et populaire.

Par contre, on est dans un système multi-partisan qui ne permet pas l'émergence à l'issue des élections d'une majorité parlementaire cohérente et stable, sont tentés de mettre en place un parlementarisme rationalisé, c'est-à-dire l'un mécanisme institutionnel destiné à éviter l'instabilité gouvernementale malgré l'absence de majorité parlementaire stable. Il octroie au gouvernement des prérogatives dans la procédure législative

B. Le régime présidentiel

C'est un régime inventé par les constituants américains de Philadelphie, appelé ainsi par Walter Bagehot. Le régime présidentiel, à la différence du précédent, se caractérise par une séparation stricte des pouvoirs. En effet, il peut être défini comme un régime où l'équilibre des pouvoirs est obtenu par leur séparation à la fois organique et fonctionnelle. Le pouvoir exécutif est détenu en totalité par un organe irresponsable devant le parlement qui détient en totalité le pouvoir législatif et qui ne peut être dissous par l'exécutif.

1) **L'organisation des pouvoirs publics**

a) ***Un exécutif monocéphale***

À l'origine, l'exécutif est confié tout entier à une seule et même personne, qui cumule les fonctions de chef d'État et de gouvernement. Cette personne est assistée de ministres qui sont ses collaborateurs, nommés et révoqués discrétionnairement par lui. Les ministres ne forment pas un organe distinct du chef exécutif, comme c'est le cas dans un régime parlementaire et ils n'ont pas de pouvoir décisionnel. Il peut tirer son autorité d'une légitimité monarchique (1791) ou d'une investiture populaire (USA ou sous la Constitution de 1848). Le chef du pouvoir exécutif est donc indépendant du parlement.

b) ***Un parlement bicaméral***

Aux USA, le parlement est représenté par deux chambres, la Chambre des représentants (peuple) et le Sénat (États). Le bicaméralisme n'est pas impératif du régime présidentiel. Par exemple, sous l'empire de la Constitution de 1848, il y avait monacamérisme. L'essentiel est que le parlement jouisse d'une légitimité équivalente à celle du pouvoir exécutif pour pouvoir être un authentique contre-pouvoir. Soit une légitimité différente ou la même légitimité (USA).

2) **Les relations entre les pouvoirs publics**

Ils se caractérisent par une indépendance organique et une spécialisation fonctionnelle. Tout le pouvoir exécutif au chef du pouvoir exécutif et tout le pouvoir législatif au parlement. Dans la pratique, la spécialisation connaît certaines nuances. Par exemple, aux USA, le président a un droit de veto. Il bénéficie aussi d'une initiative législative indirecte par le biais des messages au Congrès. Le Congrès intervient aussi dans l'exécutif. Le sénat doit confirmer la nomination aux emplois fédéraux (ministres, juges fédéraux), doit approuver les traités et le Congrès doit autoriser l'envoi de troupes à l'étranger au-delà de 60 jours.

L'indépendance organique avec le chef du pouvoir exécutif qui n'est pas responsable politiquement devant le parlement. Il y a irrévocabilité mutuelle. Le chef de l'exécutif ne peut dissoudre le parlement.

