

DROIT CONSTITUTIONNEL

**Licence I (EAD) – 1^{er} semestre
Année universitaire 2007-2008**

Cours de Séverine NICOT

Attention :

Ce document ne correspond qu'à la première partie du cours. La seconde partie du cours, qui porte sur les régimes constitutionnels étrangers et l'histoire constitutionnelle française de 1789 à 1958, vous parviendra ultérieurement.

INTRODUCTION

A – La position du droit constitutionnel dans les sciences juridiques

D'un point de vue juridique, le droit constitutionnel se présente comme *l'une des branches du droit public* (1) ; plus exactement, il se présente comme *une ramification du droit public interne* (2).

1) Une branche du droit public

La distinction droit public/droit privé est une distinction traditionnelle – la *summa divisio* – en droit français. À vrai dire, de façon schématique, l'étude de notre droit met en exergue deux aspects : le public, qui concerne l'État, et le privé, qui concerne les particuliers. Tandis que le droit privé regroupe les disciplines juridiques qui règlent les rapports entre les particuliers, le droit public repose, quant à lui, sur l'intervention de la puissance publique, c'est-à-dire l'État et ses représentants.

Nb. : Si le droit privé met en présence des acteurs placés sur un pied d'égalité, le droit public, dominé par la recherche de l'intérêt général, se caractérise par la supériorité des prérogatives de l'État et des collectivités publiques.

2) Une branche du droit public interne

Une seconde classification vient s'ajouter à celle qui oppose le droit public au droit privé, à savoir celle qui distingue le droit international et le droit interne. À vrai dire, si le

droit public est, schématiquement, le droit de l'État, on distingue en son sein, selon qu'il s'agit des relations de l'État avec d'autres États (ou entités internationales) ou des relations de l'État avec les gouvernés ou avec ses propres composantes, le droit public international et le droit public interne. Pour résumer, alors que le droit public international (DIP) s'applique aux rapports entre États, le droit public interne s'intéresse aux questions soulevées par l'intervention de la puissance publique à l'intérieur d'un État déterminé.

Nb. : Le droit public interne comporte plusieurs sous-ensembles : le droit constitutionnel, le droit administratif, les finances publiques ...

B – Le contenu (ou l'objet) du droit constitutionnel

L'objet du droit constitutionnel ne peut être saisi que par des approches successives. Il faut exposer, dans un premier temps, *les éléments classiques de la définition de ce droit* (1) avant d'examiner, dans un deuxième temps, la dilution du droit constitutionnel classique dans la science politique. Dans un troisième et dernier temps, il conviendra de se demander quel est *le contenu du droit constitutionnel contemporain* (3).

1) Le droit constitutionnel classique

Pendant très longtemps, le droit constitutionnel a eu pour objet principal l'étude des institutions et de leur pratique. Pour cette raison, ce droit fut souvent considéré comme « *la partie du droit public interne qui a trait à l'organisation politique de l'État* » ou comme « *l'ensemble des institutions grâce auxquelles le pouvoir s'établit, s'exerce ou se transmet dans l'État* ». Autrement dit, le droit constitutionnel est appréhendé essentiellement sous l'angle des institutions, c'est-à-dire comme un droit institutionnel.

Nb. : Jusqu'à la Seconde Guerre mondiale, le droit constitutionnel, tel qu'il apparaît dans les manuels de droit et tel qu'il est enseigné dans les universités, se présente comme une discipline juridique dont la structure est très liée à celle de la Constitution et du régime constitutionnel en vigueur, c'est-à-dire de la III^{ème} République.

2) Le droit constitutionnel « politiste »

Après la Seconde Guerre mondiale, le contenu du droit constitutionnel évolue sous l'influence de la science politique. En particulier, il est soutenu que, si l'on peut étudier les régimes politiques en ne les abordant que du point de vue du droit, on ne peut les comprendre sans philosophie politique, sans interprétation de l'histoire des idées politiques, sans science politique, à laquelle le modèle anglo-saxon réserve une place d'honneur.

3) Le droit constitutionnel contemporain

De nos jours, le droit constitutionnel ne peut plus être enseigné comme il l'était au XIX^{ème} siècle et au début du XX^{ème} siècle. Dès lors, les définitions données précédemment ne

correspondent plus tout à fait à la réalité du droit constitutionnel qui présente, en réalité, un triple objet :

- Le droit constitutionnel institutionnel : le droit constitutionnel régit les relations entre les pouvoirs publics. En fait, il règle les relations entre les pouvoirs constitués, c'est-à-dire entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Il s'intéresse, aussi, à la dévolution du pouvoir, à son exercice ainsi qu'à sa transmission.
- Le droit constitutionnel des libertés : le droit constitutionnel régit les relations entre les individus et la puissance publique, en conférant à ceux-là un certain nombre de droits et libertés fondamentaux.
- Le droit constitutionnel normatif : la création et le régime des normes juridiques forment le troisième objet du droit constitutionnel. En effet, la Constitution se présente comme une « norme de production des normes », ce qui signifie que les compétences normatives puisent leurs sources dans la Constitution, qui va consacrer leur existence et leurs principales règles d'édiction.

Par suite, le droit constitutionnel peut, aujourd'hui, être défini comme l'ensemble des règles juridiques qui déterminent les relations entre les pouvoirs publics, les droits et libertés fondamentaux ainsi que la création et le régime des normes juridiques.

Trame du Cours :

- L'étude du droit constitutionnel va du général au particulier, du passé au présent.

CHAPITRE I : L'INSTITUTIONNALISATION DU POUVOIR : L'ÉTAT

Nb. : Employé en ce sens, le terme « État » s'écrit toujours avec un « E » majuscule ...

Aujourd'hui, l'État est la forme normale (et la plus répandue) d'organisation des sociétés politiques¹. D'ailleurs, d'un point de vue matériel, le droit constitutionnel a pour objet principal l'étude de l'État. En particulier, l'État fournit le cadre à l'intérieur duquel naissent et jouent les règles et où apparaissent les phénomènes dont l'étude fait l'objet du Cours de droit constitutionnel. En conséquence, le droit constitutionnel est, avant tout, le droit de l'État. Il en désigne, notamment, les conditions d'existence, la forme et les modalités de fonctionnement. Formulé autrement, le droit constitutionnel traite de l'ensemble des règles relatives à l'organisation de l'État, c'est-à-dire à la désignation des individus qui exercent le pouvoir, à leurs compétences et à leurs rapports mutuels.

On ne peut comprendre le fonctionnement de l'État sans en rechercher, au préalable, *l'origine* (Section I). Puis, il conviendra d'en donner *une définition* (Section II).

Section I – L'approche conceptuelle de l'État : l'origine de l'État

Pistes de réflexion :

- Quel est le fondement de l'État ? En d'autres termes, comment l'État est-il né ?
- Pourquoi les individus acceptent-ils d'obéir à l'État ?
- Est-ce que toute société soumise à un pouvoir constitue un État ?

L'État est-il le résultat d'un processus naturel ou une construction artificielle ? En réalité, deux théories s'affrontent pour déterminer à partir de quel élément naît l'État : celle qui soutient que *l'État résulte d'un phénomène naturel* (§ 1) et celle qui défend l'idée selon laquelle *l'État résulte d'un contrat conclu entre des volontés humaines* (§ 2).

§ 1 : L'origine naturelle de l'État

Cette théorie trouve son origine dans les analyses sociologiques de l'évolution des sociétés humaines. Les partisans de cette théorie, se rappelant la formule d'ARISTOTE selon laquelle « *L'homme est un animal politique* », considèrent que la formation de l'État est l'aboutissement d'un phénomène naturel : l'État n'est donc pas le fruit de la volonté humaine, l'œuvre délibérée des hommes, il s'impose. En pratique, la naissance de l'État va reposer sur

¹ Près de 200 États existent actuellement dans le monde ...

un événement ou une succession d'événements, ce processus de création pouvant être rapide ou lent, violent (ex. : conquête, dislocation d'un empire ...) ou pacifique.

§ 2 : L'origine contractuelle de l'État

Cette théorie, qui se propose de trouver dans l'individu le fondement de l'État, repose sur le postulat que l'État n'est pas un phénomène naturel, mais une création artificielle. Plus exactement, l'État serait une construction consciente dans la mesure où il est le fruit de la volonté des hommes. Pour les tenants de cette théorie, une société véritablement juste – c'est-à-dire qui s'oppose à l'état de nature – ne peut effectivement naître que d'un contrat social, c'est-à-dire d'un accord de volonté des individus. L'État se présente ici, comme un phénomène reposant sur un accord de volonté entre les gouvernants et les gouvernés (pacte). Dès lors, c'est de leur plein gré que les individus se soumettent au pouvoir étatique. Il faut, par suite en déduire que l'État est créée par une décision des hommes qui le composent. En d'autres termes, la volonté exprimée par les hommes, qui est à la base du pacte social, est le fondement de l'État.

Nb. : Si cette conception était déjà présente dans la philosophie grecque et, au Moyen-Âge, chez Saint Thomas D'AQUIN, elle se développe au XVI^{ème} siècle et trouve sa pleine expression dans les écrits des philosophes des XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles. Cette théorie est surtout défendue, en Angleterre, par Thomas HOBBS (*Le Léviathan*, 1651)² et John LOCKE (*Essai sur le gouvernement civil*, 1690) et, en France, par Jean-Jacques ROUSSEAU (*Du contrat social*, 1762)³.

Section II – L'approche descriptive de l'État : la définition de l'État

Pistes de réflexion :

- Qu'est-ce que l'État ? À quoi reconnaît-on un État ?
- L'impossible définition de l'État.

Nb. : Comme le fait observer Raymond CARRE DE MALBERG, « *Toute étude du droit public en général et du droit constitutionnel en particulier engage et présuppose la notion d'État. En effet, d'après la définition la plus répandue, il faut entendre par droit public le droit de l'État (Staatsrecht), c'est-à-dire le droit applicable à tous les rapports humains ou sociaux dans lesquels l'État entre directement en jeu. Quant au droit constitutionnel, c'est – ainsi que son nom l'indique – la partie du droit public qui comprend les règles ou institutions dont l'ensemble forme dans chaque milieu étatique la Constitution de l'État. On ne peut donc pas aborder l'étude du droit public ou de la Constitution de l'État sans être amené à se demander aussitôt quelle est l'idée qu'il convient de se faire de l'État lui-même* ».

² Ce philosophe anglais (1588-1679) estime que l'homme est naturellement mauvais (« *L'homme est un loup pour l'homme* »). Or, faute d'organisation sociale et étatique, il appliquera la loi du plus fort, la loi de la jungle ; d'où l'intérêt du plus grand nombre de souscrire, tacitement et par résignation, un contrat confiant le pouvoir à une autorité incontestable qui leur garantira l'ordre et la paix civile.

³ Ce philosophe français (1712-1778) précise le sens du pacte conclu entre les hommes. D'après lui, l'homme naît bon ; c'est l'état social qui le corrompt. Il faut donc « *trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun s'unissant à tous n'obéisse pourtant qu'à lui-même et reste aussi libre qu'avant* ».

Les définitions de l'État sont nombreuses⁴. Cette multiplicité tient, notamment, à la diversité des positions adoptées par leurs auteurs. Ainsi, le géographe identifie l'État à un territoire, l'historien y voit une manière d'être de la nation, le juriste l'assimile à un système de normes (Hans Kelsen), le philosophe le tient pour « *le plus froid des monstres froids* » (Friedrich Nietzsche) ou pour « *le mur qui entoure le jardin où poussent les fleurs et les fruits d'humanité* » (Friedrich Hölderlin) ... Au-delà de cette palette d'opinions subjectives, la définition de l'État dépend, d'un strict point de vue juridique, de l'analyse des composantes communes à tous les États, c'est-à-dire *des éléments constitutifs de l'État* (§ 1) ainsi que des *attributs qui lui sont reconnus* (§ 2).

§ 1 : Les éléments constitutifs de l'État

Toutes les sociétés humaines ne forment pas un État. Quel que soit l'État, la doctrine est unanime pour reconnaître qu'un État ne peut exister que si trois éléments sont réunis. En effet, on considère que « *l'État est un groupement humain fixé sur un territoire déterminé et sur lequel s'exerce une autorité politique exclusive* »⁵. Il ressort de cette définition que, pour exister juridiquement tant au regard du droit interne, c'est-à-dire du droit constitutionnel, que du droit international, l'État suppose la présence concomitante de trois éléments : *un territoire* (A), *une population* (B) et *une organisation politique* (C).

A – L'élément géographique : le territoire

1) La définition du territoire

Pour qu'un État puisse être reconnu, il faut, d'abord, un territoire, qui constitue le cadre de l'exercice de la souveraineté de l'État *ratione loci*. Concrètement, le territoire situe l'État dans l'espace et délimite, d'un point de vue géographique, la sphère d'exercice de ses compétences⁶. En d'autres termes, le territoire est l'espace géographique sur lequel l'autorité politique exerce son pouvoir ou, comme l'énonçait le Doyen Léon Duguit, « *la limite, le cadre d'exercice des compétences exclusives de l'État* ». En conséquence, s'il peut exister des territoires sans État (ex. : les « territoires sans maître », l'espace extra-atmosphérique, les corps célestes, l'Antarctique⁷ ...), il n'y a pas d'État sans territoire⁸, comme l'attestent les problèmes kurde et palestinien⁹. Dès lors, un État qui perd son territoire n'est plus un État.

⁴ Un sadique, avait coutume de dire le Professeur Georges Burdeau, aurait pu recenser plus d'une centaine de définitions de l'État ...

⁵ Gicquel (J.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Domat/Montchrestien, Paris, 19^{ème} éd., 2003, p. 52.

⁶ L'État est « *une corporation à base territoriale* » affirmait le Doyen Maurice Hauriou.

⁷ En vérité, à l'exception de l'Antarctique, toutes les terres émergées, même les déserts les plus ingrats, les îlots désolés, les montagnes inaccessibles, sont partagées entre les États. Le seul véritable espace terrestre qui ne fasse pas l'objet d'une appropriation étatique est l'Antarctique.

⁸ Ainsi, les populations nomades ne constituent pas un État et ce, quelle que soit leur organisation.

Cela étant, le territoire ne se confond pas avec l'État, ce qui signifie que, s'il est amputé, l'État demeure¹⁰.

À qui appartient l'Antarctique ?

Foyer de multiples activités scientifiques, l'Antarctique est aussi une destination touristique de plus en plus recherchée parce que la région offre l'impression d'être un espace de liberté. Pourtant, on ne peut oublier l'image d'un continent symbolisé sous la forme d'un camembert afin d'illustrer les prétentions territoriales des États ...

Au fil des siècles, l'acquisition de « territoires sans maître » a été l'objectif de nombreuses expéditions maritimes vers des contrées lointaines. Au XX^{ème} siècle, les États n'ont pas renoncé pas à leur désir de s'approprier de nouveaux espaces. C'est pourquoi, bien qu'il se situe à des milliers de kilomètres des territoires les plus proches, le continent austral a suscité de multiples convoitises.

Adopté par les 12 États qui ont participé à la Conférence de Washington, le Traité sur l'Antarctique du 1^{er} décembre 1959 fait de celui-ci un continent réservé à la paix et consacre le « gel » des prétentions territoriales des États. Plus particulièrement, il interdit toute revendication territoriale des États sur ce continent, il en prévoit la démilitarisation et il ne tolère, pour seule activité, que des recherches de nature météorologique et scientifique conduites par un certain nombre d'États (dont la France).

Piste de réflexion :

- Est-ce que la forme du territoire entre en ligne de compte dans la reconnaissance d'un État ?

En pratique, il est possible que le territoire présente certaines particularités qui n'ont pas, nécessairement, de répercussions sur l'État. Ainsi, on peut envisager que le territoire soit constitué de plusieurs entités avec des solutions de continuité, comme tel est le cas pour les 3.000 îles de l'Indonésie, pour l'archipel des Philippines, pour la France avec l'Outre-mer ou, bien encore, pour les États-Unis avec l'État de l'Alaska. Il en a été de même pour le Pakistan jusqu'en 1971, c'est-à-dire jusqu'à la sécession du Bengale, qui a abouti à la séparation du Bangladesh et du Pakistan actuel, puisque cet État présentait une structure paradoxale : en effet, les deux parties qui le constituaient étaient séparées par plus de 1.500 km ... Si le territoire d'un État peut être discontinu, il peut aussi être enclavé¹¹ (ex. : la République de Saint-Marin et la Cité du Vatican, entourée par la ville de Rome, dans l'Italie et le Royaume du Lesotho dans l'Afrique du Sud) ou partagé¹². Il peut également faire l'objet de limitations

⁹ La seule exception est celle de l'Ordre de Malte, considéré comme un État bien que, depuis 1798, il n'ait plus de territoire. En effet, l'Ordre est reconnu par les autres États comme un sujet de DIP, au même titre qu'un État : il émet des timbres, bat la monnaie, délivre des passeports, a des ambassadeurs, dispose d'un siège d'observateur permanent auprès des Nations Unies, de la Commission Européenne et des principales OI ... Cependant, c'est une souveraineté sans territoire, les possessions à Rome et à Malte n'étant pas sous la juridiction de l'Ordre mais respectivement sous souverainetés italienne et maltaise.

¹⁰ En effet, l'État peut survivre à la perte temporaire de son territoire (ex. : les pays occupés pendant une guerre) ; mais, il ne s'agit que d'une exception dans la mesure où il n'existe plus d'État s'il y a perte définitive du territoire.

¹¹ Un État est dit enclavé quand il est complètement entouré par un autre État. Dans les faits, ce type d'État doit être distingué de l'État qui est complètement entouré par un autre, à l'exception d'une petite section côtière lui permettant d'avoir accès aux eaux internationales (ex. : la Gambie, que seule une bande côtière de 50 km empêche d'être totalement enclavée dans le Sénégal).

¹² Telle était la situation, de 1906 à 1980, du condominium franco-britannique des Nouvelles-Hébrides devenu, par la suite, l'État du Vanuatu.

(ex. : concession de bases à une puissance étrangère¹³) ou de modifications (ex. : cession d'une partie du territoire par vente¹⁴ ou à la suite d'une défaite¹⁵) sans cesser, pour autant, de servir de support à l'État dès lors qu'il ne passe pas entièrement sous le contrôle d'une ou de plusieurs puissances étrangères.

Piste de réflexion :

- Est-ce que l'étendue du territoire entre en ligne de compte dans la reconnaissance d'un État ?

Dans les faits, la taille d'un État peut être très variable ; il n'y a pas de seuil territorial, de minimum de superficie, à partir duquel un État peut être constitué. En effet, l'étendue du territoire n'entre pas en ligne de compte dans la définition de l'État. Ainsi, Monaco, avec ses 2.5 km², ou le Vatican, avec ses 44 ha, constituent des États au même titre que la Chine, la Russie ou le Canada qui dépassent (ou approchent) les 10 millions de km².

Nb. : Le terme « micro-État » est employé pour désigner un État souverain dont le territoire est particulièrement exigu et, par suite, dont le peuplement est assez limité en comparaison avec les autres États du monde (ex. : Andorre, le Liechtenstein, Monaco, Saint-Marin, le Vatican ...). Le plus souvent, ces États, aux limites territoriales resserrées, sont liés, par des conventions, à une puissance voisine qui assure leur protection¹⁶.

2) Les composantes du territoire

En pratique, l'État ne peut se concevoir sans une emprise géographique délimitée par des frontières¹⁷, qui sont d'abord terrestres¹⁸, mais qui peuvent être également maritimes ou aériennes. De la sorte, il est admis que les États prolongent leur souveraineté sur la zone maritime voisine de leurs côtes, sur une profondeur de 12 milles marins (un mille = 1.852 m) pour la mer territoriale et de 188 milles marins pour l'exploitation du plateau continental. Au-delà de ces 200 milles marins s'étend la haute mer, qui reste libre, qui appartient à tout le monde, au motif qu'elle fait partie du patrimoine commun de l'humanité (*res communis*). Par ailleurs, l'espace qui surplombe le territoire est, jusqu'à la stratosphère, la propriété de

¹³ Ex. : la base militaire de Guantanamo.

¹⁴ Ex. : la vente de la Louisiane par la France aux États-Unis en 1803.

¹⁵ Ex. : la perte de l'Alsace-Lorraine par la France en 1871.

¹⁶ Cf., par exemple, les relations établies entre la France et Monaco.

¹⁷ Une frontière est une ligne imaginaire séparant deux territoires, en particulier deux États souverains. De façon traditionnelle, on distingue les frontières naturelles (ligne des crêtes, partage des eaux) des frontières artificielles (fixées en application de traités par des commissions de techniciens). L'idée d'enfermer une collectivité humaine dans des limites linéaires stables est relativement récente. Dans la Grèce antique, il n'y avait ni ligne douanière, ni ligne militaire. Ce n'est qu'au XVI^{ème} siècle que les travaux cartographiques, rendus possibles par le renouveau des études mathématiques et géographiques, font apparaître la notion moderne de frontière.

¹⁸ La délimitation des frontières terrestres est, très souvent, à l'origine de conflits armés entre États. En effet, le concept de frontière ayant une origine militaire, il est sujet à des tensions ou à des conflits. Parmi ces conflits ou ces tensions, on peut dégager deux types : d'un côté, les conflits ayant pour origine une tentative d'agrandissement du territoire et, de l'autre, des conflits tenant principalement au tracé de la frontière.

l'État, ce qui justifie qu'une autorisation de survol soit exigée pour les avions, mais pas pour les satellites.

Nb. : Le territoire produit des effets juridiques dès lors que l'on applique le « droit du sol ». Le « droit du sol » est la règle de droit accordant la nationalité à toute personne physique née sur le territoire national, indépendamment de la nationalité de ses parents. Cette notion s'oppose à celle de « droit du sang » selon laquelle la nationalité est accordée aux enfants nés de parents possédant eux-mêmes la nationalité concernée. Cela étant, l'un n'exclut pas toujours l'autre.

B – L'élément personnel : la population

1) La définition de la population

« *On ne fait pas une patrie avec un morceau de plaine* », écrivait Ernest LAVISSE. En effet, pour qu'un État puisse être reconnu, il faut une population sur laquelle l'État exerce sa souveraineté *ratione personae*. Autrement dit, le territoire ne suffit pas à constituer un État s'il ne s'y ajoute une population, cette dernière correspondant à l'ensemble des individus qui vivent, de manière sédentaire, sur le territoire d'un État. Dès lors, la population constitue la substance humaine de l'État.

Piste de réflexion :

- Est-ce que l'importance de la population entre en ligne de compte dans la reconnaissance d'un État ?

L'importance de la population est juridiquement indifférente quant à la nature d'État. De la sorte, la République de Nauru, qui compte moins de 10.000 habitants, constitue un État au même titre que la République populaire de Chine qui, pour sa part, compte plus d'un milliard d'habitants.

Nb. : L'identité et la continuité de l'État ne sont pas affectées par les phénomènes d'émigration, d'immigration ou de transfert de populations.

2) La population et la nation

Nb. : Un État ne peut pas exister sans groupement humain. Pour désigner cette collectivité humaine, seul le terme « population » est pertinent. Ce terme doit donc être soigneusement distingué d'une autre notion, voisine mais distincte, à savoir celle de « nation ».

Dans la pratique, la nation est un « groupement humain qualifié », c'est-à-dire « une population avec quelque chose en plus ». Très fréquemment, les individus qui constituent la population d'un État ne possèdent aucune autre caractéristique commune que celle d'être soumis à un même ordre juridique. C'est pourquoi, il peut exister, entre eux, des différences (très) importantes du point de vue linguistique, ethnique, religieux, économique ... Ils n'en forment pas moins, du strict point de vue juridique, la population de l'État. Cela dit, on peut considérer que l'État n'est capable de fonctionner de manière satisfaisante que lorsque la

population qui évolue sur son territoire présente quelques points communs, notamment l'adhésion à certaines valeurs fondamentales et à l'État lui-même, la conscience d'appartenir à un même peuple et la volonté de préserver son unité.

En la matière, on va opposer, de façon traditionnelle, *la conception allemande de la nation, qui repose sur des critères objectifs* (a), à *la conception française de la nation, qui se fonde essentiellement sur des critères subjectifs* (b).

a) La thèse objective (ou allemande) de la nation

Cette conception, développée au XIX^{ème} siècle par l'École allemande, repose sur l'idée de déterminisme. Les partisans de cette thèse (Johann Gottlieb FICHTE et Heinrich Gotthard VON TREITSCHKE) mettent en avant des éléments de fait pour définir la nation : à leurs yeux, la nation est la résultante (ou le produit nécessaire) d'éléments objectifs telles la géographie, la langue, l'ethnie, la religion, la culture, l'idéologie, la race ...

Nb. : La conception objective de la nation ne permet pas toujours de rendre compte de certaines situations dans la mesure où des éléments de fait similaires ne fondent pas nécessairement une nation : l'insularité peut s'accompagner de la partition (ex. : Haïti et la République dominicaine), un État peut connaître plusieurs langues (ex. : la Suisse) ou plusieurs religions (ex. : l'Allemagne) et la communauté linguistique de certains pays ne permet pas forcément leur unification (ex. : l'unification des pays de l'Amérique latine (à l'exception du Brésil) souhaitée par Simon BOLIVAR) ...

Développée à l'extrême, la conception objective de la nation est critiquable car elle peut entraîner des dérives dangereuses pour la démocratie, dont le régime nazi constitue la parfaite illustration, puisque l'affirmation de la supériorité de la race aryenne et la volonté de fonder la nation allemande sur ce seul critère ont conduit au génocide juif. De même, c'est cette conception qui a été à la base des graves conflits ethniques et de la purification ethnique pratiquée dans l'ex-Yougoslavie et, particulièrement, en Bosnie au milieu des années 1990.

b) La thèse subjective (ou française) de la nation

Cette conception, défendue notamment par Fustel DE COULANGES et Ernest RENAN, repose sur l'idée de volontarisme. Les partisans de cette thèse cherchent à démontrer que la formation d'une nation est un phénomène plus complexe que la simple addition d'éléments objectifs¹⁹. En effet, entrent en ligne de compte, dans la genèse d'une nation, non seulement des données objectives mais aussi la volonté d'une population de vivre ensemble.

Ernest RENAN, *Qu'est-ce qu'une Nation ?*, Conférence à la Sorbonne, 1882

« (...) Une nation est une âme, un principe spirituel. Deux choses qui, à vrai dire, n'en font qu'une, constituent cette âme, ce principe spirituel. L'une est dans le passé, l'autre dans le présent. L'une est la

¹⁹ Pour le Professeur Georges BURDEAU, « *La nation relève plus de l'esprit que de la chair* » et, pour le Doyen Maurice HAURIU, « *Une nation est une mentalité* ».

possession en commun d'un riche legs de souvenirs ; l'autre est le consentement actuel, le désir de vivre ensemble, la volonté de continuer à faire valoir l'héritage qu'on a reçu *indivis*.

L'homme, Messieurs, ne s'improvise pas. La nation, comme l'individu, est l'aboutissant d'un long passé d'efforts, de sacrifices et de dévouements. Le culte des ancêtres est, de tous, le plus légitime ; les ancêtres nous ont faits ce que nous sommes. Un passé héroïque, des grands hommes, de la gloire (j'entends de la véritable), voilà le capital social sur lequel on assied une idée nationale. Avoir des gloires communes dans la passé, une volonté commune dans le présent ; avoir fait de grandes choses ensemble, vouloir en faire encore, voilà les conditions essentielles pour être un peuple. On aime en proportion des sacrifices qu'on a consentis, des maux qu'on a soufferts. On aime la maison qu'on a bâtie et qu'on transmet. (...) ».

Dès lors, s'il convient de prendre en considération des éléments objectifs, ceux-ci ne sont pas, à eux seuls, déterminants pour identifier une nation et il y a lieu de les combiner avec les éléments subjectifs. D'abord, les événements historiques : les guerres, les calamités, les années de prospérité, les réussites communes ... L'âme nationale est faite de souvenirs partagés, de souffrance et de bonheur. Ensuite, la communauté d'intérêts, principalement d'ordre économique, qui résulte, en grande partie, de la cohabitation sur un même territoire. Enfin, le sentiment de parenté spirituelle, le fait que, sans avoir les mêmes croyances ou les mêmes idées, on réagit d'une façon semblable en présence des mêmes événements. La nation est donc, avant tout, une âme, c'est-à-dire qu'elle est composée d'éléments immatériels. Elle représente alors un passé, parce qu'elle est faite de l'acceptation de traditions et de souvenirs communs, un présent et un avenir, qui implique une continuation, un vouloir vivre collectif.

En définitive, c'est la conception subjective qui correspond à la conception dominante de la nation. On ne peut que se féliciter de ce succès, tant sont dangereuses les conséquences qu'entraîne la conception objective, d'ailleurs discréditée par les applications qu'elle a reçues. Certes, les éléments objectifs (ex. : origine, mœurs, langue ...) ne sont pas indifférents ; mais, c'est surtout l'élément volontariste qui est déterminant. En vérité, des éléments objectifs ne suffisent pas, en l'absence de la volonté de vivre ensemble. En définitive, la nation se présente comme un groupement humain par lequel les individus se sentent unis les uns aux autres par des liens à la fois matériels et spirituels et se conçoivent comme différents des individus qui composent les autres groupements nationaux.

Piste de réflexion :

- État et nation coïncident-ils ?

La dissociation entre l'État et la nation : nation désatétisée et État dénationalisé

La confusion a longtemps été faite entre la nation et l'État lui-même. En fait, l'État était, très souvent, perçu comme la nation juridiquement organisée. Mais, dans les faits, il n'y a pas forcément identité entre État et nation.

- L'État sans nation ou précédant la nation (la nation non-constituée) : s'il y a des nations sans État, il existe aussi des États sans nation, tels certains États du Tiers-monde créés artificiellement à partir des anciennes frontières coloniales. Dans ces pays, l'État a, en règle générale, été plaqué, plus ou moins arbitrairement, par le colonisateur sur une réalité sociologique composée d'une mosaïque d'ethnies juxtaposées les unes ou autres, mais non point intégrées (ex. : Nigéria). L'État est, parfois, antérieur à la nation (ex. : États-Unis).

- La nation précédant l'État ou appartenant à différents États (la nation écartelée) : dans la majorité des démocraties de l'Europe occidentale (ex. : Allemagne, Italie ...), la nation a existé avant que ne soit constitué un État. Sinon, par suite de vicissitudes historiques, une nation peut être « tronçonnée » par des frontières (ex. : nation allemande, nation macédonienne, nation kurde ...).
- La coexistence de plusieurs nations (les nations regroupées) : il se peut qu'un État associe, tant bien que mal, un certain nombre de nations à l'intérieur de ses frontières (ex. : Afrique du Sud, Canada, Inde, Russie ...)²⁰.

C – L'élément institutionnel : l'organisation politique

Pour qu'un État existe, il ne suffit pas de rencontrer, sur un territoire déterminé, une population donnée. Il faut, en plus, un gouvernement effectif qui exerce, au nom de l'État, un pouvoir à la fois sur ce territoire et sur cette population. En effet, l'État n'est pas une donnée naturelle, mais une création humaine. Dès lors, il suppose une organisation (ou « appareil d'État »). C'est pourquoi, pour Raymond CARRE DE MALBERG, l'État est « *une communauté d'hommes fixés sur un territoire propre et possédant une organisation d'où résulte, pour le groupe envisagé dans ses rapports avec ses membres, une puissance suprême d'action, de commandement et de coercition* ».

Nb. : Les modifications qui peuvent survenir dans cette construction juridique et politique, c'est-à-dire les changements de régimes constitutionnels ou de gouvernements, n'affectent pas l'identité et la continuité de l'État.

Résumé :

L'État se définit de la façon suivante :

- Un territoire, qui fixe le cadre à l'intérieur duquel l'État exerce son pouvoir de commandement à titre exclusif,
- Une population, qui habite ce territoire et se trouve, de ce fait, soumise à l'autorité de l'État,
- Et une organisation politique, qui exerce l'autorité de l'État de manière souveraine.

§ 2 : Les attributs de l'État

D'un point de vue juridique, l'État se caractérise par *la possession de la personnalité morale* (A) et *la détention de la souveraineté* (B).

A – L'État, une personne morale

1) La définition de la personnalité morale

Le droit connaît des sujets, c'est-à-dire des personnes qui sont soumises aux règles juridiques. Plus précisément, être doté de la personnalité signifie, dans le langage juridique, être apte à posséder des droits et à encourir des obligations. Dans les faits, les sujets de droit

²⁰ Dans ce cas, on parlera d'« État plurinational ».

(ou personnes juridiques²¹) sont, avant tout, les êtres humains, que l'on appelle personnes physiques. Mais, à côté des individus, la plupart des sociétés, sinon toutes, reconnaissent l'aptitude à être des sujets de droit à d'autres « personnes », qui peuvent être soit une entité administrative (ex. : État, collectivités territoriales ...), soit un groupement (ex. : associations, sociétés ...). Ces autres personnes sont appelées, par opposition aux personnes physiques, personnes morales.

Le fait de posséder la personnalité morale traduit la capacité d'une entité d'agir sur le plan juridique. Elle permet, notamment, à des institutions ou à des groupements de disposer d'un patrimoine et de droits. Ceci dit, ce concept repose sur une fiction. Ainsi, dans un style imagé, il a pu être affirmé que « *La personne morale n'est pas une personne ; ni souffrante, ni aimante, sans chair et sans os, la personne morale est un être artificiel. Et CASANOVA le savait bien, qui poursuivit nonnes et nonnettes, mais ne tenta jamais de séduire une congrégation ; on n'a jamais troussé une personne morale* »²². Quant au Doyen DUGUIT, il a souligné la « fictivité » de la notion dans cette célèbre phrase : « *Je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale* »²³. C'est pourquoi, les personnes morales ne peuvent agir que par le truchement de personnes physiques²⁴.

2) L'application de la personnalité morale à l'État

La personnalité morale permet d'inscrire l'État et le pouvoir politique, dont il est le détenteur, dans la continuité, dans la permanence²⁵. Cette continuité de l'État implique que les gouvernements doivent assumer les actes et les décisions de leurs prédécesseurs. Ainsi, lorsqu'un gouvernement négocie un traité qui engage l'État français, le gouvernement suivant ne peut reprendre cette parole au prétexte, par exemple, qu'il n'approuverait pas le traité. En pratique, l'État se présente donc comme une construction juridique destinée à prendre en charge, de façon permanente, les intérêts d'une population, indépendamment des personnes physiques qui agissent en son nom.

Dès lors, l'État apparaît comme une entité abstraite, une institution détachée de la personne physique des gouvernants. En effet, le progrès qui a marqué l'évolution des sociétés

²¹ La notion de personne juridique est indépendante de la notion d'être humain. Ainsi, les esclaves, qui étaient, sans conteste, des êtres humains, n'avaient pas de personnalité juridique. Pour cette raison, ils n'existaient pas au regard du droit et ne pouvaient se prévaloir des règles juridiques. En fait, les esclaves n'étaient pas sujets, mais objets de droit.

²² COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, Litec, Paris, 19^{ème} éd., 2006.

²³ Sous une forme analogue, est attribué, au Professeur Gaston JEZE, l'aphorisme suivant : « *Je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale* », ce à quoi le Professeur Jean-Claude SOYER a répondu : « *Moi non plus, mais je l'ai souvent vue payer l'addition* ».

²⁴ Concrètement, lorsque le chef de l'État signe un Traité, c'est l'État qui est engagé ; quand un ministre passe une commande, celle-ci est livrée à l'État ; si un Préfet expulse un étranger en situation irrégulière, c'est l'État qui endosse la responsabilité de cette décision ...

²⁵ Sous la monarchie, la continuité et la permanence de l'État étaient exprimées par la formule suivante : « *Le Roi est mort, vive le Roi* ».

a consisté à institutionnaliser le pouvoir politique, c'est-à-dire à le dissocier progressivement de la personne de ceux qui commandent pour le confier à l'État. En fait, le pouvoir est attaché à la fonction, et non à la personne de son titulaire ; on obéit à la règle, et non à la personne de celui qui l'a édictée. En conséquence, la personne de l'État ne se confond pas avec la personne de ses dirigeants²⁶, ce qui implique que ceux-ci ne sont pas propriétaires de leurs fonctions ; ils en sont simplement les dépositaires provisoires²⁷. De la sorte, les décisions prises par les autorités étatiques sont réputées prises, non par elles personnellement, mais par l'État. En définitive, les gouvernants passent, mais l'État demeure ...

Nb. : Le patrimoine des gouvernants est distinct du patrimoine de l'État.

B – L'État, une entité souveraine

Il est courant d'affirmer que l'État possède la souveraineté, soit le caractère suprême du pouvoir. En l'espèce, il s'agit de savoir *ce que l'on entend par le terme « souveraineté »* (1) et *comment s'exerce la souveraineté de l'État* (2).

1) La définition de la souveraineté

La souveraineté se définit, en droit, comme la détention de l'autorité suprême, c'est-à-dire d'un pouvoir absolu (dont tous dépendent) et inconditionné (qui ne dépend de qui que ce soit). La souveraineté est donc la qualité d'un être qui n'a pas de supérieur²⁸. S'agissant de l'État, être souverain signifie qu'il ne peut être obligé que par sa propre volonté – dans les limites imposées par le respect dû aux règles de droit – et que, par suite, il n'est soumis à aucune puissance intérieure ou extérieure²⁹. Par conséquent, la personne morale qu'est l'État n'a, pour reprendre les propos du Professeur Édouard LAFERRIERE, « *ni supérieur, ni égal, ni concurrent* ».

Nb. : La souveraineté est une vieille idée conçue progressivement au Moyen-Âge par les légistes, puis au XVI^{ème} siècle par Jean BODIN et au XVII^{ème} siècle par Charles LOYSEAU. Ainsi, les légistes, sous Philippe LE BEL (1285-1314) et ses successeurs, ont voulu fonder l'autorité du Roi et, pour ce faire, ils ont mis en avant la notion de souveraineté. Ils ont utilisé, en particulier, le vieil adage selon lequel « *Le*

²⁶ La célèbre formule de LOUIS XIV, selon laquelle « *L'État, c'est moi* », ne s'applique donc plus ...

²⁷ Le langage courant, qui évoque le « locataire de l'Élysée » ou l'« hôte de Matignon », marque bien le caractère provisoire de la possession du pouvoir par les gouvernants.

²⁸ Sur ce point, Jean-Jacques ROUSSEAU a pu souligner, dans ses Lettres écrites de la montagne (1764), qu'« *Il est de l'essence de la puissance souveraine de ne pouvoir être limitée : elle peut tout ou elle n'est rien* ».

²⁹ Qu'un État souverain puisse, néanmoins, être soumis au droit international ne comporte nulle contradiction, parce que cette soumission résulte de sa propre volonté.

Roi de France est Empereur en son Royaume »³⁰. D'après Jean BODIN, « *la souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une République* » (*Les six livres de la République*, 1576). Quant à Charles LOYSEAU, il considère que « *La souveraineté consiste en puissance absolue, c'est-à-dire parfaite et entière de tout point* » (*Traité des seigneuries*, 1609).

Piste de réflexion :

- L'État est-il soumis au droit ?

2) L'exercice de la souveraineté

La souveraineté de l'État peut être envisagée en deçà et au-delà du territoire : il s'agira alors respectivement de *la souveraineté dans l'État*, dite *souveraineté intérieure* (a), et de *la souveraineté de l'État*, dite *souveraineté extérieure* (b).

Nb. : Si, de nos jours, la souveraineté de l'État connaît une érosion manifeste au niveau international, elle n'a pas, semble-t-il, à redouter une réelle subordination au niveau interne.

a) L'exercice de la souveraineté sur le plan interne : la souveraineté dans l'État

Au plan interne, être souverain signifie que l'État n'est soumis à aucune autorité supérieure, ce qui a pour conséquence que l'État définit lui-même ses compétences et ses règles d'organisation³¹. En fait, l'État est à la source et à l'aboutissement de l'ordre juridique ; il le fonde, le délimite et le met en œuvre. D'un point de vue pratique, la souveraineté implique que l'État a le pouvoir de fixer librement des règles : il élabore sa Constitution, forge les lois, édicte les règlements ... De la sorte, l'État, et lui seul, a le monopole de l'édiction des règles juridiques et dispose de ce que Max WEBER a appelé le monopole de la contrainte organisée. Concrètement, il est le seul à pouvoir édicter des règles de droit et à pouvoir les faire respecter, au besoin par la force, et cela tout à fait officiellement, tant sur le plan intérieur (avec la police) que vis-à-vis de l'extérieur (avec l'armée). Ainsi, lorsque d'autres institutions (ex. : syndicats, associations, Églises ...) disposent de la possibilité d'édicter des règles et de contraindre leurs membres à les respecter sous peine de sanctions, ce n'est que parce que les autorités étatiques l'ont bien voulu et toujours dans le cadre qu'elles ont elles-mêmes fixé³².

Dans l'ordre interne, la souveraineté de l'État se heurte, toutefois, à l'affirmation et au développement des droits de l'homme, au respect dû à la vie privée ainsi qu'au renforcement

³⁰ La souveraineté du Roi de France signifiait, en l'espèce, qu'il n'était soumis ni au Pape ni à l'Empereur. De la sorte, le Roi était assuré d'être reconnu à l'extérieur comme à l'intérieur. À l'extérieur, il s'agissait de montrer que le Roi était l'égal de l'Empereur ; à l'intérieur, il s'agissait de montrer que le Roi disposait des mêmes pouvoirs que l'Empereur.

³¹ Pour reprendre l'expression de Georg JELLINEK, l'État dispose de « *la compétence de la compétence* ».

³² Le souverain peut donc déléguer ou transférer des compétences, sans que cela ne touche à sa souveraineté, tant qu'il conserve la possibilité de reprendre ces compétences.

des collectivités décentralisées. De plus, des atteintes à la souveraineté de l'État peuvent être justifiées par des raisons humanitaires, bien que l'article 2 de la Charte des Nations Unies affirme qu'aucune de ses dispositions « n'autorise les Nations Unies à intervenir dans les affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un État ». Pour cette raison, le principe de souveraineté est censé l'emporter sur le principe d'humanité et les droits des États sur les droits de l'homme³³.

b) La souveraineté sur le plan externe : la souveraineté de l'État

La souveraineté présente, aussi, un aspect externe, tourné vers les autres États, vers la société internationale. En l'espèce, la détention de la souveraineté implique que l'État n'est subordonné à aucune autorité qui lui est extérieure, ce qui signifie que l'État n'est soumis, à l'égard des autres États ou des organisations internationales, à aucune obligation qu'il n'ait librement souscrite.

Pourtant, ce principe d'indépendance absolue cadre mal avec la réalité car l'évolution des sociétés nationales et internationale pose, en des termes nouveaux, le problème de la souveraineté. En effet, la mondialisation contribue à l'érosion de la souveraineté des États. Chargé de conduire les relations internationales de la collectivité, l'État est amené à entrer en contact avec des États étrangers ; or, les relations internationales sont le théâtre d'une confrontation et d'une recherche d'équilibre entre les souverainetés des différents États. De façon générale, la souveraineté d'un État est donc limitée par l'obligation de respecter la souveraineté des autres États. En outre, l'adhésion de l'État aux règles du droit international et sa participation à différentes organisations internationales lui imposent le respect d'un certain nombre de principes et de règles qu'il n'a pas édictés lui-même, bien qu'il ait participé à leur rédaction et consenti à leur application. Plus encore, la souveraineté coïncide mal avec certaines formes d'organisation de l'État, comme le fédéralisme, ou avec l'appartenance à une organisation supranationale (ex. : Union européenne, Nations Unies ...).

Nb. : On peut aussi s'interroger sur la réalité de la souveraineté de nombreux États qui paraissent être sous la tutelle politique (ou économique) d'autres États ou d'organisations internationales (ex. : la position du FMI à l'égard de certains États du Tiers-monde).

Résumé :

- La souveraineté interne :

- * Possibilité de déterminer sa propre organisation politique,
- * Possibilité de fixer ses propres règles de droit,

³³ À titre d'illustration, la répression des populations civiles kurdes, simple « *situation de troubles et de tensions internes* », n'a autorisé qu'exceptionnellement une intervention militaire au printemps 1991 tandis que l'invasion du Koweït, État souverain, par l'Irak, qualifiée de « *conflit armé international* », a pu entraîner celle de la coalition autorisée par le Conseil de sécurité des Nations Unies. De nombreuses ONG ont, toutefois, choisi de secourir sur place toute détresse humaine sans vouloir, pour autant, porter atteinte à la souveraineté des États concernés, et confondre « *cortège d'ambulances et division blindée, stéthoscope et périscope* ».

* Pouvoir de les faire appliquer, pouvoir de contraindre.

- La souveraineté externe :

* Égalité des États,

* Soumission au droit international par la seule volonté de l'État.

CHAPITRE II : L'ENCADREMENT DU POUVOIR : LA CONSTITUTION

Nb. : L'État, nous l'avons vu au Chapitre précédent, se présente comme une personne morale. En tant que telle, l'État ne peut exister qu'en vertu d'un statut³⁴, et le statut de l'État, c'est sa Constitution.

L'un des premiers gestes d'un nouvel État est, fréquemment, de se donner, avec un drapeau, un hymne et une monnaie, une Constitution. Pour quelle(s) raison(s) ? À vrai dire, la Constitution présente à la fois une valeur symbolique, une valeur philosophie, une valeur juridique :

- Une valeur symbolique : la Constitution peut être considérée comme l'acte fondateur d'un État. Cela étant, le symbolisme de la Constitution ne se limite pas à l'apparition de l'État ; il se manifeste également à l'occasion d'un changement de régime. La Constitution est alors l'acte fondateur d'un régime³⁵.
- Une valeur philosophique : se donner une Constitution, c'est admettre que le pouvoir n'est pas illimité, ses détenteurs acceptant de lui fixer des bornes. L'idée de limitation du pouvoir est, ainsi, à l'origine de l'élaboration des Constitutions. On passe, en fait, d'un pouvoir arbitraire, où tout est permis, à un État de droit, c'est-à-dire à un État qui accepte d'être limité par le droit.
- Une valeur juridique : la Constitution correspond à un ensemble de règles juridiques organisant la vie politique et régissant l'exercice du pouvoir.

Nous étudierons successivement *la notion de Constitution* (Section I), *l'évolution d'une Constitution* (Section II) et *la façon dont la Constitution est protégée* (Section III).

Section I – La Constitution, un acte juridique

Pistes de réflexion :

- Qu'est-ce qu'une Constitution ?
- Tous les États ont-ils une Constitution ?

Nb. : Le texte constitutionnel peut porter le titre de « Constitution » ou un titre analogue (ex. : « Loi fondamentale », « loi constitutionnelle », « Charte » ...).

³⁴ Le propre des personnes morales est, effectivement, de ne pouvoir exister qu'en vertu d'un statut. Appelées à assumer des fonctions juridiques, il leur faut, pour pouvoir les exercer, un certain nombre d'organes. Or, ces organes, ce sont ses statuts qui les leur donnent. Par conséquent, sans statut, pas de personnes morale.

³⁵ Les nouveaux gouvernants d'un pays ont, très souvent, envie de souligner leur rupture avec le régime précédent et marquent, par l'élaboration de la Constitution, le début d'une nouvelle étape dans la vie de la nation, l'entrée dans une nouvelle ère ...

§ 1 : La définition de la Constitution

On peut définir la Constitution de deux façons : sous un angle matériel et sous un angle formel. En fait, cette distinction apparaît selon que l'on parle de l'objet sur lequel porte la Constitution ou de la procédure appliquée pour la création de la norme suprême. D'une manière plus précise, il est donc possible de définir une Constitution en s'attachant, *soit à son objet (A), soit à son régime juridique (B)*.

A – La définition matérielle : le contenu de la Constitution

Pistes de réflexion :

- Que mettent les peuples dans leurs Constitutions ?
- Est-il possible de déterminer un « objet constitutionnel » ?

Une définition matérielle prend le contenu pour objet. C'est pourquoi, la définition matérielle de la Constitution va s'intéresser au contenu de la norme fondamentale, c'est-à-dire à la matière sur laquelle celle-ci porte son attention. La conception matérielle de la Constitution renvoie, par suite, aux principes appartenant au domaine constitutionnel. Dès lors, la question qui se pose est de déterminer quel est le contenu de la Constitution.

Si, à l'origine, les Constitutions s'intéressent principalement à *l'aménagement des pouvoirs* (1), désormais, elles touchent aussi *aux droits et libertés fondamentaux* (2).

Nb. : Jusqu'à quel point doit-on descendre dans le détail pour fixer le contenu de la Constitution ? En pratique, il semble préférable que la Constitution tende à l'essentiel et cultive la concision. On connaît d'ailleurs, à ce sujet, l'aphorisme de NAPOLEON selon lequel « *Une Constitution courte et obscure est la meilleure des Constitutions* ». De ce fait, les Constitutions, qui restent des documents relativement brefs, ne fixent, le plus souvent, que les points essentiels relatifs au statut des organes de l'État et aux rapports qu'ils entretiennent³⁶.

1) La conception initiale : le statut de l'État

Dans cette conception, qui correspond à ce que le Doyen Maurice HAURIOU appelait la Constitution politique, la Constitution est l'ensemble des règles relatives à l'organisation et au fonctionnement des pouvoirs publics. Cette conception n'a rien de choquant dans la mesure où le but premier des Constitutions est d'organiser l'exercice du pouvoir et où l'État, en tant que personne morale, ne peut exister qu'en vertu d'un statut, ce dernier étant sa Constitution. Pour l'essentiel, la Constitution va contenir les règles qui indiquent quels sont,

³⁶ Par exemple, pour ne pas être trop « bavarde » et alourdie par des détails trop pointilleux, la Constitution française du 4 octobre 1958 est complétée par des lois organiques qui apportent les précisions souhaitées sur certains points.

dans un État déterminé, les fondements et les sources du pouvoir, comment ces pouvoirs s'exercent, quelles bornes leur sont fixées et, le cas échéant, quelles sont les finalités de l'action politique ... Concrètement, ces règles déterminent la forme de l'État, la dévolution et l'exercice du pouvoir.

Nb. : En France, on trouve ces normes dans le corps même de la Constitution du 4 octobre 1958, c'est-à-dire les articles 1^{er} à 89 de la Constitution.

2) La conception récente : le statut de l'individu

De nos jours, la Constitution c'est non seulement l'ensemble des règles fixant le statut de l'État, mais c'est aussi l'ensemble des règles fixant le statut du citoyen. Il s'agit là de ce que le Doyen Maurice HAURIOU a appelé la Constitution sociale. En l'espèce, sont concernés les gouvernés, et non plus les gouvernants ; les citoyens, et non plus les institutions politiques.

Nb. : En France, les droits et libertés des citoyens sont reconnus dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 pour ce qui est des droits politiques et par les principes du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 pour ce qui est des droits économiques et sociaux³⁷.

Pour résumer, la Constitution se ramène, d'un point de vue strictement matériel, aux règles organisant les pouvoirs publics, le fonctionnement des institutions ainsi que les droits et les libertés des individus³⁸.

Nb. : Au vu de ces éléments, force est de reconnaître que la Grande-Bretagne a une Constitution, même si on observe l'absence d'un document écrit appelé Constitution.

Les dispositions formellement constitutionnelles (les excroissances constitutionnelles)

Il paraît justifié que, au sein d'un État, on ménage aux règles concernant l'organisation des pouvoirs publics et droits et libertés des citoyens une place de choix, en les inscrivant dans la Constitution : ces règles devant dominer la vie nationale, il faut effectivement qu'aucune autre ne puisse les contredire et qu'elles soient dotées aussi d'une stabilité plus grande.

Mais, la tentation de soustraire aux inévitables variations législatives d'autres principes dépourvus de lien, même indirect, avec la charpente de la société politique, s'est constamment manifestée elle aussi. Outre les dispositions relatives au statut de l'État et les déclarations de garantie des droits, il est donc fréquent que les textes constitutionnels contiennent des dispositions sans aucun rapport avec ces deux matières. C'est pourquoi, à côté de dispositions constitutionnelles à la fois par leur matière et par leur

³⁷ L'autorité qui s'attache, sur le plan juridique, aux droits et libertés garantis par la Constitution dépend, dans une large mesure, de leur place dans le texte constitutionnel. En règle générale, seules les garanties des droits qui figurent dans le corps même de la Constitution ont une réelle valeur juridique. En revanche, les droits contenus dans les Préambules ou dans les Déclarations de droits stricto sensu n'ont que la valeur d'un exposé philosophique qui doit aider à l'interprétation du texte constitutionnel et inspirer l'action du pouvoir institué, mais qui reste dépourvu de sanction juridique. C'est pourquoi, à l'étranger, certains constituants ont préféré inscrire les droits et libertés fondamentaux des individus dans le texte même de la Constitution (ex. : Allemagne, Espagne, États-Unis ...).

³⁸ Et ce, quelle que soit la manière dont cette norme a été établie et la place qu'elle occupe au sein de la hiérarchie des normes.

forme, sont apparues des dispositions constitutionnelles par leur seule forme, c'est-à-dire des règles qui ne sont constitutionnelles que par leur forme et leur valeur juridiques alors que, par leur contenu, elles devraient relever du domaine de la loi ordinaire.

On rencontrait de telles dispositions dans la Constitution suisse de 1874. En pratique, le peuple suisse, au niveau de la Confédération, ne dispose du droit d'initiative qu'en matière constitutionnelle. Or, lorsqu'un groupe de citoyens s'intéresse à un problème qui devrait relever de la législation ordinaire et qu'il ne parvient pas à faire voter la loi qu'il souhaiterait par le Parlement fédéral, il est fréquent que ce groupe fasse circuler des pétitions dans l'objectif de faire inscrire les dispositions en cause dans le texte constitutionnel. Le Chapitre I^{er} de celle-ci, qui était consacré aux « dispositions générales », se trouvait ainsi contenir de très nombreux articles dont le plus pittoresque, adopté en 1893, était celui qui interdisait l'abattage des animaux de boucherie sans qu'ils n'aient, au préalable, été étourdis (article 25 bis).

B – La définition formelle : la procédure d'élaboration de la Constitution

Quand on évoque le concept de « Constitution formelle », ce n'est plus le contenu de la norme fondamentale qui importe, mais sa forme. La Constitution formelle se définit donc par rapport aux procédures d'élaboration de la norme fondamentale et signifie que certains principes ont valeur constitutionnelle car ils ont été intégrés à la Constitution en respectant une certaine procédure.

Si nous la définissons formellement (ou organiquement), la Constitution se présente comme un document dont l'élaboration et, le cas échéant, la modification obéissent à une procédure différente de la procédure législative ordinaire. Dès lors, la Constitution formelle s'entend des règles qui, soit ont reçu une forme distincte, soit ont été édictées ou ne peuvent être révisées que par un organe spécifique, soit ont été édictées ou ne peuvent être révisées que selon une procédure spécifique. Plus précisément, la Constitution désigne un instrument « *énoncé dans la forme constituante et par l'organe constituant et qui, par suite, ne peut être modifié que par une opération de puissance constituante et au moyen d'une procédure spéciale de révision* ».

Partant, la Constitution se présente comme l'ensemble des règles juridiques élaborées et révisées selon une procédure supérieure à celle utilisée pour la loi ordinaire. De ce fait, la Constitution est un acte élaboré de manière plus solennelle que les autres actes juridiques³⁹. Il s'ensuit que la Constitution est, tout à la fois, privilegiée et protégée : privilégiée, en ce sens qu'elle est unique en son genre ; protégée, dès lors qu'elle est hors d'atteinte des autres normes qui, par définition, lui sont inférieures.

Nb. : En principe, les deux critères coïncident, c'est-à-dire que les matières constitutionnelles sont traitées dans les formes constitutionnelles (ex. : la Constitution française de 1958, la Constitution des États-Unis de 1787, la Loi fondamentale allemande de 1949 ...). Cependant, il se peut qu'un État soit doté d'une Constitution uniquement matérielle (ex. : la Grande-Bretagne).

³⁹ Cela vaut aussi bien pour l'élaboration proprement dite que pour la révision de la Constitution.

Résumé :

- La Constitution matérielle s'attache au contenu : matières constitutionnelles, objet constitutionnel ...
- La Constitution formelle s'attache au régime juridique : procédures, règles établies ...
- Constitution matérielle = le contenu □ et Constitution formelle = le contenant.

§ 2 : La forme de la Constitution

De nos jours, la plupart des États se sont dotés d'une *Constitution écrite* (A) ; mais, la matière constitutionnelle peut aussi prendre la forme d'une *Constitution coutumière* (B).

A – La Constitution écrite

Nb. : Une Constitution écrite peut prendre la forme d'un texte unique ou d'un ensemble de textes.

La Constitution écrite se présente sous la forme d'un document qui est adopté sous la forme d'une loi, soit particulière (loi adoptée par le Parlement à une majorité qualifiée ou par le peuple directement), soit ordinaire (loi votée, comme les autres lois, par le Parlement à la majorité simple). Les objectifs qui président au choix d'une Constitution écrite sont évidents : dans les faits, une Constitution écrite donne plus de solennité et, surtout, plus de précision aux règles constitutionnelles et elle a une valeur pédagogique évidente pour les citoyens. Qui plus est, en choisissant de fixer, dans un document écrit, certaines normes, il s'agit de leur conférer une stabilité et une supériorité renforcées.

Dans les faits, la Constitution écrite est l'hypothèse la plus fréquente. Les premières Constitutions écrites sont celles des cités grecques entre le VII^{ème} et le VI^{ème} siècle av. J.-C.⁴⁰. Par la suite, à Rome, des textes sont venus régir le fonctionnement des institutions politiques. Puis, après un hiatus de plusieurs siècles, sont élaborées, à la fin du XVIII^{ème} siècle, les premières Constitutions modernes : États-Unis en 1787, Pologne et France en 1791. Vinrent, ensuite, la Suède en 1809, le Vénézuéla en 1811, l'Espagne en 1812 ... Peu à peu, l'idée qu'un État se doit d'avoir une Constitution écrite s'impose et les textes constitutionnels se multiplient, par vagues successives : sous l'impulsion des révolutions du milieu des années 1800, après les conflits mondiaux, avec la décolonisation et, plus récemment, avec la transition démocratique dans les pays de l'Europe de l'Est.

Nb. : C'est le retentissement de l'expérience constitutionnelle des États-Unis qui va permettre à l'écrit de s'imposer de façon générale et irréversible.

Pistes de réflexion :

- Une Constitution peut-elle être exclusivement écrite ?
- Dans les pays de Constitution écrite, y a-t-il une place pour la coutume ?

⁴⁰ C'est ainsi, par exemple, qu'ARISTOTE a pu réunir plus les Constitutions de plus de 150 cités grecques.

En règle générale, la coutume doit être exclue d'une Constitution écrite. Mais, *de facto*, toute Constitution, même écrite, donne naissance à un certain nombre d'usages ou de pratiques, qui n'ont pas été expressément prévus par le texte constitutionnel, voire qui vont à l'encontre de certaines dispositions de la Constitution. L'existence de ces pratiques s'explique assez facilement : les Constitutions écrites, même les plus détaillées, ne peuvent tout prévoir et, lorsque se présentent, le cas échéant, des situations auxquelles les constituants n'avaient point songé, la pratique permet de pallier les lacunes du texte constitutionnel. Qui plus est, les Constitutions écrites contiennent, parfois, des dispositions ambiguës, qu'il convient donc d'interpréter. Par ailleurs, les Constitutions doivent évoluer avec le temps et, lorsque leur rigidité (excessive) interdit de les réviser, la pratique des pouvoirs publics se charge d'y apporter la souplesse nécessaire. C'est pourquoi, on aboutit, de temps à autre, à des décalages entre le texte constitutionnel et la pratique, mais également à des « violations » des règles constitutionnelles⁴¹.

Nb. : Pour le général DE GAULLE, la Constitution, c'est « *un esprit, des institutions, une pratique* ».

B – La Constitution coutumière

Une Constitution est dite coutumière lorsque les règles relatives à l'organisation et à l'aménagement du pouvoir se sont développées progressivement sans être inscrites dans un document, c'est-à-dire lorsqu'elles ne se trouvent pas sous forme écrite. En réalité, ce type de Constitution est fondé sur un ensemble de traditions, d'usages, de coutumes – que l'auteur anglais Albert Venn DICEY qualifie de « conventions de la Constitution » – qui n'ont jamais fait l'objet d'une adoption explicite par une instance quelconque. L'organisation politique et les garanties des libertés découlent, alors, du respect d'usages répétés considérés comme obligatoires par les organes étatiques et sanctionnés par les tribunaux en cas de non-respect.

Les Constitutions coutumières sont, aujourd'hui, peu nombreuses (ex. : la Grande-Bretagne, l'Arabie Saoudite, Israël). Pourtant, jusqu'à la fin du XVIII^{ème} siècle, l'organisation politique des États était régie presque entièrement par la coutume, notamment dans les États monarchiques⁴² Cela étant, à mesure que la monarchie absolue s'étiolé, la forme coutumière tend à disparaître. La Constitution coutumière est donc, aujourd'hui, en voie de disparition, et cela principalement pour plusieurs raisons : elle n'est pas réfléchie, elle est imprécise⁴³, elle confère moins de sécurité juridique qu'un document écrit et elle n'est pas démocratique dans son élaboration car le peuple n'y est pas associé⁴⁴.

⁴¹ À ce sujet, cf. l'utilisation de l'article 11 de la Constitution par le général DE GAULLE pour réviser la Constitution.

⁴² Par exemple, en France, sous l'Ancien Régime, les Lois fondamentales du Royaume relevaient, pour l'essentiel, de la coutume, à quelques exceptions près (ex. : l'édit de Moulins de 1566).

⁴³ Ainsi, on ne sait jamais très exactement quand les coutumes entrent en application et quand elles tombent en désuétude, le seuil nécessaire de durée étant aussi difficile à déterminer dans un cas que dans l'autre.

⁴⁴ Joseph DE MAISTRE célèbre, pourtant, les mérites de ce type de Constitution : « *La Constitution est l'ouvrage des circonstances et le nombre des circonstances est infini* ».

Pistes de réflexion :

- Une Constitution peut-elle être exclusivement coutumière ?
- Dans les pays de Constitution coutumière, y a-t-il une place pour l'écrit ?

Aucune Constitution n'est exclusivement coutumière. Ainsi, en Grande-Bretagne, il y a, dans la Constitution, une part de droit coutumier⁴⁵ et une part de droit écrit. Cette dernière est composée, d'un côté, de textes anciens tels la *Magna Carta* de 1215, la Pétition des droits de 1628, l'*Habeas Corpus* de 1679, le *Bill of Rights* de 1689 ou, bien encore, l'Acte d'établissement de 1701 (succession au trône) et, de l'autre, de lois plus récentes votées par le Parlement et qui concernent le système constitutionnel, tels les *Parliament Acts* de 1911 et de 1949 (pouvoirs respectifs des deux Chambres du Parlement).

§ 3 : La Constitution européenne

A – L'élaboration de la Constitution européenne

Un an après la Conférence intergouvernementale de Nice, qui a lancé « Le débat sur l'avenir de l'Union européenne »⁴⁶, les quinze pays de l'Union européenne ont adopté, le 15 décembre 2001, lors du Conseil européen de Laeken, une Déclaration qui approfondit les questions soulevées à Nice sur la réforme des institutions dans la mesure où, d'une part, elle réfléchit sur l'approfondissement de l'intégration européenne et, d'autre part, elle évoque expressément la question d'une Constitution pour l'Union européenne. Selon les termes de cette Déclaration, « *Pour assurer une préparation aussi large et aussi transparente que possible de la prochaine Conférence intergouvernementale, le Conseil européen a décidé de convoquer une Convention rassemblant les principales parties prenantes au débat sur l'avenir de l'Union. (...) Cette Convention aura pour tâche d'examiner les questions essentielles que soulève le développement futur de l'Union et de rechercher les différentes réponses possibles* ». Il est prévu que cette Convention, qui sera présidée par Valéry GISCARD D'ESTAING, se réunisse de mars 2002 à juin 2003. La répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres, la simplification des instruments législatifs de l'Union européenne, l'équilibre institutionnel et l'efficacité du processus décisionnel ainsi que la constitutionnalisation des Traités sont les questions essentielles à débattre au sein de cette Convention sur l'avenir de l'Europe. Après seize mois de négociations souvent difficiles, le projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe est approuvé par les 25 chefs d'État et de gouvernement de l'Europe élargie réunis en sommet à Thessalonique en juin 2003, ce projet devant servir de base aux travaux de la Conférence intergouvernementale

⁴⁵ Des règles aussi essentielles que la responsabilité des ministres, le droit de dissolution de la Chambre basse (la Chambre des Communes), l'obligation pour le monarque de nommer Premier ministre le chef du parti majoritaire à la Chambre des Communes, la rédaction par le parti majoritaire à la Chambre des Communes du Discours du Trône prononcé par le monarque ... sont purement coutumières, mais n'en ont pas moins force obligatoire.

⁴⁶ Durant l'année 2001, des débats nationaux se sont déroulés, au cours desquels les citoyens, les institutions nationales et les institutions communautaires ont fait part de leur vision de la future Europe.

réunie à partir d'octobre 2003⁴⁷. Après d'ultimes négociations, le Traité établissant une Constitution pour l'Europe est adopté, à l'unanimité, par les chefs d'État ou de gouvernement des 25 États membres lors du Conseil européen de Bruxelles des 17 et 18 juin 2004.

Les points essentiels du Traité établissant une Constitution pour l'Europe :

- Attribution de la personnalité juridique à l'Union européenne.
- Fin de la présidence tournante avec l'élection d'un Président du Conseil européen pour 2 ans et demi.
- Création du poste de Ministre des affaires étrangères de l'Union européenne, chargé notamment de la PESC.
- Fixation à 25 du nombre de commissaires européens jusqu'en 2014, puis limitation aux 2/3 du nombre d'États membres.
- Accroissement des pouvoirs législatifs du Parlement européen.
- Intégration de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans le Traité.
- Instauration du droit d'initiative populaire en matière législative
- Possibilité pour un État membre de se retirer de l'Union européenne.

Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe ne pouvait entrer en vigueur qu'à l'issue d'un processus en deux temps : dans un premier temps, le texte final devait être signé officiellement par les chefs d'État ou de Gouvernement des 25 États membres et, dans un second temps, le texte devait être adopté par chacun des pays signataires selon ses propres procédures constitutionnelles⁴⁸. La première étape fut franchie avec succès puisque, après vérification et traduction du texte dans toutes les langues, le Traité fut signé à Rome le 24 octobre 2004. Mais, cela n'est pas suffisant : en effet, le Traité établissant une Constitution pour l'Europe ne pourra entrer en vigueur qu'après sa ratification par l'ensemble des États membres. Le processus de ratification, qui a débuté à l'automne 2004, a occasionné des débats parfois vifs au sein des opinions publiques et des représentations nationales. Cela a eu, d'ailleurs, pour principale conséquence que, en France et aux Pays-Bas, les citoyens ont rejeté le texte de la Constitution respectivement le 29 mai 2005 et le 1^{er} juin 2005. Suite au rejet du texte lors des référendums français et néerlandais, le Royaume-Uni a annoncé, le 6 juin 2005, la suspension du processus de ratification. Au vu de ces éléments, le Conseil européen a jugé, les 16 et 17 juin 2005, que « *la date du 1^{er} novembre 2006, qui avait été initialement prévue pour faire l'état des ratifications, n'est plus tenable, puisque ceux qui n'ont pas ratifié ne sont pas en mesure de fournir une bonne réponse avant la mi-2007* ». Après ce Conseil, le Danemark, qui avait fixé le référendum au 27 septembre 2005, a décidé de le reporter *sine die* et le Président de la République polonaise a aussi annoncé le report *sine die* du référendum envisagé initialement en octobre 2005.

Le projet de Traité simplifié

Après deux jours de négociation au Conseil européen de Bruxelles, les représentants des 27 États membres se sont mis d'accord, dans la nuit du 23 juin 2007, sur les lignes d'un traité institutionnel

⁴⁷ La CIG, appelée à décider définitivement, a très largement suivi la Convention.

⁴⁸ C'est ce qu'on appelle la ratification du Traité par les États membres.

simplifié destiné à remplacer le Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Le nouveau traité devra être ratifié par tous les États membres pour entrer en vigueur en 2009.

B – La nature juridique de la Constitution européenne

Pistes de réflexion :

- La Constitution européenne est-elle, au regard du droit constitutionnel, une véritable Constitution ?
- Peut-il exister une Constitution sans État ?

L'encre de la signature du texte de la Constitution européenne était à peine sèche que, déjà, les controverses sur sa nature apparaissaient. Sommes-nous en présence d'une véritable Constitution ou d'un simple traité international⁴⁹ comme ceux qui l'ont précédée (ex. : Traité de Rome, Traité de Maastricht, Traité d'Amsterdam ...), voire d'un « traité constitutionnel » ? En pratique, nombreux sont les avis sur la question, certains éléments faisant pencher vers *la nature de Constitution* (1), d'autres permettant d'opiner en faveur de *la nature de traité international* (2), ce qui fait dire à certains auteurs qu'il s'agit d'*un traité constitutionnel* (3).

1) Le point de vue matériel : un texte constitutionnel

Pour nombre de spécialistes du droit communautaire, l'idée de Constitution n'est pas neuve dans la mesure où on peut avancer que la Communauté et l'Union disposent déjà d'une Constitution au sens matériel du terme. Dans une acception matérielle, la Constitution correspond à un ensemble de règles fondamentales qui attribuent et organisent le pouvoir. Dès lors, peu importe si ces règles se retrouvent dans une ou plusieurs lois fondamentales, dans un texte dénommé Constitution, voire dans un traité international. C'est pourquoi, certains auteurs ont pu affirmer que l'Union européenne avait une Constitution avant même qu'on songeât à donner ce nom aux dispositions du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, parce que la Constitution est un ensemble de normes relatives à l'organisation et au fonctionnement du pouvoir ou à la production d'autres normes. Or, dans les faits, nombre des dispositions des traités communautaires peuvent être considérées comme ayant une nature constitutionnelle. Ainsi en va-t-il, plus particulièrement, de celles qui concernent les compétences de l'Union, son organisation institutionnelle, la juridiction communautaire, les droits fondamentaux ... En ce qui concerne l'intégration, dans la Constitution européenne, de l'ensemble des articles contenus dans la Charte des droits fondamentaux, elle donne à ces dispositions une valeur juridique contraignante susceptible d'être justiciable tant devant les tribunaux nationaux que devant les juridictions communautaires (CJCE et TPI). Dès lors, la Constitution européenne introduit, dans un système juridique contraignant et susceptible de recours juridictionnel, la garantie des droits des citoyens.

⁴⁹ Le Professeur Guy ISAAC s'est prononcé sur les actes constitutifs des Communautés et de l'Union européennes : « *Les Communautés européennes trouvent leur origine et leur statut dans un traité, acte de droit international, et non dans une Constitution, acte de droit interne* ».

2) Le point de vue formel : un traité international

Au niveau formel, peu de doutes existent sur la nature de la Constitution européenne : il s'agit effectivement d'un traité international, dont les procédures d'élaboration, d'adoption, d'entrée en vigueur et de révision ne se différencient pratiquement pas des autres Traités instituant la CE ou modifiant celle-ci. Si l'on retient, surtout, que le texte ne peut être modifié à la majorité qualifiée, alors nous sommes davantage en présence d'un traité, qui ne peut être révisé qu'à l'unanimité, que d'une Constitution⁵⁰. Par ailleurs, s'il est vrai que le projet initial de la Convention a été élaboré de manière plus démocratique et transparente que les autres traités⁵¹, il n'en demeure pas moins que la Constitution européenne a été signée par les représentants des États membres au nom de ces derniers.

Le Conseil constitutionnel français face à la Constitution européenne

En 2004, la question de la nature du Traité établissant une Constitution pour l'Europe a été posée devant le Conseil constitutionnel français dans la mesure où, si ce texte avait été considéré comme une véritable Constitution, le Conseil n'aurait pu le contrôler au titre de l'article 54 de la Constitution⁵².

Dans la décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, le Conseil constitutionnel, ayant estimé que la dénomination n'emportait aucune conséquence en ce sens qu'elle ne le liait pas quant à la véritable nature juridique du Traité, a considéré qu'il ne s'agissait pas d'une véritable Constitution, mais d'un traité international et ce, pour plusieurs raisons : d'une part au regard de l'entrée en vigueur, d'autre part concernant la ratification et, enfin, au regard des moyens de dénonciation.

3) Une nature hybride : un « traité constitutionnel »

L'intitulé « traité constitutionnel » n'est-il pas un titre étrange, voire contradictoire ? En effet, le terme « traité » nous place le lecteur dans une perspective interétatique tandis que celui de « Constitution » relève d'une conception de type supra-étatique. Qui plus est, dans le vocabulaire juridique, « traité » et « Constitution » sont deux notions différentes répondant à des définitions propres. Par exemple, le traité est un acte qui relève de l'ordre international, la Constitution de l'ordre interne ; le traité est un accord de volontés, la Constitution un acte unilatéral ; le traité est « fait » par des États souverains, la Constitution

⁵⁰ Mais, ce critère est contestable car il y existe des États fédéraux où les modifications du texte constitutionnel exigent l'accord unanime des entités fédérées. C'est le cas, par exemple, au Canada et personne ne dit qu'il n'y a pas de Constitution canadienne ...

⁵¹ La procédure d'adoption du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, tout en étant confiée à une conférence intergouvernementale réunissant les représentants des 25 États membres, a été précédée par une Convention réunissant une centaine de membres, dont les 3/4 étaient des élus représentant les Parlements nationaux et le Parlement européen et où les débats ont été, pour la plupart, publics ou accessibles au public *via* le site Internet de la Convention.

⁵² En application de l'article 54 de la Constitution, « *Si le Conseil constitutionnel, saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le Président de l'une ou l'autre Assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution* ».

par les peuples ... Pour cette raison, l'expression « traité constitutionnel » apparaît, pour certains auteurs, comme un « monstre juridique ».

En pratique, comme l'Union européenne est fondée, d'abord, sur les États, elle ne peut, dans un premier temps, qu'être organisée par un traité, instrument juridique classique d'organisation des rapports interétatiques. Pourtant, une distorsion se fait jour peu à peu entre le cadre juridique de la Communauté et de l'Union européennes et leurs capacités juridiques dans la mesure où le traité, accord interétatique, donne des capacités juridiques de nature constitutionnelle aux institutions européennes. C'est pourquoi, un député européen a pu soutenir que « *Ce texte a un corps de traité mais une âme de Constitution* ».

Nb. : La nature ambivalente du texte – mi-Traité, mi-Constitution – ne doit pas étonner : en effet, en matière de droit constitutionnel, l'Union européenne a vocation à produire des « hybrides », c'est-à-dire des textes hétérogènes, inspirés par différentes traditions juridiques, « bricolant » des concepts afin de construire une norme commune sans sacrifier à l'une ou à l'autre.

Section II – La Constitution, un acte juridique vivant

Une Constitution est « vivante ». Pour cette raison, elle reproduit le cycle biologique : elle *naît* (§ 1), *se développe* (§ 2) et *meurt* (§ 3).

§ 1 : La naissance (ou l'élaboration) de la Constitution

Nb. : L'établissement d'une Constitution répond à la nécessité de remplir un vide juridique, que ce soit celui laissé par la défunte Constitution ou celui résultant de l'absence de Constitution.

La Constitution, qui est *l'œuvre du pouvoir constituant originaire* (A), peut être élaborée selon des *procédés différents* (B).

A – Par qui ? *L'intervention du « pouvoir constituant originaire »*

Étant donné, d'une part, l'importance politique des dispositions constitutionnelles qui définissent la structure du régime, d'autre part, leur place dans la hiérarchie des règles du droit qui en fait le fondement de la totalité de l'ordre juridique en vigueur dans l'État, il est admis que la Constitution ne peut qu'être l'œuvre d'un pouvoir doté de l'autorité suprême : *le pouvoir constituant* (1). Ce pouvoir peut apparaître de deux façons, *soit à titre originaire, soit aménagé par la Constitution elle-même* (2).

1) La définition du pouvoir constituant

Le caractère solennel de la Constitution fait qu'elle doit être établie par un organe investi d'une autorité spéciale, à savoir le pouvoir constituant. Une Constitution suppose donc, avant tout, un pouvoir constituant. Or, « *le pouvoir constituant traite tant du pouvoir d'édition d'une norme particulière, à savoir la Constitution, c'est-à-dire du pouvoir*

d'édicter la norme la plus élevée dans un système juridique, que du pouvoir de révision de cette norme »⁵³. Dès lors, le pouvoir constituant peut être défini comme l'organe bénéficiant de la compétence constitutionnelle, c'est-à-dire doté du pouvoir d'adopter une Constitution ou de modifier la Constitution en vigueur.

La distinction pouvoir constituant /pouvoirs constitués

Le terme de « pouvoir constitué » ne renvoie pas au pouvoir constituant (dérivé ou institué), mais aux pouvoirs prévus par la Constitution, qui peuvent être le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif ou, bien encore, le pouvoir judiciaire.

On peut, alors, définir le pouvoir constituant comme le « pouvoir de faire la Constitution » et les pouvoirs constitués comme les « pouvoirs créés par la Constitution ».

2) La dualité du pouvoir constituant

a) Le pouvoir constituant originaire

Nb. : L'immense majorité des États dispose, de nos jours, d'une Constitution. Cependant, celle-ci peut disparaître par l'effet d'une révolution ou d'un coup d'État. Le pouvoir constituant devra, alors, créer de toutes pièces une nouvelle Constitution⁵⁴.

Le pouvoir constituant est dit « originaire » lorsqu'il intervient *ex nihilo*, c'est-à-dire pour établir une Constitution, soit à l'occasion de la naissance d'un État, soit dans une hypothèse de rupture avec l'ordre juridique ancien provenant d'une révolution ou d'un coup d'État. Le pouvoir constituant originaire intervient, par conséquent, lorsqu'il n'y a pas (ou plus) de Constitution en vigueur, c'est-à-dire lorsqu'il y a lieu de donner une Constitution à un État nouveau (ex. : lors de la décolonisation), ou lorsqu'il s'agit d'établir les institutions d'un État dont la Constitution a été révolutionnairement emportée. Rédiger une Constitution, c'est donc faire usage du pouvoir constituant originaire. Plus précisément, l'expression « pouvoir constituant originaire », qui est remplacée, le cas échéant, par celles de « pouvoir constituant initial », de « pouvoir constituant *stricto sensu* » ou, bien encore, de « pouvoir constituant » tout court, désigne l'organe qui établit une Constitution là où il n'y en avait pas ou en rupture par rapport à une Constitution précédente.

Nb. : La notion de « pouvoir constituant originaire » soulève la question de savoir à qui appartient ce pouvoir, c'est-à-dire l'identité de l'autorité qui est habilitée à élaborer le texte constitutionnel. Cette question peut être indéfiniment débattue sur le plan théorique puisque, ne pouvant, par hypothèse, être résolue par référence aux règles constitutives de l'ordre juridique établi, elle est tributaire des préférences idéologiques de chacun. Dans les pays qui adhèrent à l'idéal démocratique, il est admis que le détenteur du pouvoir constituant originaire est le peuple ou une assemblée constituante élue par lui.

⁵³ KLEIN (C.), *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, PUF, coll. « Les voies du droit », Paris, 1996, p. 4.

⁵⁴ Il en va, parfois, de même après une guerre lorsque l'on estime que l'ordre constitutionnel antérieur a été ce point malmené qu'il est inapte à permettre la reconstruction de l'État (ex. : le régime de Vichy).

b) Le pouvoir constitué dérivé

Le pouvoir constituant est qualifié de « dérivé » lorsqu'il intervient dans un contexte de continuité constitutionnelle, pour réviser une Constitution, soit par amendement de la Constitution en vigueur, soit par révision d'ensemble, mais conformément à la procédure par elle établie et en faisant appel aux organes qui ont été constitutionnellement habilités à réviser la Constitution. En d'autres termes, le pouvoir constituant dérivé se présente comme le pouvoir de modifier le texte constitutionnel dans les formes prescrites par celui-ci. Dans ce cadre, le pouvoir constituant apparaît sous la forme juridiquement organisée que lui donne la Constitution en déterminant l'organe compétent pour l'exercer et en définissant les modalités de son intervention.

B – Comment ? Les modes d'élaboration de la Constitution

Se pose, ici, la question essentielle de savoir qui détient le pouvoir d'élaboration de la Constitution. Dans la pratique, les modes d'élaboration se distinguent selon que les citoyens sont partie prenante (ou non) à l'opération constituante. On distingue, ainsi, deux modes principaux d'établissement des textes constitutionnels : *les modes autoritaires* (1) et *les modes démocratiques* (2).

1) Les modes autoritaires ou semi-autoritaires

La Constitution est *plus ou moins imposée aux individus par un homme*, détenteur exclusif du pouvoir constituant (a). Elle peut aussi *résulter d'un compromis entre les forces en présence* (b).

a) Le procédé autoritaire : la Constitution octroyée

La Constitution procède, en l'espèce, d'un geste unilatéral du titulaire du pouvoir. Le détenteur exclusif du pouvoir constituant, qu'il s'agisse d'un monarque ou d'un dictateur, peut donc élaborer la Constitution sans participation populaire. Le plus souvent, il la rédige lui-même et organise la limitation de ses pouvoirs ; puis, il l'octroie à ses sujets, d'où le nom de « Constitution octroyée ».

Nb. : Ce procédé de l'octroi, maintes fois utilisé au cours du XIX^{ème} siècle⁵⁵, a disparu de nos jours, au moins sous sa forme monarchique, car, dans les régimes de dictature, les Constitutions établies de manière autoritaire restent fréquentes.

⁵⁵ La Constitution octroyée est le procédé employé en France, par LOUIS XVIII, à l'occasion de la Restauration de la monarchie en 1814 ou en Russie, par le Tsar NICOLAS II, en 1905.

b) Le procédé semi-autoritaire : la Constitution négociée

La Constitution résulte, en l'espèce, d'une transaction ou d'un compromis entre les forces en présence⁵⁶ et, comme tout compromis, elle repose sur un certain équilibre. Dès lors, à partir du moment où l'équilibre est rompu, la Constitution est appelée à évoluer et à se transformer.

Nb. : La Charte française de 1830⁵⁷, la Constitution belge de 1831 ou la Constitution marocaine de 1972 sont des bons exemples de Constitutions négociées.

2) Les modes démocratiques

De nos jours les Constitutions sont, en règle générale, élaborées suivant des voies démocratiques parce que, idéalement, « *une Constitution est l'œuvre d'un peuple libre* »⁵⁸ et « *il ne peut y avoir de Constitution que celle qui est acceptée par le peuple* »⁵⁹. Dans cette logique, la norme fondamentale devrait donc *être élaborée directement par le peuple* (a) ; mais, les millions d'individus qui composent, aujourd'hui, les sociétés politiques rendent, de fait, *la représentation inévitable* (b).

Nb. : Les différents procédés d'intervention démocratique consacrent une intervention plus ou moins poussée du peuple.

a) Les techniques de démocratie directe : le peuple constituant

Dans la mesure où le peuple est souverain, le pouvoir constituant originaire, c'est-à-dire le pouvoir d'établir la Constitution, devrait lui appartenir. Quelquefois, le peuple aura donc la faculté d'exercer ce pouvoir directement. Il en va ainsi, par exemple, d'une assemblée du peuple comme l'*Ecclesia* de la Grèce antique ou la *Landsgemeinde* de certains Cantons suisses. Ceci dit, ce procédé est, aujourd'hui, très exceptionnel et ne peut être envisagé que dans les sociétés politiques susceptibles de pratiquer la démocratie directe.

b) Les techniques de démocratie représentative : les Assemblées constituantes

Le plus souvent, le pouvoir constituant du peuple s'exerce indirectement, c'est-à-dire au moyen de la représentation. L'avènement d'une société au sein de laquelle les gouvernants puisent leur autorité dans le consentement des gouvernés prend ici tout son sens. Dans la pratique, le principe veut qu'une Assemblée constituante, dont la mission est d'élaborer une nouvelle Constitution, soit élue. Les constituants ayant été désignés par le peuple, celui-ci est,

⁵⁶ Généralement un homme et une ou plusieurs Assemblées.

⁵⁷ Qui a été négociée par LOUIS-PHILIPPE avec les représentants de la Nation.

⁵⁸ ZOLLER (É.), *Droit constitutionnel*, PUF, Paris, 1999, 2^{ème} éd., p. 62.

⁵⁹ Décret du 21 septembre 1792 adopté par la Convention nationale.

par suite, associé implicitement à son élaboration. Cette assemblée peut être uniquement constituante, en d'autres termes avoir été désignée avec comme tâche exclusive la rédaction d'une nouvelle Constitution (Assemblée constituante ad hoc)⁶⁰, ou elle peut être constituante et législative, c'est-à-dire non seulement exercer la mission constituante, mais également être chargée d'adopter les lois ordinaires et de préparer la mise en place des futures institutions⁶¹.

L'adoption de la Constitution

En règle générale, la Constitution est adoptée par une assemblée représentative, à savoir l'Assemblée constituante. La tradition démocratique exige, toutefois, qu'un document d'une telle importance soit soumis à la ratification des citoyens, c'est-à-dire au référendum. En d'autres termes, le texte élaboré par l'Assemblée constituante est soumis au peuple afin que celui-ci le ratifie⁶².

§ 2 : L'évolution (ou la révision) de la Constitution

Piste de réflexion :

- La Constitution est, par définition, un texte évolutif.

Chargé d'établir une Constitution pour Sparte, LYCURGUE se prit à douter, une fois l'œuvre accomplie, que sa Constitution fût bonne. Il fit rassembler les citoyens, leur annonça son intention d'aller à Delphes consulter la pythie à ce sujet et leur fit jurer de respecter sa loi jusqu'à son retour. Ayant appris de la pythie que sa Constitution était excellente, il ne revint jamais à Sparte, laissant la ville prisonnière du serment qu'elle lui avait juré et de la loi qu'il lui avait donnée. Aujourd'hui, malheureusement, les oracles sont muets et ce n'est qu'avec l'expérience que l'on sait si une Constitution est bonne (ou non). Aussi, convient-il que le constituant laisse une porte ouverte à une éventuelle révision de son œuvre et prévoie, dans le corps même de celle-ci, la manière dont elle pourra être modifiée.

Nb. : Sans doute, les coutumes, les pratiques, les usages sont-ils là pour procéder à des ajustements, mais il est des cas où les règles juridiques ont besoin d'être modifiées.

C'est pourquoi, même s'il est impératif d'assurer la stabilité de la Constitution, qui est « *l'instrument de la transparence du pouvoir, le point d'ancrage fixe, public et stable de la vie politique et juridique d'un pays* », la nation doit préserver son « droit imprescriptible de changer sa Constitution ». En effet, la Constitution, comme toute chose humaine, subit l'usure du temps et ne peut être immuable⁶³. Elle doit donc pouvoir être modifiée en fonction de l'évolution de la société et des nouvelles réalités sociales et politiques.

⁶⁰ Ainsi, la Constitution des États-Unis du 17 septembre 1787 a été élaborée par la Convention de Philadelphie, spécialement réunie à cet effet.

⁶¹ Cette solution a été retenue en France avec, par exemple, l'Assemblée nationale constituante de 1789.

⁶² En 1958, le général DE GAULLE a fait usage de cette procédure pour faire ratifier la Constitution de la V^{ème} République.

⁶³ Le Roi HASSAN II du Maroc, à l'occasion de sa réception à l'Assemblée nationale le 7 mai 1996, a développé la métaphore du vêtement à propos de la Constitution : « *Un vêtement se dessine et se coud en fonction des formes*

Nb. : La Constitution obéit à des exigences qui peuvent, en pratique, devenir contradictoires. D'un côté, elle doit se caractériser par une certaine stabilité juridique, l'institutionnalisation du pouvoir et la stabilité des règles qui en fixent le statut étant une garantie contre l'arbitraire. De l'autre, elle ne peut fixer le statut du pouvoir définitivement, de manière irrévocable.

Nous devons répondre à plusieurs questions simples, mais essentielles : *qui révisé la Constitution (A) ? Comment procède-t-on à une révision de la Constitution (B) ? Que peut-on réviser dans la Constitution (C) ?*

A – Par qui ? L'intervention du « pouvoir constituant dérivé »

Une Constitution doit pouvoir être modifiée afin de suivre l'évolution des mœurs et des aspirations politiques. D'un point de vue juridique, la modification apportée à une Constitution correspond à la « révision » de la Constitution. Plus précisément, la révision consiste à corriger la Constitution par suppression, adjonction ou modification. En d'autres termes, réviser la Constitution, c'est ré-élaborer le texte constitutionnel ou, du moins, une partie de ce texte.

D'un point de vue formel, la révision est l'œuvre du « pouvoir constituant dérivé »⁶⁴. À vrai dire, l'expression « pouvoir constituant dérivé » désigne la capacité de modifier une Constitution déjà instituée⁶⁵. Autrement dit, le pouvoir constituant est dit « dérivé » lorsqu'il intervient dans un contexte de continuité constitutionnelle, soit par amendement de la Constitution en vigueur, soit par révision d'ensemble, mais conformément à la procédure par elle établie et en faisant appel aux organes qui ont été constitutionnellement habilités à réviser la Constitution. Dans cette hypothèse, c'est toujours le pouvoir constituant qui est mis en œuvre, mais ce pouvoir est prévu par la Constitution, il dérive de celle-ci, d'où le nom de « pouvoir constituant dérivé ».

B – Comment ? Les modes de révision de la Constitution

La mise en œuvre du pouvoir de révision est conditionnée par la nature même de la Constitution. De ce point de vue, on oppose traditionnellement *les Constitutions souples* (1) aux *Constitutions rigides* (2).

Nb. : L'emploi des adjectifs « souple » ou « rigide » caractérise la facilité ou la difficulté de la révision.

et des mesures de celui qui devra le porter. Bien plus, celui que l'on habille ne gardera pas immuablement la même silhouette ».

⁶⁴ À la place de cette dénomination, certains auteurs préfèrent les appellations suivantes : « pouvoir constituant institué », « pouvoir constituant constitué », « pouvoir de révision constitutionnelle », « pouvoir de révision de la Constitution » ou, simplement, « pouvoir de révision ».

⁶⁵ L'étude du pouvoir constituant dérivé est donc liée à l'étude des révisions constitutionnelles.

1) La Constitution souple (ou facilement révisable)

La Constitution souple est une Constitution qui peut être modifiée selon les formes et les procédures de la loi ordinaire, c'est-à-dire très facilement, du fait de la souveraineté du Parlement. En fait, la Constitution souple peut être révisée par les pouvoirs constitués de la même manière qu'ils modifient la loi. Dès lors, il n'y a pas de différence entre la Constitution et la loi ordinaire, de sorte que le législateur ordinaire a la possibilité de modifier à sa guise les règles constitutionnelles. Dans ces conditions, la supériorité de la loi constitutionnelle sur la loi ordinaire ne débouche sur aucune conséquence juridique pratique dans la mesure où la Constitution occupe le même rang que la loi dans la hiérarchie des normes. Compatible avec une certaine conception de l'État de droit (ex. : Royaume-Uni⁶⁶, Nouvelle-Zélande, Israël, Chine ...), la souplesse (excessive) d'une Constitution peut être dangereuse pour les droits fondamentaux des citoyens parce qu'elle permet de faire plier le droit devant les volontés de la majorité politique du moment.

2) La Constitution rigide (ou difficilement révisable)

Nb. : Quelles sont les motivations qui président à l'instauration d'une Constitution rigide ? Le plus souvent, la motivation majeure des constituants est d'ancrer leur œuvre dans la durée. Or, pour ce faire, il faut la mettre hors de portée du législateur. C'est donc, avant tout, dans le but d'éviter une révision « trop facile » ou irréfléchie qu'est généralement prévue une Constitution rigide⁶⁷.

La Constitution rigide est une Constitution qui ne peut être modifiée que selon des formes et des procédures spéciales (ex. : délais plus longs, majorités qualifiées, organes spécifiques ...), différentes de celles utilisées pour la loi ordinaire. En d'autres termes, la révision de la Constitution fait intervenir un organe et une procédure spécifiques et, surtout, différents de la procédure législative ordinaire, ce qui signifie que la Constitution ne peut, en principe, être modifiée par la loi ordinaire. Ainsi, la Constitution, dont la révision est plus difficile à mettre en œuvre, bénéficie d'une force juridique qui la situe à la première place dans la hiérarchie des normes⁶⁸. Ici, la Constitution correspond à un instrument « *énoncé dans la forme constituante et par l'organe constituant et qui, par suite, ne peut être modifié que par une opération de puissance constituante et au moyen d'une procédure spéciale de révision* ».

⁶⁶ Au Royaume-Uni, le Parlement est souverain, puisqu'il n'est limité par aucune disposition supérieure. Pour preuve, le célèbre dicton selon lequel « *Le Parlement peut tout faire, sauf changer un homme en femme* ».

⁶⁷ En pratique, il s'agit donc de placer la Constitution au-dessus de la loi ordinaire ; mais, il ne faut la placer ni trop haut (en retenant des conditions de révision irréalisables), ni trop bas (en choisissant des conditions de révision trop simples). Bref, il faut trouver le degré adéquat de rigidité ...

⁶⁸ Si, comme le dit Raymond CARRE DE MALBERG, la Constitution est une loi possédant une puissance renforcée, sa suprématie sera d'autant mieux assurée que son texte sera difficile à modifier.

Article 89 de la Constitution du 4 octobre 1958 :

L'initiative de la révision de la Constitution appartient concurremment au Président de la République sur proposition du Premier ministre et aux membres du Parlement.

Le projet ou la proposition de révision doit être voté par les deux Assemblées en termes identiques. La révision est définitive après avoir été approuvée par référendum.

Toutefois, le projet de révision n'est pas présenté au référendum lorsque le Président de la République décide de le soumettre au Parlement convoqué en Congrès ; dans ce cas, le projet de révision n'est approuvé que s'il réunit la majorité des trois cinquièmes de suffrages exprimés. Le bureau du Congrès est celui de l'Assemblée nationale.

Aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire.

La forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision.

Nb. : Il ne faut pas confondre la distinction Constitution souple/rigide avec la distinction Constitution écrite/coutumière. Normalement, il y a concordance entre ces deux distinctions, c'est-à-dire qu'une Constitution écrite est habituellement rigide, et une Constitution coutumière une Constitution souple. Mais, il n'en est toujours pas ainsi car une Constitution coutumière n'est pas nécessairement souple, ni une Constitution écrite obligatoirement rigide. Ainsi, sous l'Ancien Régime, le Roi de France, qui était le législateur ordinaire, n'aurait pu modifier les « Lois fondamentales du Royaume » sans réunir les États généraux. Inversement, les Chartes de 1814 et 1830 étaient écrites, mais souples, et le comte de VILLELE put porter la durée d'une législature à sept ans par une loi ordinaire, alors que l'article 37 de la Charte de 1814 l'avait établie à cinq ans.

C – Sous quelles conditions ? Les limites au pouvoir de révision

« Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures », proclamait l'article 28 de la Déclaration des droits de 1793. Malgré tout, certaines limites au pouvoir de révision de la Constitution sont, parfois, instituées car une liberté totale dans l'exercice du pouvoir de révision serait une source d'instabilité institutionnelle. Ainsi, la Constitution peut limiter, de manière expresse, les pouvoirs de l'organe de révision sur deux points : d'abord *quant au moment de la révision* (1), ensuite *quant à l'objet de la révision* (2).

Nb. : Si, par définition, le pouvoir constituant originaire, qui construit sur une table rase, est réputé, au moins du point de vue du droit interne, « inconditionné », le pouvoir constituant dérivé, appelé à réviser la Constitution, est tenu, quant à lui, de respecter les conditions (de forme et de fond) posées par cette dernière.

1) Les limites temporelles : le moment de la révision

Les Constitutions limitent, parfois, le pouvoir de révision dans le temps ; dans ce cas, on parle des limites de temps au pouvoir de révision. Le but de ces limites est soit d'interdire la révision de la Constitution avant l'écoulement d'un certain délai à partir de son entrée en vigueur et ce, afin de permettre au régime nouvellement institué de se mettre et en place, soit d'exclure la révision dans certaines circonstances et ce, afin d'éviter toute révision du texte constitutionnel sous la pression des événements.

Dans premier cas de figure, les constituants choisissent d'instaurer un « délai de sûreté » en faveur des institutions, délai pendant lequel aucune révision de la Constitution n'est possible. Concrètement, la question de révision de la Constitution ne peut être posée, pour la première fois, qu'un certain temps après son entrée en vigueur. Il s'agit, ici, de permettre aux institutions de s'installer et de se consolider sans être sous la menace d'une révision. Ainsi, en France, la Constitution du 3 septembre 1791 interdit toute révision aux deux premières législatures, c'est-à-dire pendant quatre ans, et la Constitution du 5 Fructidor An III (22 août 1795) prévoit une période de « sûreté » de neuf ans (article 338). Quant à la Constitution hellénique de 1975, elle interdit une nouvelle révision avant l'expiration d'un délai de cinq ans après la fin de la procédure de révision précédente (article 110).

Si les Constitutions contemporaines abandonnent, en règle générale, toute idée de délai dans la révision, elles maintiennent souvent l'interdiction de réviser la Constitution en raison des circonstances, notamment au cours de périodes particulièrement délicates de la vie de l'État. Par exemple, en ce qui concerne la période de la révision constitutionnelle, la Constitution française du 4 octobre 1958 pose une double interdiction. En effet, selon l'article 89 alinéa 4 de la Constitution, « *Aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire* » et, selon l'article 7 alinéa 11 de la Constitution, « *Il ne peut être fait application (...) de l'article 89 de la Constitution durant la vacance de la présidence de la République ou durant la période qui s'écoule entre la déclaration du caractère définitif de l'empêchement du Président de la République et l'élection de son successeur* ». Si la première limitation apparaît comme un lointain souvenir des tragiques événements survenus en 1940, la seconde représente une précaution contre d'éventuels coups de force ou tentatives de pression⁶⁹.

2) Les limites matérielles : l'objet de la révision

En pratique, toutes les dispositions constitutionnelles peuvent-elles faire l'objet d'une révision ? Cette question n'a, en théorie, aucun sens car, d'un point de vue formel, rien ne distingue les dispositions constitutionnelles les unes des autres et l'on voit mal, *a priori*, pourquoi privilégier certaines d'entre elles par rapport aux autres. Cela étant, la Constitution peut interdire certaines révisions. À vrai dire, l'impératif de suprématie constitutionnelle a conduit certains constituants à traduire cette idée en droit positif, en soustrayant à la révision un noyau de dispositions jugées intangibles (supra-constitutionnalité). C'est pourquoi, si l'on examine les textes, on constate que des Constitutions interdisent la révision de certaines de leurs dispositions. On appelle ces interdictions les limites matérielles, les limites de fond ou les limites relatives à l'objet de la révision.

⁶⁹ Il convient également de préciser que, d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel, on ne saurait réviser la Constitution en période d'application de l'article 16 de la Constitution puisque les « pleins pouvoirs » consentis au Président de la République sont précisément destinés à rétablir l'ordre constitutionnel normal (décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992).

Par exemple, en France, l'article 89 alinéa 5 de la Constitution de 1958, reprenant un principe posé par la loi constitutionnelle du 14 août 1884 et conservé par la Constitution du 27 octobre 1946, prévoit qu'une révision constitutionnelle ne peut porter atteinte à la forme républicaine du gouvernement et, en Allemagne, l'article 79 alinéa 3 de la Loi fondamentale de 1949 interdit toute révision qui affecterait la forme de l'État qui a été établie à l'origine, c'est-à-dire la division de la Fédération en *Länder*.

§ 3 : La fin (ou l'abrogation) de la Constitution

L'abrogation de la Constitution peut être le fait, soit d'un acte juridique contraire, soit d'un fait juridique contraire. Alors que l'acte juridique contraire se présente comme une manifestation de volonté du constituant ayant pour objectif de mettre fin à la Constitution existante⁷⁰, le fait juridique contraire peut être soit une révolution suivant un soulèvement populaire⁷¹, soit un coup d'État, soit une défaite militaire.

Nb. : Une disposition constitutionnelle non appliquée ne peut être considérée comme abrogée.

Section III – La Constitution, un acte juridique protégé

La Constitution, parce qu'elle enferme le pouvoir dans un cadre juridique strict, le limite nécessairement ; d'où, parfois, la tentation des gouvernants de la méconnaître. Pour prévenir cette tentation, et éviter que la suprématie de la Constitution reste sans effet, il est nécessaire de prévoir des sanctions en cas de violation des dispositions constitutionnelles. En pratique, la protection de la norme fondamentale passe principalement par la mise en place d'un mécanisme de sanction juridique consistant à faire constater, par un organe approprié, qu'un acte juridique édicté par une autorité publique a été pris en méconnaissance de la Constitution.

La sanction politique

La sanction politique consiste dans la destitution des gouvernants qui ont violé la Constitution.

- La sanction politique à l'initiative des citoyens. Dans les Constitutions de l'époque révolutionnaire, la sanction politique était prévue, mais non organisée : elle consistait dans la reconnaissance du droit de résistance à l'oppression et, même, du droit à l'insurrection au profit des citoyens opprimés⁷².

- La sanction politique organisée. Conscients que le danger d'une violation de la Constitution vient, surtout, de l'Exécutif, qui dispose de l'armée et de la police, la plupart des constituants mettent à la

⁷⁰ En France, la loi du 10 juillet 1940 est un acte juridique attestant de la volonté d'abroger la Constitution de la III^{ème} République et la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 témoigne de la volonté d'abroger la Constitution de la IV^{ème} République.

⁷¹ La révolution, qui provoque le renversement de la Constitution, est un mode non-juridique d'abrogation de la Constitution.

⁷² Selon l'article 2 de la DDHC, « *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression* ».

disposition des Assemblées une procédure tendant à la destitution du chef de l'État ou des ministres en cas d'abus flagrant de leur part⁷³.

§ 1 : Le principe de constitutionnalité

Le principe de constitutionnalité suppose l'existence d'une *hiérarchie des normes* (A) et d'un ensemble de règles constitutionnelles – *le bloc de constitutionnalité* – dont le respect d'impose au législateur ordinaire (B).

A – *La hiérarchie des normes*

Piste de réflexion :

- Quelle est la norme qui se trouve au sommet de la hiérarchie des normes ?

L'État de droit (*Rechtsstaat*) peut être défini comme celui dans lequel tous les organes de l'État et, d'une manière plus générale encore, toutes les personnes publiques ou privées sont soumises au respect de la règle de droit⁷⁴. En pratique, l'une des garanties les plus importantes de l'État de droit réside dans l'existence d'une hiérarchie des normes. Dans ce modèle, qui a notamment été développé par le juriste autrichien Hans Kelsen, chaque règle de droit doit respecter la norme qui lui est supérieure, formant ainsi un ordre hiérarchisé⁷⁵. Dès lors, toute règle qui ne respecterait pas une règle supérieure serait susceptible d'encourir une sanction juridique. Au vu de ces éléments, il paraît donc intéressant de déterminer quelle est la norme qui prime sur les autres, c'est-à-dire quelle est la norme qui occupe le sommet de la hiérarchie.

Selon Jean-Jacques ROUSSEAU, « La loi est l'expression de la volonté générale »⁷⁶. En effet, comme la loi émane de la volonté des citoyens, elle ne peut mal faire, car les citoyens n'ont aucune raison d'adopter des lois liberticides à leur encontre. Par conséquent, il apparaît inconcevable de contrôler la loi et, à travers elle, son auteur (le législateur). Pour cette raison, on parle du règne de la loi (légitimité). Mais, les atrocités commises lors des deux conflits mondiaux ont démontré que le législateur pouvait porter atteinte aux droits et libertés des individus. On ne fait plus confiance aux autorités politiques, notamment au Parlement, pour respecter la Constitution parce que les lois adoptées par ce dernier peuvent être contraires aux valeurs fondamentales établies dans la Constitution. Il faut donc pouvoir annuler ces lois, ou les déclarer inconstitutionnelles. Dès lors, le contrôle de la loi s'avère nécessaire.

⁷³ Cf., par exemple, les Titres IX et X de la Constitution française du 4 octobre 1958.

⁷⁴ L'État de droit présente une composante matérielle et une composante formelle. En pratique, cela signifie qu'il est nécessaire, d'une part, de reconnaître des droits et des libertés au profit des des individus et, d'autre part, d'instituer des mécanismes protecteurs de ces droits et libertés.

⁷⁵ De fait, la superposition des normes acquiert une forme pyramidale, ce qui explique pourquoi cette théorie est appelée, parfois, « pyramide des normes ».

⁷⁶ Cette idée est reprise par l'article 6 de la DDHC.

À partir du moment où la Constitution est placée au sommet de la hiérarchie des normes, les règles constitutionnelles doivent l'emporter sur toutes les autres règles juridiques de droit interne. En d'autres termes, la Constitution possède une valeur supérieure à la loi ordinaire et cette dernière doit lui être conforme, c'est-à-dire ne pas aller à l'encontre des principes qui y sont posés⁷⁷. La suprématie juridique de la Constitution serait, toutefois, un vain mot si elle pouvait être impunément méconnue par les gouvernants. C'est pourquoi, la plupart des États ont choisi de mettre en place un contrôle de la constitutionnalité des lois afin de s'assurer de la conformité de la loi à la Constitution. Cette procédure spéciale qu'est le contrôle de constitutionnalité a donc pour objectif d'empêcher les normes inférieures – principalement les lois – d'enfreindre la Constitution.

Nb. : Le contrôle de constitutionnalité se présente comme la mise en œuvre du principe de séparation du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués. Pour que ce principe de séparation soit effectif, il faut que les pouvoirs constitués ne puissent méconnaître, modifier ou altérer les volontés du pouvoir constituant sans être sanctionnés. Formulé autrement, il faut un contrôle des pouvoirs constitués.

La légitimité du contrôle de constitutionnalité

On ne peut échapper à la question de la légitimité du contrôle de la constitutionnalité des lois en raison d'un dilemme très simple : d'une part, s'il n'existe aucun contrôle, cela signifie que le législateur peut modifier la Constitution et que celle-ci n'est pas supérieure aux lois ; mais, d'autre part, dans un système politique démocratique, les lois sont faites par le peuple. L'institution d'un tel contrôle, confié à une autorité qui n'est pas le peuple, signifie alors que cette autorité contrôle la volonté du peuple, et donc que le système n'est pas véritablement démocratique.

Certains auteurs évoquent également le risque d'un « gouvernement des juges ». Par cette formule, inventée par Édouard LAMBERT, il faut entendre que les juges seraient en mesure d'empêcher les autorités politiques de gouverner en censurant, de façon systématique, le législateur au nom d'une conception différente du droit.

Malgré ces arguments, la légitimité du juge constitutionnel est réelle dans la mesure où il n'a pas « le dernier mot » car celui-ci appartient au pouvoir constituant.

B – Le « bloc de constitutionnalité »

Piste de réflexion :

- « Où » trouve-t-on les normes à valeur constitutionnelle ?

L'une des grandes originalités du contrôle de constitutionnalité tel qu'il est pratiqué en France est que, à la différence de ce qui se passe, par exemple, en Allemagne et aux États-Unis, les sources formelles de la constitutionnalité sont plures. Qu'il s'agisse de la Cour constitutionnelle fédérale allemande ou de la Cour suprême des États-Unis, l'une et l'autre n'appliquent que leurs Constitutions, à savoir la Constitution fédérale du 17 septembre 1787 et la Loi fondamentale de la République Fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949. Le Conseil

⁷⁷ Ainsi, pour le Professeur Charles EISENMANN, « *Tout comme le principe de légalité signifie que seule la loi peut déroger à la loi, le « principe de constitutionnalité » signifie que seule une loi constitutionnelle peut déroger à une loi constitutionnelle* ».

constitutionnel français, quant à lui, applique des règles qui se trouvent dans d'autres instruments juridiques que la Constitution du 4 octobre 1958.

Nb. : On pourrait ainsi dire, à l'instar du Doyen Georges VEDEL, que « *toute la Constitution n'est pas dans la Constitution* ».

Dans la décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Liberté d'association, le Conseil constitutionnel donne valeur juridique au Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, rompant, par-là, avec la doctrine dominante déniait toute valeur juridique à tout élément ne figurant pas dans le corps du texte lui-même. Plus précisément, dans cette décision, le Conseil constitutionnel se réfère, pour la première fois, à un principe fondamental reconnu par les lois de la République (PFRLR). Or, les PFRLR ne sont visés que par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, ce Préambule étant visé par celui de la Constitution du 4 octobre 1958. En conséquence, le Conseil reconnaît pleine valeur constitutionnelle au Préambule de la Constitution de 1958 puisqu'il applique celui de 1946 qui, seul, prévoit l'existence des PFRLR ...

Par le terme « Constitution », on vise donc, en France, l'ensemble des textes qui sont dotés d'une valeur constitutionnelle et qui forment ce que le Doyen Louis FAVOREU a appelé le « bloc de constitutionnalité ». Dans la pratique, cette expression regroupe la Constitution du 4 octobre 1958 et son Préambule⁷⁸, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (Constitution de la IV^{ème} République)⁷⁹ et la Charte de l'environnement de 2004⁸⁰. Ainsi, la « Constitution » française est formée d'éléments datant de périodes différentes.

Nb. : Dans la décision n° 82-132 DC du 16 janvier 1982, Nationalisation I, le Conseil constitutionnel a exclu toute idée de hiérarchie entre les différents éléments du « bloc de constitutionnalité ».

§ 2 : Les modalités du contrôle de constitutionnalité

Nb. : Pour le Professeur Charles EISENMAN, la justice constitutionnelle est « *l'expression par laquelle on désigne l'ensemble des techniques et des institutions grâce auxquelles est assurée la suprématie de la Constitution* » et, pour Hans Kelsen, c'est « *la garantie juridictionnelle de la Constitution* ».

⁷⁸ Le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose que « *Le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le Préambule de la Constitution de 1946 ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004* ».

⁷⁹ Qui mentionne les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR) et les principes particulièrement nécessaires à notre temps (PPNNT).

⁸⁰ La Charte de l'environnement a été introduite dans le Préambule de Constitution du 4 octobre 1958 par la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005.

Le contrôle de constitutionnalité correspond à l'ensemble des techniques qui sont susceptibles de garantir la conformité des normes juridiques au texte de la Constitution. En fait, il cherche à donner une véritable effectivité à la suprématie juridique de la Constitution qui est la norme juridique suprême. S'agissant du contrôle de constitutionnalité des lois, qui est une composante du contrôle de constitutionnalité, il constitue un élément essentiel de la mise en place d'un véritable État de droit dans la mesure où il rend possible la neutralisation ou l'annulation des lois inconstitutionnelles.

Le contrôle de constitutionnalité est pratiqué, aujourd'hui, dans de nombreux pays car il permet de faire respecter la hiérarchie des normes et d'assurer une protection efficace des droits fondamentaux. En pratique, le contrôle de constitutionnalité peut intervenir *dans différents systèmes* (A) et *sous différentes formes* (B).

Les organes de contrôle : organes politiques ou organes juridiques ?

Le contrôle de constitutionnalité comporte, par nature, une dimension politique. En effet, l'organe de contrôle est amené à contrôler et à censurer des décisions dont certaines sont hautement politiques (ex. : la question du CPE). Pour cette raison, la dérive vers un contrôle politique est relativement aisée. En conséquence, le choix de l'organe de contrôle repose sur une donnée simple : veut-on un contrôle politique exercé par un organe politique ou un contrôle juridique, le moins politisé possible, confié à un organe juridique ?

A – La dualité des modèles de justice constitutionnelle

Piste de réflexion :

- À quelle(s) juridiction(s) faut-il confier le contrôle de constitutionnalité ?

Le contrôle juridique de constitutionnalité connaît, dans les faits, deux modalités principales. Soit ce contrôle est confié à tous les tribunaux, soit ce contrôle est attribué à une juridiction spécialement créée à cet effet. Le premier système, qui est apparu aux États-Unis et qui est connu sous le nom de « *judicial review* », s'identifie au *modèle américain de justice constitutionnelle* (1). Le second système, inspiré des idées de Hans KELSEN, correspond à ce que l'on appelle *le modèle européen de justice constitutionnelle* (2).

Nb. : Les deux modèles peuvent se combiner ; dans ce cas, on parlera de système mixte.

1) Le modèle américain de justice constitutionnelle

Nb. : Le modèle américain de justice constitutionnelle, qui est le plus ancien, est tout entier tourné vers la protection du citoyen⁸¹.

⁸¹ Alors que, dans le modèle européen, c'est la protection de la hiérarchie des normes qui va constituer le but premier du contrôle de constitutionnalité.

Après avoir expliqué *l'origine du contrôle de constitutionnalité aux États-Unis* (a), il conviendra d'*identifier les éléments qui caractérisent le modèle américain* (b).

a) *L'origine du contrôle de constitutionnalité aux États-Unis*

Non-inscrit dans la Constitution fédérale de 1787, le contrôle de constitutionnalité des lois est né de la volonté de la Cour suprême fédérale elle-même, puisqu'il a été dégagé dans l'arrêt *MARBURY v. MADISON* de 1803.

α. Un contrôle non prévu par la Constitution

Élément important souvent oublié, le contrôle de la constitutionnalité n'est pas inscrit dans la Constitution des États-Unis d'Amérique du 17 septembre 1787. Ainsi, la Constitution fédérale, sur la question du pouvoir judiciaire fédéral, est d'une rédaction particulièrement elliptique. Une Cour suprême fédérale est sans doute créée, mais le texte ne dit rien sur sa composition, sur le nombre de ses membres, sur la durée de leur mandat ... La Constitution n'apporte pas davantage de précisions sur la nature des pouvoirs de la Cour ; il pose bien le principe général de la supériorité du corpus fédéral sur les Constitutions et les lois des États fédérés, mais il ne détermine pas le mécanisme par lequel sa garantie et son respect sont assurés.

β. L'arrêt *MARBURY v. MADISON*

Ce que les constituants n'ont osé faire en 1787, John MARSHALL le fera en 1803. Alors Président de la Cour suprême fédérale, et fédéraliste convaincu nommé par un Président des États-Unis lui-même fédéraliste (John ADAMS), il est confronté au problème suivant : après la victoire de l'anti-fédéraliste Thomas JEFFERSON à l'élection présidentielle de 1800, John ADAMS profite des derniers moments de sa Présidence pour nommer à des postes de juges (inamovibles) des hommes connus pour leurs convictions fédéralistes. La précipitation est telle que la décision de nomination de William MARBURY n'a pas le temps d'être envoyée à son destinataire. Le nouveau ministre jeffersonien James MADISON ayant refusé de donner suite à cette décision, William MARBURY s'adresse donc à la Cour suprême fédérale pour lui demander de contraindre l'Administration à l'installer dans ses fonctions, ainsi que la loi judiciaire de 1789 lui en donne le pouvoir.

Devant une situation mettant en conflit direct le nouveau Président des États-Unis et la Cour suprême fédérale, le Président de la Cour suprême fédérale, John MARSHALL, trouve une issue particulièrement habile et astucieuse. Dans la décision *MARBURY v. MADISON* de 1803, il va, en effet, déclarer que la loi de 1789 accordant à la Cour suprême fédérale le droit d'imposer la nomination de juges fédéraux est contraire à la Constitution fédérale. Véritable chef-d'œuvre de stratégie constitutionnelle, cette décision est incontestablement politique en ce que la Cour suprême cède, habilement, sur ce qui importe au Président Thomas JEFFERSON – le fédéraliste William MARBURY n'obtient pas sa nomination –, mais en posant

le principe du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, dont les Jeffersoniens se soucient peu. C'est donc par cette décision, que la Cour suprême s'est attribuée la compétence du contrôle de la constitutionnalité des lois ...

b) Les spécificités du modèle américain de justice constitutionnelle

Le modèle américain de justice constitutionnelle se caractérise, pour l'essentiel, par son caractère diffus, par le fait qu'il s'agit d'un contrôle par voie d'exception et par l'autorité relative de chose jugée des décisions rendues.

α. Un contrôle diffus (ou déconcentré)

La qualification de contrôle « diffus » (ou « déconcentré ») implique que, aux États-Unis, n'importe quel tribunal, fédéral ou étatique, est compétent pour apprécier et juger de la constitutionnalité des lois. De la sorte, tout juge peut, lors d'un procès, statuer sur toute inconstitutionnalité qui lui est présentée. Les tribunaux américains disposant d'une plénitude de juridiction, le juge saisi d'une affaire est compétent pour se prononcer sur l'ensemble des questions soulevées par le litige, qu'elles soient de nature civile, pénale, administrative ou constitutionnelle.

Dans ce mécanisme de contrôle de constitutionnalité des lois exercé par les tribunaux ordinaires, la Cour suprême fédérale joue un rôle important puisque, placée au sommet de la hiérarchie d'un système juridictionnel particulièrement complexe, elle contrôle, régularise et unifie, notamment par la voie d'appel, la jurisprudence des cours inférieures.

Nb. : Les cours suprêmes sont des juridictions placées au sommet d'un édifice juridictionnel et dont relèvent, par la voie de l'appel ou de la cassation, l'ensemble des tribunaux et cours composant cet édifice⁸².

β. Un contrôle par voie d'exception

À l'occasion d'un procès ordinaire, tout justiciable peut soulever, pour sa défense, une exception d'inconstitutionnalité, c'est-à-dire demander au juge saisi de se prononcer sur la constitutionnalité du texte qui doit lui être appliqué. Considérant le texte susceptible de lui être appliqué contraire à la Constitution, le requérant demande au juge de le priver d'effet en l'espèce. L'exception d'inconstitutionnalité consiste donc à permettre au juge, lorsqu'il a à appliquer à un procès relevant de sa compétence une loi dont la constitutionnalité lui semble douteuse, de soulever à l'encontre de cette loi la question préalable de sa constitutionnalité.

⁸² Par conséquent, la Cour de cassation et le Conseil d'État français, qui se trouvent au sommet des juridictions judiciaires et des juridictions administratives, sont des Cours suprêmes. Mais, comme la France

Exemple :

Soit, par exemple, un procès pénal au cours duquel la partie poursuivie soutient que la loi qui sert de fondement à la poursuite est inconstitutionnelle.

Si le juge partage ce point de vue ou, du moins, ne l'estime pas manifestement infondé, il a le droit de soulever la question de l'inconstitutionnalité de la loi de telle sorte qu'un procès constitutionnel – la loi est-elle constitutionnelle ou non ? – se greffe sur le procès pénal – la partie poursuivie doit-elle être ou non condamnée ? – et en commande l'issue.

χ. L'autorité relative de chose jugée des décisions rendues

Dans le cadre du « *judicial review* », le tribunal qui doit statuer sur une exception d'inconstitutionnalité peut seulement rendre une décision dotée de l'autorité relative de chose jugée. Cela signifie que la décision rendue n'a d'effets qu'à l'égard des parties (effet *inter partes*) et ne vaudra, par suite, que pour l'affaire et les parties en cause. Par conséquent, la loi jugée, le cas échéant, inconstitutionnelle est simplement écartée du procès en cours ; elle n'est pas véritablement annulée.

Dans la pratique, l'autorité relative de chose jugée de la décision d'inconstitutionnalité peut entraîner des variations d'un État à un autre, selon que telle ou telle juridiction aura ou non déclaré l'incompatibilité du texte avec la Constitution fédérale. Mais, par le biais de l'appel, la Cour suprême fédérale pourra être amenée à se prononcer sur la question. Dès lors, sa décision, bien qu'ayant seulement une autorité relative, présentera, néanmoins, un effet équivalent à une annulation, compte tenu du jeu de la règle du précédent. Si la décision de la Cour suprême fédérale ne peut annuler formellement une loi, il peut, toutefois, en paralyser l'application dans l'ensemble des États fédérés dans la mesure où les juridictions inférieures choisiront de s'y conformer, de crainte de se voir sanctionnées en appel.

Nb. : On retrouve ce système de justice constitutionnelle en Argentine, au Japon et dans certains pays européens comme la Suède ou le Danemark.

2) Le modèle européen de justice constitutionnelle

Nb. : Le système européen de justice constitutionnelle, inspiré des idées de Hans Kelsen, a été mis en place pour la première fois en Autriche avec la création, en 1920, de la Haute Cour constitutionnelle⁸³. Puis, il s'est développé assez rapidement en accompagnant, notamment, la mise en place de nouvelles démocraties (ex. : l'Italie en 1947, l'Allemagne en 1949, le Portugal en 1976, l'Espagne en 1978, la Grèce en 1979 ...).

⁸³ C'est pourquoi, on parle de « modèle autrichien », non seulement parce que l'Autriche en donne la première illustration, mais aussi, sans doute, en raison de la nationalité de son « inventeur », Hans Kelsen, qui présenta, en 1942, l'opposition entre système américain et système autrichien dans une revue américaine. Parfois, on le qualifie de « modèle kelsénien ».

a) L'origine du contrôle de constitutionnalité en Europe

α. L'impossible transposition du modèle américain de justice constitutionnelle

Le modèle américain de justice constitutionnelle fonctionnant depuis le début du XIX^{ème} siècle, s'est posée la question de sa transposition à d'autres pays et, notamment, aux pays européens. Est-ce la mise en garde d'Édouard LAMBERT contre le « gouvernement des juges » en 1921, le légicentrisme qui y a longtemps sacralisé la loi⁸⁴, la dualité (ou la pluralité) des ordres de juridictions⁸⁵ ou, bien, un certain anti-américanisme qui ont rendu difficile la transposition du modèle américain en Europe ? Toujours est-il que, à quelques exceptions près (ex. : les pays scandinaves et la Suisse), ce modèle n'a guère été importé en Europe, les pays européens préférant adopter un système ne reposant pas sur l'exercice du contrôle de constitutionnalité des lois par les juges ordinaires, mais confiant celui-ci à une juridiction spécialement constituée à cet effet.

β. L'influence des idées de Hans KELSEN

Au lendemain de la Première Guerre mondiale, le juriste autrichien Hans KELSEN développe un nouveau modèle de contrôle des actes du législateur. En vérité, dans le système kelsénien, le contrôle de constitutionnalité des lois est une mesure technique dont le but est d'assurer l'exercice régulier des fonctions étatiques. Il a pour objet de garantir, sur un plan formel, la structure hiérarchique de l'ordre juridique. Dans la théorie kelsénienne, la raison d'être du contrôle de constitutionnalité des lois est donc de vérifier que la loi est produite dans les formes et selon les procédures requises par la Constitution. Dès lors, il ne s'agit que de constater la régularité du processus de production du droit, autrement dit de constater un rapport de correspondance d'un degré inférieur à un degré supérieur de l'ordre juridique. Le contrôle de constitutionnalité est ainsi une simple opération purement technique consistant à vérifier l'existence d'un rapport de correspondance et d'imputation d'un degré inférieur – la loi – à un degré supérieur – la Constitution – de l'ordre juridique.

b) Les spécificités du modèle européen de justice constitutionnelle

α. Un contrôle concentré

La qualification de contrôle « concentré » implique que, dans le modèle européen de justice constitutionnel, le jugement de toute inconstitutionnalité relève d'une juridiction

⁸⁴ La plupart des démocraties qui ont vu le jour après les révolutions du XVIII^{ème} et du XIX^{ème} siècles ont bâti leurs institutions sur le dogme de la souveraineté parlementaire. Dès lors, comment concevoir que la loi puisse être mise en échec par un quelconque organe qui, de ce fait, se placerait au-dessus du Parlement ?

⁸⁵ Le modèle américain serait difficilement transposable en Europe continentale : d'une part, les tribunaux sont organisés en plusieurs ordres de juridiction qui ne sont pas coiffés par une Cour suprême assurant l'unité de l'interprétation du droit ; d'autre part, les juges ordinaires ne bénéficient pas du même prestige que dans les pays anglo-saxons, et il paraît difficilement imaginable qu'on leur confie le pouvoir de censurer l'œuvre du législateur.

unique. En effet, le contrôle de constitutionnalité est confié à une seule juridiction – la Cour constitutionnelle – qui est une juridiction spécialement créée à cet effet et disposant d'un monopole dans le domaine de l'interprétation constitutionnelle. Plus précisément, la Cour constitutionnelle se présente comme une juridiction créée pour connaître spécialement et exclusivement du contentieux constitutionnel⁸⁶, située en dehors de l'appareil juridictionnel ordinaire et indépendante de celui-ci comme des pouvoirs publics.

Nb. : À la différence des cours suprêmes, qui sont généralistes, les cours constitutionnelles sont des juridictions spécialisées.

<u>JURIDICTION ORDINAIRE</u>	<u>JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE</u>	
<u>COUR</u>	<u>SUPREME</u>	<u>COUR CONSTITUTIONNELLE</u>
<u>Modèle européen</u>	<u>Modèle américain</u>	<u>Modèle européen</u>
Incompétente : - Ne connaît pas du contentieux constitutionnel (ex. : la Cour de cassation et le Conseil d'État en France).	Généraliste : - Ne connaît pas uniquement du contentieux constitutionnel. Non-spécialisée : - Partage le contentieux constitutionnel avec d'autres juridictions	Spécialisée : - A été créée pour connaître spécialement et exclusivement du contentieux constitutionnel. - A le monopole du contentieux constitutionnel.
- Placée au sommet	de l'édifice juridictionnel	- Placée hors de l'appareil juridictionnel

β. L'autorité absolue de chose jugée des décisions rendues

Alors que, dans le modèle américain de justice constitutionnelle, la décision n'a qu'un effet relatif de chose jugée et que le juge ne se prononce que sur l'application ou la non-application de la norme constitutionnelle au cas concret, dans le modèle kelsénien, la déclaration d'inconstitutionnalité a un effet général, en ce sens que la loi est anéantie et ne pourra jamais plus être appliquée : c'est ce que l'on appelle l'effet erga omnes.

Nb. : Si, dans un système de contrôle *a priori*, la décision qui déclare la loi non-conforme à la Constitution constitue un obstacle à la promulgation de la loi et à son entrée en vigueur, dans un système de contrôle *a posteriori*, la décision d'inconstitutionnalité élimine la norme censurée de l'ordre juridique.

Les effets pratiques d'une telle solution ne sont pas sans inconvénients, notamment pour la sécurité juridique. En effet, entre le moment de l'annulation de la loi et le moment de sa promulgation, un assez long délai peut s'écouler et la loi invalidée peut avoir donné lieu à des situations juridiques dont l'annulation peut entraîner des conséquences inextricables. Dès lors, la solution de l'annulation rétroactive est peu préconisée ; Hans Kelsen lui-même recommandait qu'elle soit exceptionnelle. C'est pourquoi, en pratique, deux solutions sont

⁸⁶ Seule la Cour constitutionnelle peut en connaître, ce qui signifie que les juges ordinaires se voient interdire de statuer en ce domaine.

possibles : l'annulation peut se limiter à l'avenir ou au contraire s'étendre également au passé, c'est-à-dire avoir lieu avec ou sans effet rétroactif.

B – Les formes de contrôle de constitutionnalité

Dans la pratique, le contrôle de constitutionnalité s'exerce selon des modalités que l'on peut regrouper en fonction de plusieurs distinctions.

1) Le contexte du contrôle

Le juge peut exercer son contrôle *soit dans l'abstrait* (a), c'est-à-dire sans envisager une application concrète, *soit à propos d'un cas concret* (b).

a) Le contrôle abstrait

Le contrôle de la constitutionnalité est un contrôle abstrait lorsque la question de la conformité de la loi à la Constitution est posée en dehors de tout litige préexistant devant le juge. Ainsi, en France, le Conseil constitutionnel français est saisi d'une loi qui vient d'être adoptée par le Parlement et qui n'a pas encore été promulguée. C'est pourquoi, il se borne à confronter la loi à la Constitution et ne peut connaître de difficultés qui n'apparaîtront que dans l'application de la loi. En fait, le contrôle exercé est qualifié d'« abstrait » dans la mesure où il ne porte sur aucun litige précis.

b) Le contrôle concret

Aux États-Unis, un juge n'examine une loi qu'à l'occasion d'un litige concret, c'est-à-dire un litige fait « de chair et de sang ». Dans la pratique, les juridictions constitutionnelles procèdent à un contrôle de constitutionnalité de type concret dans deux hypothèses : d'une part, lorsqu'elles sont saisies sur renvoi des tribunaux ordinaires (question préjudicielle de constitutionnalité), d'autre part, lorsqu'elles sont saisies directement par les individus pour la violation de leurs droits fondamentaux.

2) Le moment du contrôle

Suivant qu'il intervient avant ou après la promulgation de la loi, le contrôle est *a priori* (a) ou *a posteriori* (b).

a) Le contrôle a priori

Le contrôle *a priori* intervient après que la loi a été votée par le Parlement, mais avant la promulgation de la loi, c'est-à-dire avant son entrée en vigueur. L'intérêt de contrôle est d'assurer la sécurité juridique des citoyens parce que tous les problèmes contentieux auront déjà été réglés lorsque la loi entrera en application. En effet, comme la loi déclarée contraire à

la Constitution ne pourra être promulguée, les dispositions en cause ne pourront produire d'effets. En fait, cela permet à l'organe chargé de procéder au contrôle de constitutionnalité des lois de détecter et, par suite, de censurer les éventuelles inconstitutionnalités contenues dans la loi.

Ce contrôle, que l'on pourrait qualifier de préventif, connaît plusieurs faiblesses. D'une part, il a l'inconvénient de limiter l'horizon du juge, qui ne peut, à la date où il statue, pressentir toutes les virtualités de la loi, toutes les difficultés concrètes que soulèvera son application. D'autre part, dans certains pays, l'organe de contrôle n'intervient que s'il est saisi à cet effet par les autorités compétentes. Dès lors, si une loi contenant une ou plusieurs dispositions inconstitutionnelles n'est pas déférée à la juridiction constitutionnelle, elle sera promulguée et les dispositions méconnaissant la Constitution entreront en vigueur ; d'où l'intérêt d'avoir un mécanisme qui combine contrôle *a priori* et contrôle *a posteriori*.

Nb. : Excepté en France, le contrôle a priori n'est jamais exclusif.

b) Le contrôle a posteriori

Le contrôle *a posteriori*, qui est la modalité de contrôle de droit commun, intervient après la promulgation de la loi, c'est-à-dire sur une norme déjà entrée en vigueur. En d'autres termes, la loi a déjà produit des effets, sans que l'on ait de certitudes sur sa constitutionnalité. Si le contrôle aboutit à l'annulation de la loi, cette dernière disparaît de l'ordre juridique. Elle est alors censée ne jamais avoir existé et les effets produits depuis son entrée en vigueur sont annulés. Formulé autrement, la disparition de la loi entraîne le rétablissement de la situation antérieure à son entrée en vigueur.

Nb. : La loi peut être contestée après son entrée en vigueur, soit pendant un délai déterminé, qui est, par exemple, de trois mois en Espagne, soit indéfiniment, comme en Allemagne et en Italie.

En pratique, ce type de contrôle peut s'avérer délicat pour la sécurité juridique des administrés. En effet, l'annulation de la loi va entraîner la remise en cause des situations acquises. C'est pourquoi, il est généralement décidé que la disparition des effets produits par la loi ne concerne pas les droits acquis, qui sont maintenus.

Nb. : Dans les cas de contrôle concret, le contrôle est nécessairement *a posteriori* puisque le requérant conteste la constitutionnalité de la loi qui lui est appliquée (et qui est donc entrée en vigueur).

3) L'objet du contrôle

a) Le contrôle par voie d'action (ou contentieux objectif)

Dans le contrôle par voie d'action, on attaque directement la loi en demandant à la juridiction constitutionnelle d'en empêcher la promulgation ou de l'annuler. Ce contrôle n'est

pas exercé à l'occasion d'un procès qui oppose des parties, mais à l'occasion d'un « procès objectif » fait à la loi.

Nb. : Le contrôle abstrait est donc un contrôle par voie d'action. Qui plus est, il convient de noter que le contrôle par voie d'action peut être exercé *a priori*, comme en France, ou *a posteriori*, comme en Allemagne.

b) Le contrôle par voie d'exception (ou contentieux subjectif)

À l'occasion d'un procès ordinaire, l'une des parties au procès peut soulever l'exception d'inconstitutionnalité. Avant de se prononcer sur l'affaire principale, le juge devra trancher un problème préalable de constitutionnalité :

- Si l'on se trouve dans un système de contrôle diffus, le juge pourra lui-même statuer sur le procès constitutionnel, de telle sorte que la distinction entre les deux procès est purement pédagogique.
- À l'inverse, si l'on se trouve dans un système de contrôle concentré, le juge devra poser à la Cour constitutionnelle la question de la constitutionnalité de la loi et, dans l'attente de sa décision, surseoir à statuer sur le procès ordinaire. Celui-ci ne reprendra qu'après que la Cour constitutionnelle aura statué sur le procès de nature constitutionnelle et il devra, bien évidemment, respecter la solution arrêtée par cette dernière. Il s'agit, ici, de ce que l'on appelle le système de la question préjudicielle.

Les auteurs de la saisine

La question ne se pose pas vraiment dans les pays tels que les États-Unis, où ce contrôle est exercé par les juridictions ordinaires : tout plaideur, à l'occasion d'un procès, peut soulever une question de constitutionnalité quel que soit le tribunal devant lequel se déroule ce procès. Mais, lorsque, comme dans la plupart des pays européens, le contrôle est réservé à un organe spécial, il est indispensable de déterminer la liste des personnes ou des institutions qui auront la faculté de le saisir.

- La saisine par des autorités politiques : la nature des autorités en question n'est évidemment pas indifférente à la nature des saisines exercées. Autrement dit, il est clair que ces saisines, pour nombre d'entre elles, ont un caractère politique. En effet, il est rare de voir l'une de ces autorités saisir le juge constitutionnel d'une loi dont l'initiative revient à son camp politique ; à l'inverse, la saisine peut être une arme pour gêner les initiatives du camp opposé.

- La saisine par les juridictions ordinaires : lorsqu'un tribunal a des doutes sur la constitutionnalité d'une loi dont il devrait faire application, et ne pouvant trancher lui-même cette question, il la renvoie à la cour constitutionnelle et surseoit à statuer jusqu'à ce que celle-ci se soit prononcée. On parlera de « question préjudicielle ».

- La saisine par les citoyens : c'est la forme la plus démocratique de saisine. Son objet est de permettre à tout citoyen de contester la constitutionnalité d'une loi lorsque celle-ci porte atteinte ou est susceptible de porter atteinte à l'un de ses intérêts ou l'un de ses droits. Malgré tout l'intérêt qu'il présente, un contrôle ouvert à la saisine des citoyens présente un risque majeur : celui de voir une multiplication des recours et un engorgement de la justice constitutionnelle. Ceci explique que dans les pays où existe une telle saisine, des mécanismes de filtrage aient été mis en place afin de canaliser l'afflux de recours.

CHAPITRE III : L'ORGANISATION DU POUVOIR : LA DIVISION DU POUVOIR

Le principe du partage du pouvoir détenu par les autorités étatiques étant admis, depuis longtemps, comme une condition essentielle à la réalisation de l'État de droit, encore convient-il de préciser que les modalités de ce partage peuvent être très différentes d'un État à l'autre. Au-delà de cette diversité, il est, toutefois, possible de distinguer deux manières de diviser le pouvoir au sein d'un État :

- *La division horizontale* consiste à répartir le pouvoir entre les différents organes de l'État (Exécutif, Législatif et Judiciaire) afin d'éviter sa concentration au profit d'un seul. Elle concerne donc la forme du gouvernement, celle-ci dépendant du nombre des titulaires du pouvoir, de la façon dont sont agencées les fonctions exécutives, législatives et judiciaires ou, encore, des relations qui sont établies entre l'Exécutif et le Parlement (Section I).
- *La division verticale* s'intéresse à la répartition du pouvoir entre l'État central et les entités qui le composent. Pour cette raison, elle touche à l'organisation territoriale de l'État, aux formes de l'État (Section II).

Section I – La division horizontale du pouvoir : la forme du gouvernement

Nb. : En France, alors que la monarchie régnait sur des sujets divisés en trois ordres, le peuple, accédant à la souveraineté en 1789, supprime les ordres, mais divise le pouvoir en trois pour mieux le contenir. Ce principe est proclamé à l'article 16 de la DDHC : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ».

Il conviendra, dans un premier temps, *de définir et d'analyser le principe même de la séparation des pouvoirs* (§ 1) avant, dans un second temps, *d'examiner la pratique de la séparation des pouvoirs* (§ 2).

§ 1 : La théorie de la séparation des pouvoirs

L'expérience a prouvé que, lorsque tous les pouvoirs sont réunis entre les mains d'un seul homme (ex. : la monarchie absolue) ou d'un seul groupe d'hommes unis par la même idéologie et mus par le même programme (ex. : le parti unique), il n'y a plus de place pour la liberté. De ce fait, la séparation des pouvoirs est une condition primordiale du gouvernement de la liberté. En effet, il est indispensable que le pouvoir soit distribué entre plusieurs autorités pour que le risque d'oppression soit évincé. On envisagera donc le principe, c'est-à-dire *les origines*, de la séparation des pouvoirs (A) avant de *distinguer les différents pouvoirs* concernés par ce principe (B).

A – L'énoncé du principe de la séparation des pouvoirs

Le principe de la séparation des pouvoirs, comme principe d'organisation du pouvoir, est né au XVIII^{ème} siècle, à l'époque où sont apparues les premières Constitutions écrites. À

cette époque, séparer les pouvoirs n'a d'autre signification que de mettre fin à l'absolutisme. Telle est notamment, en France, la revendication majeure des cahiers de doléances lorsqu'ils appellent à doter le Royaume d'une Constitution écrite. Pour tout dire, doter la France d'une telle Constitution et séparer les pouvoirs signifient, pour les hommes de l'époque, une seule et même chose : il s'agit d'en finir avec les pouvoirs de la monarchie, qui sont tous réunis et confondus dans la seule personne du Roi.

La théorie de la séparation des pouvoirs, qui est étroitement liée à la philosophie des Lumières, reste indissolublement attachée au nom de *MONTESQUIEU* (2). Ceci dit, cet auteur n'a pas inventé la séparation des pouvoirs en tant que telle et il est certain qu'une bonne partie du célèbre Chapitre VI du Livre XI (« De la Constitution d'Angleterre ») de son œuvre De l'Esprit des lois est empruntée aux constitutionnalistes anglais de l'époque et, plus particulièrement, à *John LOCKE* (1).

1) La séparation des pouvoirs vue par John LOCKE (1632-1704)

Au lendemain de la Révolution anglaise de 1688, John LOCKE, que le Roi JACQUES II a contraint à l'exil, écrit son second Traité du gouvernement civil (1690) avec pour objectif essentiel de légitimer la Révolution qui vient d'avoir lieu. En plus de revendiquer une forme de contrat social et un droit légitime à l'insurrection, cet auteur pose les bases de la théorie de la séparation des pouvoirs. Selon lui, il existe, dans l'État, trois pouvoirs : le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir fédératif⁸⁷. Les deux derniers, bien que distincts, sont souvent réunis dans les mêmes mains, mais, le premier, c'est-à-dire le pouvoir législatif, leur est supérieur et il doit en être séparé pour qu'il n'y ait pas d'abus. En pratique, l'influence de John LOCKE sera très vite éclipsée, même en Angleterre, par celle de MONTESQUIEU.

2) La séparation des pouvoirs vue par MONTESQUIEU (1689-1755)

Nb. : MONTESQUIEU s'inscrit dans une longue tradition d'auteurs qui, tels ARISTOTE⁸⁸ au IV^{ème} siècle av. J.-C., CICERON au I^{er} siècle av. J.-C. ou Saint Thomas D'AQUIN au XIII^{ème} siècle, avaient pour idéal la modération du pouvoir.

MONTESQUIEU va énoncer le principe de séparation des pouvoirs, en 1748, dans son célèbre ouvrage De l'Esprit des lois. Il y analyse le régime de monarchie absolue qui prévaut alors en France et le compare au régime de monarchie constitutionnelle qui est appliqué par l'Angleterre de l'époque. Plus précisément, il distingue, dans chaque pays, trois sortes de

⁸⁷ Le pouvoir fédératif correspond au pouvoir de conduire les relations internationales.

⁸⁸ La séparation des pouvoirs apparaît comme un principe de division technique du travail étatique. C'est dans cette optique qu'ARISTOTE a été amené à opérer une distinction entre trois catégories de pouvoir dans son ouvrage La Politique : « *Dans tout Gouvernement, il y a trois pouvoirs essentiels à chacun desquels le sage législateur doit faire place de la manière la plus convenable (...). Le premier de ces trois pouvoirs est celui qui délibère sur les affaires de l'État (...). Le deuxième comprend toutes les magistratures ou pouvoirs constitués, c'est-à-dire ceux dont l'État a besoin pour agir (...). Le troisième embrasse les offices de juridictions* ».

pouvoir : le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire. Il constate alors que, en Angleterre, chacun des pouvoirs est exercé par des personnes ou des institutions distinctes jouissant chacune d'une grande indépendance par rapport aux autres. Cela contraste avec la monarchie absolue française où tous les pouvoirs sont concentrés entre les mains du Roi. MONTESQUIEU en tire la conclusion qu'un État moderne, soucieux de garantir les libertés individuelles tant contre l'arbitraire que le despotisme, doit opérer une telle séparation des pouvoirs au sein de ses institutions. À vrai dire, lorsqu'il y a une concentration des pouvoirs de l'État entre les mains d'un même homme ou d'une même institution, la liberté des individus est menacée car, comme l'explique MONTESQUIEU, « *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* ».

a) La séparation des fonctions

La première question qui se pose est de savoir quels sont les pouvoirs évoqués par MONTESQUIEU. En pratique, MONTESQUIEU distingue trois fonctions principales au sein des divers régimes politiques : la fonction d'édition des règles générales (ou fonction législative), la fonction d'exécution de ces règles (ou fonction exécutive) et la fonction de règlement des litiges (ou fonction juridictionnelle). Puis, il défend l'idée qu'à l'exercice de chaque fonction correspond un pouvoir : le pouvoir législatif : faire la loi, le pouvoir exécutif : appliquer la loi et le pouvoir judiciaire : trancher les différends.

b) La séparation des organes

La deuxième question qui se pose est celle de savoir quel est le système préconisé par MONTESQUIEU pour préserver la liberté. Pour combattre l'arbitraire naturel du pouvoir, il faut lui fixer des limites et, c'est précisément dans le pouvoir lui-même que MONTESQUIEU trouve ces limites : « *Pour que l'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir* ». Cette phrase, quelque peu sibylline, signifie que l'organisation du pouvoir doit reposer sur sa répartition entre différents organes, c'est-à-dire qu'il est nécessaire que les trois pouvoirs soient distincts et exercés par des personnes ou des institutions différentes. Partant du constat que, dans le régime de la monarchie absolue, les trois fonctions sont le plus souvent confondues et détenues par une seule et même personne, MONTESQUIEU plaide pour que chacune d'entre elles soit exercée par des organes distincts, indépendants les uns des autres, tant par leur mode de désignation que par leur mode de fonctionnement. Chacun de ces organes devient ainsi l'un des trois pouvoirs : le pouvoir législatif est exercé par des Assemblées représentatives, le pouvoir exécutif est détenu par le chef de l'État et par les membres du Gouvernement et le pouvoir judiciaire revient aux juridictions.

Pour résumer, la séparation des pouvoirs, dont l'objectif est d'aboutir à l'équilibre des différents pouvoirs, dépend de deux conditions :

- Une spécialisation fonctionnelle : chaque organe est spécialisé dans sa fonction (les

assemblées dans la fonction législative, le Gouvernement dans la fonction exécutive, les tribunaux dans la fonction juridictionnelle) et chaque organe n'accomplit *que* les actes relevant de sa fonction, mais accomplit *tous* les actes de sa fonction.

- Une indépendance organique : chaque organe doit être indépendant des deux autres : l'organe législatif ne doit disposer d'aucune prérogative vis-à-vis de l'organe exécutif, et *vice-versa*, et le pouvoir judiciaire ne doit en rien relever des deux autres pouvoirs.

Nb. : L'apport décisif de MONTESQUIEU à la théorie de la séparation des pouvoirs peut se mesurer sur deux plans. En premier lieu, il donne sa formulation moderne en substituant au pouvoir fédératif de JOHN LOCKE un pouvoir judiciaire qu'il détache de la fonction exécutive. En second lieu, il affecte à cette division une fonction précise, qui est de garantir la liberté politique.

La séparation et, à travers elle, l'équilibre des pouvoirs doivent permettre, sur le plan juridique, d'éviter que l'un d'eux ne s'empare, en cumulant l'exercice des trois, d'une souveraineté qui n'appartient qu'à la Nation et, sur le plan politique, d'empêcher les abus qu'un titulaire unique ne manquerait pas de faire de ses pouvoirs et qui, *de facto*, seraient extrêmement dangereux pour les libertés. De nos jours, cette conception semble quelque peu dépassée car, pour certains auteurs, la séparation des pouvoirs n'est plus qu'une application particulière d'un principe plus général qui est, tout simplement, le principe de la division du travail. L'efficacité vient, ici, au secours de la liberté. Aujourd'hui, la séparation des pouvoirs se justifierait pour une raison technique, et non plus idéologique.

B – La distinction des pouvoirs

1) Le pouvoir législatif

Le pouvoir législatif, qui s'incarne dans les Assemblées représentatives, consiste en l'édition de lois, c'est-à-dire de normes de portée générale (ou qui s'appliquent à l'ensemble des citoyens) ayant pour objet d'organiser la société dans ses grandes lignes. Longtemps, la légitimité démocratique des organes législatifs – du moins de la Chambre basse, c'est-à-dire de la Chambre élue au suffrage universel direct – leur a conféré une prépondérance sur le pouvoir exécutif. Mais, à partir de la fin du XIX^{ème} siècle, le centre de gravité du pouvoir s'est progressivement déplacé des organes législatifs vers les organes exécutifs.

2) Le pouvoir exécutif

Au monarque se sont substituées des structures contemporaines : Président de la République, Premier ministre, ministres, secrétaires d'État ... À l'origine de la mise en œuvre de la séparation des pouvoirs, le pouvoir exécutif avait pour mission principale d'appliquer les lois votées par le Parlement. Mais, l'apparition de l'État-Providence a été l'origine d'un interventionnisme accru de l'État et d'une montée en puissance de l'organe exécutif qui, seul, détenait les moyens matériels et juridiques pour mettre en œuvre les nouvelles missions dévolues à l'État. Or, la principale conséquence des transformations qui ont affecté l'État a été de provoquer un déplacement du centre de décision du pouvoir législatif vers le pouvoir

exécutif et, de nos jours, la définition de la politique de la nation ainsi que sa mise en œuvre quotidienne relèvent principalement, pour ne pas dire exclusivement, des organes exécutifs.

3) Le pouvoir judiciaire

Le pouvoir judiciaire n'est pas, à proprement parler, un « pouvoir », mais plutôt une « autorité », en raison de l'absence d'indépendance réelle vis-à-vis du pouvoir politique qui l'a caractérisé pendant longtemps et le caractérise encore aujourd'hui dans certains pays. Fort heureusement, la plupart des démocraties contemporaines ont réussi à couper les liens entre le politique et le judiciaire, ce dernier se présentant alors comme le meilleur rempart contre l'arbitraire du pouvoir.

§ 2 : La pratique de la séparation des pouvoirs

A – La classification des régimes politiques

Nb. : Par « régime politique », il faut entendre le type de rapport pouvant exister entre les pouvoirs publics. La classification des régimes se fait traditionnellement à partir de la théorie de la séparation des pouvoirs chère à MONTESQUIEU. Ainsi, on distingue les régimes de confusion des pouvoirs, qui sont des régimes autoritaires où les libertés individuelles ne sont pas garanties, et les régimes de séparation des pouvoirs, qui sont, en principe, des régimes démocratiques et libéraux.

La fortune de la théorie de la séparation des pouvoirs a été si extraordinaire qu'elle a servi de fondement à une classification des régimes politiques. En pratique, trois situations d'aménagement des pouvoirs peuvent être dégagées, selon le degré de séparation appliqué. On distingue, ainsi, les systèmes qui fonctionnent sur la base d'une *séparation souple* (1) et ceux qui fonctionnent sur la base d'une *séparation stricte* (2). On rencontre également des régimes qui refusent le principe de la séparation et qui, au contraire, organisent la *confusion des pouvoirs* (3).

Nb. : La division horizontale des pouvoirs fait intervenir essentiellement deux pouvoirs : le Législatif et l'Exécutif.

1) Le régime parlementaire (ou la séparation souple des pouvoirs)

Nb. : Contrairement à l'idée reçue, l'existence d'un Parlement ne fait pas, à elle seule, un régime parlementaire.

Consacré, en Europe, dans des contextes variés, le régime parlementaire va faire la preuve de sa capacité d'adaptation. Si, dans la pratique, on peut distinguer autant de types de régimes parlementaires qu'il y a de transpositions nationales, *un certain nombre d'éléments communs permet, toutefois, de les caractériser* (a). De plus, *plusieurs formes d'organisation du régime parlementaire* seront à distinguer (b).

a) Les caractéristiques du régime parlementaire

Nb. : Pour Léon BLUM, le régime parlementaire correspond à la « *vie de ménage* ».

Le régime parlementaire, ou gouvernement de Cabinet⁸⁹, apparaît au XVIII^{ème} siècle en Angleterre et au XIX^{ème} siècle en France, en réaction à l'absolutisme monarchique, plus précisément dans le contexte historique d'un pouvoir monarchique déclinant et d'un pouvoir représentatif montant. En pratique, il désigne le régime de séparation souple des pouvoirs au sein duquel les pouvoirs exécutif et législatif collaborent et dépendent l'un de l'autre. C'est pourquoi, le régime parlementaire apparaît marqué par une interdépendance des fonctions.

α. Le dualisme de l'Exécutif

Sur le plan institutionnel, le système parlementaire se caractérise par un exécutif bicéphale, c'est-à-dire suppose la division du pouvoir exécutif entre le chef de l'État et le chef du Gouvernement. Si le chef de l'État est politiquement irresponsable, il n'en va pas de même du Gouvernement qui assume, devant le Parlement, par le biais notamment du contreséing ministériel, la responsabilité des actes de l'Exécutif. En vérité, le Gouvernement est la pièce essentielle du régime parlementaire, parce que c'est par lui que s'établit la collaboration entre l'Exécutif et le Législatif.

β. La collaboration fonctionnelle

L'organe exécutif et l'organe législatif vont devoir collaborer entre eux pour l'exercice des principales fonctions étatiques. Ainsi, bien que le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif se voient doter de fonctions spécifiques, chacun d'eux peut être amené à participer à la fonction exercée par l'autre. De la sorte, le Gouvernement a la possibilité de participer à la fonction législative, en disposant, notamment, de l'initiative des lois et, réciproquement, le Parlement peut participer à la fonction gouvernementale, par exemple en contrôlant l'action du Gouvernement. Il s'agit donc, en fait, d'un système destiné à assurer la coopération des pouvoirs plutôt que leur séparation.

γ. L'équilibre organique (ou la collaboration sanctionnée)

Dans le cadre d'un régime parlementaire, les pouvoirs sont comptables de leurs actes ; en d'autres termes, ils sont responsables. Plus précisément, ils sont révocables mutuellement, c'est-à-dire que le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif sont dotés de moyens d'action et de pression réciproques, permettant à chacun de remettre en cause l'existence de l'autre : dans la pratique le droit pour les parlementaires de provoquer la démission du Gouvernement a pour contrepartie leur retour anticipé devant les électeurs, consécutif à l'exercice du droit de

⁸⁹ Pour faciliter la collaboration entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif, on a inventé une structure particulière : le Cabinet, formé du Premier ministre et de ses ministres.

dissolution par le pouvoir exécutif. C'est, toutefois, davantage la possibilité d'en (ab)user que l'usage effectif de ces moyens de destruction réciproques qui permet au régime parlementaire de fonctionner. Pour résumer, la « paix » entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif résulte de l'existence de moyens de pression réciproques, sortes d'« épées de DAMOCLES » qui les poussent dans la voie de la collaboration.

Nb. : Chaque pouvoir peut presque dire à l'autre : « *Je te tiens, tu me tiens* ».

b) Les formes de régime parlementaire

Le régime parlementaire est le régime politique le plus pratiqué dans les démocraties occidentales. Ceci dit, le régime parlementaire n'appelle pas une forme unique d'agencement institutionnel et, dans les faits, il n'y a pas un régime parlementaire, mais, des régimes parlementaires. À chacun son régime parlementaire, serait-on donc tenté de dire ...

α. Le régime parlementaire moniste

Les régimes parlementaires modernes ont, en général, adopté une forme moniste, ce qui signifie que le Gouvernement n'est responsable que devant l'Assemblée élue au suffrage universel direct et, exceptionnellement, devant les Assemblées. En fait, si l'on retrouve, au sein de l'Exécutif, la distinction entre le chef de l'État et le chef de Gouvernement, on observe que l'exercice du pouvoir exécutif a été transféré du premier au second et ce, par le jeu de la procédure du contreseing⁹⁰. En d'autres termes, le Gouvernement concentre entre ses mains tout le pouvoir exécutif, ce qui a pour conséquence principale que le chef de l'État ne détient pas de pouvoir autonome lui permettant de jouer un rôle politique. Le monisme se réduit donc à cette vision : un chef de l'État, simple spectateur politique investi d'une magistrature inactive ou contemplative⁹¹.

Nb. : De nos jours, la plupart des régimes parlementaires pratiqués en Europe peuvent être qualifiés de monistes. C'est le cas, notamment, de l'Allemagne, de l'Italie ou, bien encore, des monarchies parlementaires (ex. : l'Espagne et le Royaume-Uni).

β. Le régime parlementaire dualiste (ou orléaniste)

Apparu alors que la monarchie était encore considérée comme une réelle autorité, le régime parlementaire s'est organisé, dans un premier temps, sous une forme dualiste. La spécificité de ce type de régime parlementaire réside à la fois dans la participation du chef de l'État à l'exercice du pouvoir exécutif, parallèlement au chef du Gouvernement, et dans le

⁹⁰ Le contreseing est la procédure par laquelle un ministre endosse la responsabilité des actes du chef de l'État.

⁹¹ « *Le Roi règne, mais ne gouverne pas* », a-t-on coutume de dire ou le « *dieu terne de la République* », pour reprendre l'expression d'Anatole FRANCE, est réduit au rôle protocolaire d'« *inaugurer les chrysanthèmes* », pour citer le général DE GAULLE.

mécanisme de la double responsabilité du Gouvernement devant l'Assemblée élue au suffrage universel direct et devant le chef de l'État.

Ce type de parlementarisme présente un inconvénient majeur : il ne peut fonctionner correctement que si le chef de l'État et la majorité parlementaire appartiennent au même courant politique. S'il n'en est pas ainsi, il est impossible, pour le Gouvernement, de satisfaire à la fois les deux organes (chef de l'État et Assemblée) devant lesquels il est responsable. Dès lors, la position du Gouvernement risque de devenir intenable dans la mesure où ni la révocation du chef du Gouvernement par le chef de l'État, ni sa censure par l'Assemblée, ne suffiront à rétablir l'harmonie. C'est pourquoi, la seule solution consiste, pour l'Exécutif, à prononcer la dissolution de l'Assemblée et à renvoyer celle-ci devant les électeurs, au risque d'être désavoué. Concrètement, si le peuple donne raison à l'Assemblée, c'est-à-dire s'il reconduit la majorité précédente, le chef de l'État, qui ne peut tout de même pas prononcer des dissolutions en cascade sous peine de provoquer une crise institutionnelle, n'a d'autre possibilité que de s'accommoder de cette majorité, ce qui revient pour lui à s'incliner et à accepter de renoncer au rôle actif qu'il prétendait jouer⁹². C'est d'ailleurs ainsi que s'est terminée, en France, la dernière expérience de régime parlementaire orléaniste, avec la crise du 16 mai 1877.

Nb. : On désigne sous le terme « orléanisme » un mode de rapports entre le pouvoir exécutif et le organe législatif tels que le Gouvernement est politiquement responsable d'une part, devant le chef de l'État (monarque ou Président) et, d'autre part, devant les Assemblées parlementaires. L'orléanisme tire son nom de ce qu'il a fonctionné en France sous le règne de Louis-Philippe d'ORLEANS (1830-1848), c'est-à-dire au cours de la Monarchie de Juillet, mais on parle également à son sujet de régime parlementaire dualiste ou de régime parlementaire belge, parce qu'il a été pratiqué en Belgique au XIX^{ème} siècle.

χ. Le régime parlementaire rationalisé

Pour remédier à l'instabilité gouvernementale et, par suite, au dysfonctionnement du régime, des pays comme la France, l'Allemagne ou l'Italie vont chercher à limiter les risques de conflits institutionnels. Des mécanismes de « rationalisation » du parlementarisme vont, ainsi, être introduits dans les Constitutions. En fait, il s'agit essentiellement de mécanismes tendant soit à permettre au Gouvernement, lors de sa formation, de s'assurer du soutien de la majorité parlementaire (ex. : mécanisme d'investiture, vote de confiance), soit à limiter les possibilités de mise en jeu de la responsabilité gouvernementale (ex. : encadrement strict de l'initiative et du vote de censure). En définitive, la rationalisation consiste, en quelque sorte, à limiter le jeu naturel des principaux éléments du régime parlementaire et ce, pour éviter les dérives du système et l'instabilité gouvernementale.

⁹² Cela étant, il peut toujours se retirer en démissionnant.

2) Le régime présidentiel (ou la séparation stricte des pouvoirs)

Nb. : Contrairement à l'idée reçue, le régime présidentiel n'est pas construit autour d'un Président tout puissant.

La séparation des pouvoirs dite « stricte » (ou « rigide »), qui implique une stricte égalité entre ceux-ci, se caractérise tant par *une spécialisation des compétences de chaque organe* (a) que par *l'absence de moyens d'action susceptibles de remettre en cause l'existence de l'autre organe* (b).

Nb. : Le régime présidentiel semble être une exclusivité américaine. En effet, il existe, dans l'Histoire, peu d'exemples de régimes de séparation stricte des pouvoirs (ex. : la Constitution fédérale des États-Unis d'Amérique de 1787, la Constitution de la Suède de 1809, la Constitution de la Norvège de 1814 ...). En France, par trois fois, on a connu une séparation stricte des pouvoirs (ex. : la Constitution de 1791, la Constitution de 1795 et la Constitution de 1848).

a) La spécialisation des fonctions

Dans le régime présidentiel américain, la fonction exécutive est incarnée par le Président et la fonction législative par les deux Assemblées (Chambre des Représentants et Sénat⁹³). En pratique, cette séparation stricte des organes s'accompagne d'une séparation stricte des fonctions : chaque pouvoir a ses compétences propres dans l'exercice desquelles l'autre n'intervient pas, sinon exceptionnellement par l'exercice de la « faculté d'empêcher ». De la sorte, le Président exerce pleinement le pouvoir exécutif et les Assemblées exercent pleinement le pouvoir législatif. Par conséquent, à la différence du régime parlementaire, le régime présidentiel ne prévoit pas d'imbrication des compétences.

b) L'indépendance organique

Une séparation stricte des pouvoirs implique qu'Exécutif et Législatif ne puissent exercer de pressions l'un sur l'autre. Il n'existe donc pas de procédures juridiques permettant à l'un des pouvoirs de mettre en cause l'investiture de l'autre. En conséquence, le Président ne dispose pas, comme en régime parlementaire, du droit de dissoudre la ou les Chambres et le Parlement ne peut mettre en cause la responsabilité politique de l'organe exécutif⁹⁴. Cette impossibilité de remettre en cause l'autre pouvoir a pour effet que Président et Assemblées ont la certitude de demeurer en fonction jusqu'à l'expiration de leurs mandats respectifs.

Nb. : Chaque organe est recruté de manière autonome : l'Exécutif n'intervient pas dans la désignation du Législatif et le Législatif n'intervient pas dans le recrutement de l'Exécutif.

⁹³ Tous deux formant le Congrès.

⁹⁴ L'Exécutif apparaît donc monocéphale puisqu'il n'est pas nécessaire d'en détacher un organe responsable devant le Parlement.

c) L'échec de certaines expériences de séparation stricte des pouvoirs

La théorie de la séparation des pouvoirs n'a pas toujours été strictement mise en œuvre par les différents régimes démocratiques. En effet, une séparation trop stricte peut aboutir à la paralysie des institutions : tel fut le cas, en France, sous le Directoire (1795-1799) et sous la II^{ème} République (1848-1851), où le conflit entre l'Exécutif et le Législatif s'est, à chaque fois, soldé par un coup d'État. Aussi, de nombreux régimes privilégient-ils le principe de la collaboration des différents pouvoirs à celui de leur stricte séparation : la distinction entre le Législatif, l'Exécutif et le Judiciaire demeure, mais ces différents pouvoirs disposent de moyens d'action les uns à l'égard des autres.

La II^{ème} République

- Un régime de séparation stricte des pouvoirs. La Constitution de 1848 met en place deux pouvoirs séparés et égaux ayant la même origine (élection au suffrage universel) et indépendants l'un de l'autre. L'Assemblée ne prend pas part à la désignation du Président de la République et elle ne peut pas mettre un terme à l'exercice de ses fonctions hormis l'hypothèse où sa responsabilité pénale serait engagée pour trahison ou forfaiture. De son côté, le chef de l'État n'a aucun moyen de pression sur l'Assemblée et ne peut pas la dissoudre pour faire appel à l'arbitrage du peuple souverain. Par conséquent, coexistent deux pouvoirs égaux et rivaux qui ne peuvent ni contraindre l'autre à fléchir sa volonté, ni à mettre un terme à son mandat.

- Le coup d'État du 2 décembre 1851. Après les 4 ans de présidence de Louis NAPOLEON BONAPARTE, le coup d'État semble inévitable. Le calendrier des échéances pour le renouvellement du Président et de l'Assemblée met un terme aux deux pouvoirs la même année : 1852. Or, Louis NAPOLEON BONAPARTE n'envisage pas de quitter l'Élysée, mais projette, au contraire, d'y rester, d'abord dans la légalité, en tentant d'obtenir une révision qui l'autoriserait à se présenter de nouveau aux élections présidentielles. Ne parvenant pas à obtenir de l'Assemblée la révision de la disposition de la Constitution qui prévoit l'absence de rééligibilité immédiate du Président de la République à la fin de son mandat, il prend alors le parti de recourir à la force à 3 mois de l'élection de son successeur. Le coup d'État a lieu le 2 décembre 1851 et met un terme à la II^{ème} République.

3) Les régimes de confusion des pouvoirs

Nb. : La confusion absolue des pouvoirs, c'est quand un seul homme (ou organe) dispose de tous les pouvoirs (ex. : la monarchie absolue, la dictature ...). Dans les régimes qui pratiquent la confusion relative des pouvoirs, les apparences sont celles de la séparation des pouvoirs, mais la réalité est celle de la confusion.

Comme la démocratie, dont elle est l'expression institutionnelle, la séparation des pouvoirs est un fragile équilibre qui peut se rompre au bénéfice de l'un des pouvoirs. À vrai dire, il n'y a plus de séparation des pouvoirs à partir du moment où l'un d'eux concentre effectivement la réalité du pouvoir et domine l'autre sans subir ni contrepoids, ni contrôle. En conséquence, on considère qu'il y a confusion des pouvoirs lorsqu'un même organe exerce seul toutes les fonctions.

À l'exception des modalités de concentration des pouvoirs au profit du chef de l'État prévues par les Constitutions en période de circonstances exceptionnelles (ex. : l'état de siège, l'état d'urgence ...), les remises en cause du principe de la séparation des pouvoirs résultent,

principalement, des régimes politiques qui pratiquent la confusion des pouvoirs soit au profit du Législatif, soit au profit de l'Exécutif.

Nb. : Les régimes de confusion des pouvoirs, qui sont, très souvent, issus de circonstances historiques particulières, sont des régimes attentatoires aux libertés car l'organe investi, seul, d'une formidable puissance, ne trouve aucun contrepoids pour le freiner.

Le régime conventionnel (ou régime d'Assemblée)

En rupture avec la logique du régime parlementaire, bien qu'il lui emprunte son décor, le régime conventionnel⁹⁵ se caractérise par la confusion des pouvoirs au profit du Parlement. En fait, il s'agit d'un régime politique dans lequel l'Exécutif est juridiquement subordonné à une assemblée unique et souveraine. Dans ce système, l'Exécutif apparaît donc comme un pouvoir dérivé du Législatif. Désigné par l'Assemblée, devant se conformer à ses exigences, le pouvoir exécutif est dans une situation de totale dépendance à l'égard de cette dernière ce qui signifie qu'il n'a aucun moyen de s'opposer ou de faire pression sur la ou les Assemblées.

B – Les aménagements à la classification des régimes politiques

Même si on excepte le cas des régimes de confusion des pouvoirs, le principe de la séparation des pouvoirs apparaît toujours susceptible d'aménagements. La pratique révèle, en effet, l'impossibilité de faire fonctionner, de manière absolue, un modèle de séparation « souple » ou un modèle de séparation « stricte ». Par conséquent, les modèles de séparation traditionnels ne sont que des modèles théoriques qui peuvent, dans la pratique, faire l'objet d'adaptations ...

1) Le déplacement de l'équilibre des pouvoirs en régime parlementaire

Le déplacement de l'équilibre des pouvoirs peut s'établir *soit au bénéfice de l'Exécutif* (ex. : l'Allemagne, l'Espagne, la Grande-Bretagne, la V^{ème} République française ...) (a), *soit au bénéfice du Législatif* (ex. : les III^{ème} et IV^{ème} Républiques françaises) (b).

a) Les régimes parlementaires à prépondérance de l'Exécutif

À titre d'exemple, le régime britannique présente la particularité de ne pas consacrer une véritable séparation entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif. En effet, l'Exécutif, composé du Premier ministre et des membres du Cabinet, se trouve issu du Parlement et ce, pour deux raisons. D'une part, en vertu d'une règle constitutionnelle non-écrite, le Premier ministre est nécessairement le leader du parti vainqueur aux élections à la Chambre des Communes. Par conséquent, la Reine n'a pas la possibilité de choisir le Premier ministre et son intervention se réduit en une simple formalité : sa nomination. D'autre part, les ministres sont, le plus souvent, choisis parmi les membres de la Chambre des Communes et, à l'inverse

⁹⁵ Qualifié ainsi par allusion à l'expérience française de la Convention.

de la V^{ème} République française, il n'existe, en Grande-Bretagne, aucune incompatibilité entre fonctions ministérielles et fonctions parlementaires.

b) Les régimes parlementaires à prépondérance du Législatif

Si les évolutions du parlementarisme font souvent ressortir une montée en puissance de l'Exécutif, il n'en va cependant pas toujours ainsi. Faute de mécanismes d'équilibre et, notamment, d'un droit effectif de dissolution susceptible de contrebalancer les prérogatives parlementaires, faute de conditions (politiques) favorisant la stabilité gouvernementale, le régime parlementaire peut tendre vers la toute-puissance des Assemblées, comme ce fut le cas pour les régimes appliqués sous les III^{ème} et IV^{ème} Républiques françaises.

2) L'exigence de collaboration des pouvoirs en régime présidentiel

Nb. : Il est clair qu'un véritable régime présidentiel serait immanquablement voué à l'échec.

Le régime politique des États-Unis a été institué par la Constitution fédérale du 17 septembre 1787. En théorie, cette Constitution entendait fixer une égalité rigoureuse entre les trois pouvoirs. C'est pourquoi, elle semble organiser une séparation stricte des pouvoirs : pas de responsabilité politique, pas de droit de dissolution ... Cela dit, cette séparation rigide des pouvoirs a été tempérée par l'existence de moyens de contrôle et d'actions réciproques conçus conformément à la doctrine des « checks and balances », c'est-à-dire de freins et de contrepoids. Pour être plus précis, dans le système américain, la « faculté de statuer » peut se voir opposer une « faculté d'empêcher ». En fait, afin d'éviter que le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif n'abusent de leurs prérogatives, les constituants ont prévu plusieurs cas de collaboration entre le Président et le Congrès et la pratique du régime politique américain montre qu'il existe un dialogue permanent entre ces deux organes.

a) Les moyens d'action du Président à l'égard du Congrès

Nb. : Si, en théorie, le principe de séparation stricte des pouvoirs implique une totale indépendance de l'Exécutif et du Législatif et cantonne, *a priori*, le Président dans un rôle de simple exécutant des lois adoptées par le Congrès, la pratique américaine révèle l'importance du rôle « législatif » du Président.

α. Le droit de message

Le Président des États-Unis n'a aucun pouvoir coercitif à l'égard du Congrès, mais il dispose d'un « droit de message ». Mais, l'Article II Section 3 de la Constitution fédérale ne lui reconnaît, en ce domaine, que quelques pouvoirs limités : « *Renseigner périodiquement le Congrès sur l'état de l'Union* », « *appeler son attention sur les mesures qu'il croira nécessaires et convenables* » et, « *dans des circonstances graves, réunir d'urgence les deux Chambres ou l'une d'entre elles et dans le cas de divergence entre elles sur l'époque à laquelle elles doivent s'ajourner, fixer cet ajournement à la date qu'il croira convenable* ».

β. Le droit de veto

C'est au Congrès qu'appartient le pouvoir législatif dans sa plénitude. Le Président, pour sa part, ne dispose ni de l'initiative législative, ni d'aucune prérogative « positive », c'est-à-dire lui permettant de faire pression sur le Congrès pour l'amener à voter les textes qu'il souhaite. La Constitution lui confère, en revanche, avec le droit de veto, une prérogative « négative » lui permettant de s'opposer aux lois qui ne lui conviennent pas.

Les dispositions de l'Article I^{er} Section VII de la Constitution fédérale prévoient un délai de 10 jours pour que le Président renvoie à la Chambre dont elle émane une proposition de loi à laquelle il entend opposer un veto. Le délai initial de 10 jours s'explique, avant tout, par l'obligation de motivation du veto par le Président, lors du renvoi du texte. Cependant, le Président ne peut bloquer indéfiniment le Congrès puisque ce dernier peut passer outre le veto présidentiel si chacune de ses deux Chambres vote de nouveau le texte et, cette fois, à la majorité des deux tiers ; mais, cela arrive rarement. Ce droit de veto, qui ne peut porter que sur l'intégralité de la loi, et non sur certaines de ses dispositions⁹⁶, se présente donc comme une prérogative présidentielle d'une grande efficacité. Le Président prend, de cette façon, part à l'activité législative et peut user de la « faculté d'empêcher » qui lui est reconnue par la Constitution.

Le veto de poche (ou pocket veto)

Sans opposer de veto exprès, le Président peut, en fin de session parlementaire, laisser s'écouler le délai de 10 jours imparti par la Constitution en conservant le texte non signé. Le Congrès s'ajournant en fin de session, le renvoi du texte ne sera alors plus possible. La loi ne pourra, dès lors, entrer en vigueur. Le veto produit, ainsi, des effets absolus puisqu'il ne peut plus être renversé par les Chambres, à tout le moins jusqu'à l'ouverture d'une nouvelle session et la reprise éventuelle en discussion d'un texte similaire.

L'usage du veto de poche se révèle particulièrement attractif pour le Président puisque, n'ayant pas à motiver un tel refus, il évite un conflit ouvert avec le Congrès tout en bloquant l'intervention de textes.

b) Les moyens d'action du Congrès à l'égard du Président

α. La ratification des traités internationaux

Si le Président des États-Unis négocie les traités, ils sont, en application de l'Article I^{er} Section II de la Constitution fédérale, ratifiés à la majorité des deux tiers par le Sénat. Le Sénat exerce, de la sorte, un contrôle de l'activité diplomatique et l'histoire des États-Unis offre quelques illustrations de ratifications difficiles. Ainsi, à défaut d'obtenir une majorité suffisante, le Traité de Versailles, qui a mis fin à la Première Guerre mondiale, n'a pas pu être ratifié.

⁹⁶ En dépit de certaines réticences du Congrès, un droit de veto partiel avait été consacré au niveau fédéral avec le « *Line Item Veto Act* » du 9 avril 1996. Cependant, dans la décision *CLINTON v. New York* du 25 juin 1998, la Cour suprême a jugé que le droit de veto partiel du Président était contraire à l'Article I^{er} Section VII de la Constitution, qui ne permet que de renvoyer au Congrès un texte entier.

β. La nomination des hauts fonctionnaires

Le Sénat des États-Unis dispose d'une prérogative de confirmation des nominations proposées par le Président. L'Article II Section 2 de la Constitution fédérale indique, en effet, que le Président nommera les ambassadeurs, les autres ministres publics et les consuls, les juges à la Cour suprême et tous les autres fonctionnaires des États-Unis, après avis et consentement du Sénat. Cette disposition illustre la nécessité de collaboration permanente entre Exécutif et Législatif. Sans l'accord du Sénat, le Président ne peut nommer certaines personnes à des postes-clés qui peuvent conditionner l'effectivité de son action.

Nb. : La « courtoisie sénatoriale » a rendu les accrochages assez rares et limités à quelques postes sensibles (ex. : les nominations à la Cour suprême fédérale).

χ. La mise en jeu de la responsabilité pénale du Président

La Constitution des États-Unis prévoit, dans son Article II Section 4, une procédure dite d'*impeachment*, mais qui ne peut être utilisée qu'en cas de « *haute trahison, corruption ou autres crimes ou délits majeurs* ». Il s'agit donc d'une sorte de responsabilité pénale, et non politique. De la sorte, elle ne constitue pas, *de jure*, un moyen d'action du Congrès sur le Président en cas de désaccord politique.

La procédure de destitution comprend deux étapes. La Chambre des Représentants doit, d'abord, adopter à la majorité simple le principe de mise en accusation, c'est-à-dire définir les charges formelles retenues. Le Sénat se prononce, ensuite, par un vote sur la culpabilité du Président ou de l'agent fédéral concerné. Il siège, alors, comme une sorte de Haute Cour présidée par le *Chief Justice*, c'est-à-dire le Président de la Cour suprême fédérale. La condamnation, qui ne peut être prononcée qu'à la majorité des deux tiers des présents, emporte destitution ou révocation et interdiction d'occuper tout emploi public.

Nb. : En 1868, pour le Président Andrew JOHNSON, il manqua une voix au Sénat pour voter sa destitution. Quant au Président Richar NIXON, après l'affaire du *Watergate*, il démissionna avant que ne soit déclenchée la procédure d'*impeachment*. En 1999, pour le Président Bill CLINTON, la procédure a été déclenchée, mais elle n'a pas abouti.

Le vieillissement de la théorie de la séparation des pouvoirs

L'inadaptation de la théorie de la séparation des pouvoirs tient, pour une large part, à ce qu'elle a été élaborée en un temps où les partis politiques n'existaient pas encore, tout au moins sous leur forme moderne. À cette époque, les principaux problèmes posés par le pouvoir étaient d'ordre institutionnel ; ils concernaient les différents organes, leurs compétences et leurs rapports. Or, de nos jours, ce sont les partis qui animent la vie politique, à laquelle les institutions ne fournissent qu'un cadre formel. Il n'y a pas, d'un côté, le Gouvernement et, de l'autre, le Parlement ; il y a, d'un côté, la majorité, et, de l'autre, l'opposition ...

Section II – La division verticale du pouvoir : la forme de l'État

Par « formes de l'État », on fait référence à l'organisation des relations entre l'État et les entités territoriales qui le composent. Sur un territoire donné, il existe plusieurs façons, pour un État, d'organiser les relations entre les différents échelons territoriaux, c'est-à-dire entre le pouvoir central et les collectivités infra-étatiques, entre le Centre et la Périphérie. La question de la division verticale du pouvoir renvoie, par suite, aux relations entre le pouvoir normatif national et le pouvoir normatif local.

De facto, le pouvoir normatif, autrement dit le pouvoir de décision, peut être réparti selon le modèle pluraliste (dans lequel l'État central va partager le pouvoir normatif avec des autorités locales, qu'il s'agisse d'États fédérés, de régions, de communautés autonomes ...) ou selon le modèle unitaire (dans lequel il n'y a qu'un seul centre de décision). En pratique, *l'État fédéral* (§ 1) et *l'État unitaire* (§ 2) constituent les deux pôles opposés des formes d'État modernes⁹⁷. Entre les deux semble, toutefois, se dessiner une troisième forme d'État : *l'État régional* (§ 3).

§ 1 : Le modèle pluraliste (ou polycentrique) : l'État fédéral

Nb. : Le fédéralisme est une forme de construction étatique assez répandue et qui paraît répondre à une aspiration de plus en plus fréquente des populations. On trouve, dans la catégorie des États fédéraux, des pays parmi les plus vastes de la planète (ex. : l'Argentine, l'Australie, le Brésil, le Canada, les États-Unis, l'Inde, le Nigéria, la Russie ...). Elle comprend également des États plus petits (ex. : l'Afrique du Sud, l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Malaisie, la Suisse, le Venezuela ...).

L'État fédéral se définit, traditionnellement, comme un État composé d'autres États (les États fédérés). En pratique, il superpose des collectivités étatiques distinctes et il réalise, ainsi, une véritable division verticale du pouvoir : se situent, à l'étage supérieur, l'État fédéral (ou « super-État ») et, à l'étage inférieur, les États fédérés.

Nb. : Fédérer, c'est unir ce qui est divisé, mais c'est aussi diviser ce qui est uni. L'idée maîtresse du fédéralisme est de combiner les contraires, une certaine unité avec une certaine diversité. La devise des États-Unis, « *E pluribus unum* », illustre parfaitement cet état d'esprit.

A – Les fondements de l'État fédéral

1) La naissance de l'État fédéral

L'État fédéral est invariablement le produit d'un processus historique donné qui peut prendre deux directions opposées. En effet, cet État peut apparaître soit *par association* (1), soit *par dissociation* (2).

⁹⁷ Ces deux grandes formes d'État se subdivisent, ensuite, en des déclinaisons, selon le niveau de fédéralisme ou de centralisme.

a) L'État fédéral par association (ou agrégation)

En règle générale, l'État fédéral naît du rapprochement d'États unitaires, jusque-là souverains, qui ont décidé de s'unir (« *L'union fait la force* »). Pour des raisons diverses, des États, qui exerçaient la plénitude de leurs attributions tant dans le domaine international que dans le domaine interne, ont jugé, à un moment donné de leur histoire, qu'ils devaient en remettre l'exercice à un État qui se superposerait à eux et qui procéderait de leur volonté. Le plus souvent, le facteur déterminant de cet abandon de souveraineté réside dans l'existence d'une menace militaire. D'autres facteurs interviennent également : volonté de constituer un espace économique suffisamment vaste, souci de se garantir mutuellement un certain ordre social contre une subversion interne ... De fait, le système fédéral est le fruit d'une agrégation volontaire par laquelle des entités choisissent de dépasser leurs singularités et de s'associer au sein d'une structure fédérale. Pour réaliser ce projet, elles doivent déléguer une partie de leurs compétences, de leur souveraineté, à une superstructure, l'État fédéral. Ce dernier est donc le résultat d'un processus d'intégration, d'une logique d'union.

Nb. : Compte tenu de son importance politique et juridique, il est rare que le rapprochement des États se réalise d'un trait. Le plus souvent, il se fait progressivement en passant par des phases de transition durant lesquelles les divers États conservent leur personnalité internationale et se gardent de mettre en commun toutes leurs compétences. La solidité de l'Union est, en quelque sorte, testée dans le cadre d'un traité mettant en commun quelques politiques, la formule la plus courante étant celle de la Confédération⁹⁸. C'est ainsi, par exemple, que sont nés de l'association de plusieurs États la Suisse (1291)⁹⁹, l'Allemagne (1866) ou, bien encore, les États-Unis d'Amérique (1776).

b) L'État fédéral par dissociation (ou désagrégation)

Le fédéralisme peut procéder, mais cela est plus rare, d'un mouvement inverse, c'est-à-dire résulter du morcellement d'un État unitaire ou de la désagrégation d'un ensemble centralisé. Par exemple, la désagrégation de l'Empire russe, suite à la Révolution de 1917, a donné naissance à un État fédéral¹⁰⁰, l'Union soviétique (de 1924 jusqu'en 1991). Il en est allé de même de la Tchécoslovaquie (de 1969 à 1992), de la Belgique (depuis 1993) ou, encore, de l'Autriche, devenue une fédération composée de *Länder* suite à la dislocation de l'Empire austro-hongrois.

Ce mode de passage vers l'État fédéral convient tout particulièrement aux États qui comptent, sur leur territoire, des ethnies ou des nationalités diverses. Formulé autrement, un État unitaire va accepter de transformer radicalement son organisation sous la pression de quelques minorités (ex. : ethniques, linguistiques ou religieuses) qui revendiquent davantage

⁹⁸ Cette structure favorise l'apprentissage de la vie en commun.

⁹⁹ Bien que portant, encore, le nom de « Confédération helvétique », la Suisse est, depuis 1848, un État fédéral.

¹⁰⁰ Cet État fédéral était d'un type très particulier parce que le fédéralisme stalinien cachait, en réalité, sous une apparence fédérale, un État centralisé en raison de l'existence d'un parti unique tout puissant qui était lui-même très centralisé et qui exerçait effectivement le pouvoir.

d'autonomie, à défaut de pouvoir espérer leur indépendance. Ainsi, la Belgique, qui était un État unitaire de type classique, est devenue un État fédéral à la suite d'une évolution liée aux antagonismes entre Flamands et Wallons.

2) La spécificité de l'État fédéral

a) État fédéral et union d'États

Forme aujourd'hui disparue, l'union d'États se définit comme l'association de deux ou plusieurs États gouvernés par un même souverain. Dans la pratique, cette forme particulière d'organisation étatique pouvait se présenter sous deux aspects : l'union personnelle¹⁰¹ ou l'union réelle¹⁰².

b) État fédéral et confédération

Nb. : L'idée de confédération remonte à l'Antiquité gréco-latine, époque à laquelle sont apparues des Ligues entre des Cités indépendantes qui réduisaient, par des traités librement négociés, leur souveraineté respective dans certaines matières – le commerce, la défense – au bénéfice d'institutions communes. Ces confédérations connurent, en règle générale, des existences éphémères à défaut d'un lien suffisamment fort entre les Cités. Parmi les exemples actuels de confédérations, on peut citer le *Commonwealth*, qui est une association d'États issus de l'Empire britannique dotée d'un minimum d'organes communs tels que la Couronne et une conférence des chefs de gouvernement.

Pistes de réflexion :

- Une Confédération est-elle nécessairement transitoire ?
- L'Union européenne est-elle une confédération ?

Une confédération est une association d'États qui, par un traité international, ont accepté de déléguer l'exercice de certaines de leurs compétences à des organes communs, tout en conservant, à titre principal, leur souveraineté. En d'autres termes, la confédération n'est qu'une alliance renforcée qui respecte, en principe, la souveraineté internationale de chacun de ses membres, mais qui se traduit, tout de même, par la mise en place d'organismes destinés à coordonner leurs politiques dans un certain nombre de domaines. Dès lors, la confédération ne constitue pas un État au regard du droit international ; il n'y a pas d'« État

¹⁰¹ Communauté accidentelle et temporaire, l'union personnelle se rencontre lorsque deux États (distincts) se trouvent avoir, par le hasard des lois successorales, un même prince pour souverain. Cette situation, engendrée essentiellement par les règles de succession au trône ou les mariages princiers, concerne principalement les monarchies. Plus exceptionnellement, ce cumul peut se produire dans un cadre républicain (ex. : Simon BOLIVAR fut simultanément Président du Pérou, de la Colombie et du Vénézuéla). Dans les faits, chaque État membre de l'union conserve son existence propre et, par suite, sa souveraineté. Le monarque commun n'agit donc qu'en vertu d'une sorte de dédoublement fonctionnel, tantôt comme chef de l'un des États concernés, tantôt comme chef de l'autre.

¹⁰² L'union réelle correspond à la situation de deux États dont les territoires, généralement contigus, sont gouvernés par un même chef, avec des institutions communes, surtout pour tout ce qui concernait les affaires extérieures.

confédéral ». Pour cette raison, le statut de la confédération, qui résulte d'un traité, ne peut être modifié qu'avec l'accord unanime de tous ses signataires et ses organes ne prennent des décisions qu'à l'unanimité des représentants des États membres (droit de veto), ces derniers recevant des instructions formelles de leurs gouvernements respectifs. En outre, chaque État membre garde sa pleine capacité d'agir sur la scène internationale et peut, à tout moment, quitter la confédération si bon lui semble.

Nb. : La confédération est, très souvent, assimilée à un « embryon » d'organisation fédérale.

B – Les critères de l'État fédéral

L'État fédéral recouvre des réalités, des organisations, des processus historiques et des légitimations fort variés. Dès lors, comment le droit parvient-il à réunir cette diversité en un seul concept ? À vrai dire, au-delà de la très grande variété des fédéralismes, on trouve des principes d'organisation communs à l'ensemble des États fédéraux. Ces principes, qui ont pour vocation de régir les rapports entre l'État fédéral et les entités fédérées, correspondent aux « lois du fédéralisme ». Conformément à la systématisation effectuée par le Professeur Georges SCELLE dans son *Manuel élémentaire de droit international* (1943), il apparaît que toute construction fédérale combine trois principes organisateurs : *superposition des ordres juridiques* (1), *autonomie des États fédérés* (2) et *participation des États fédérés au pouvoir fédéral* (3).

1) Le principe de superposition

L'existence d'un État fédéral implique, d'abord, la superposition ou la juxtaposition, sur un même territoire, de deux niveaux d'organisation politique et juridique : celui de l'État fédéral et celui des entités fédérées¹⁰³. Ces dernières demeurent de véritables États, avec leur drapeau, leur hymne et, surtout, leur Constitution qui définit leur organisation politique : pouvoir exécutif, pouvoir législatif et pouvoir judiciaire.

Puisque chaque citoyen appartient à la fois à son État et à l'État fédéral, il est soumis aussi bien aux normes fédérales (ex. : Constitution fédérale, lois fédérales ...) qu'aux normes locales propres aux entités fédérées (ex. : Constitution, lois des entités fédérées ...). Ainsi, alors que le citoyen d'un État unitaire obéit à une seule loi, celui d'un État fédéral dépend pour partie d'une loi commune et pour partie de lois particulières qui peuvent différer d'un État fédéré à l'autre¹⁰⁴. En conséquence, le citoyen d'un État fédéral (et donc d'un État fédéré) doit obéir aux différents ordres juridiques superposés : le niveau fédéral et le niveau fédéré.

¹⁰³ Les entités fédérées ont des appellations variables selon les pays : Cantons en Suisse, États fédérés au Brésil et aux États-Unis, *Länder* en Allemagne et en Autriche, Provinces au Canada ...

¹⁰⁴ Aux États-Unis, la législation sur la peine de mort, sur l'IVG ou sur l'euthanasie varie selon les États.

Il reste, maintenant, à expliquer comment peuvent coexister plusieurs souverainetés superposées sur un même territoire ou sur un même sujet : ou bien on considère que le droit fédéral l'emporte sur le droit des États fédérés, ou bien on soutient que les actes fédéraux contraires à la souveraineté des entités fédérées peuvent être annulés par ces derniers. Le plus souvent, sera privilégiée la première option. Partant, dans la limite de la répartition des compétences organisée par la Constitution fédérale elle-même, le droit fédéral s'impose aux droits fédérés (règle de la primauté) et il est directement applicable à tous les citoyens de tous les États fédérés sans intervention des entités fédérées (règle de l'application directe).

Nb. : Il peut exister une déconcentration ou une décentralisation au niveau des États fédérés qui sont, en réalité, des États unitaires eux-mêmes composés de collectivités territoriales.

2) Le principe d'autonomie

Nb. : Lorsque l'État fédéral est créé, les entités fédérées perdent leurs compétences au niveau du droit international : ce ne sont plus des États au regard du droit international, mais des composantes d'un autre État. Ainsi, les États fédérés n'ont pas le pouvoir de passer des traités avec des États étrangers (sauf dans certaines Constitutions si l'État fédéré obtient l'accord de l'État fédéral). Dépouillées d'une part de leur souveraineté et de leurs compétences par la Constitution fédérale, les entités fédérées n'en subsistent pas moins sous la forme d'États, et non de simples collectivités territoriales.

Le principe d'autonomie signifie que, dans les matières relevant de leur compétence, chaque État fédéré dispose d'une sphère de compétences propres¹⁰⁵ au sein de laquelle l'État fédéral ne peut s'immiscer, ce qui signifie qu'aucun pouvoir hiérarchique, qu'aucune tutelle ne peuvent, en principe, s'exercer du niveau supérieur vers le niveau inférieur. Qui plus est, à la différence des collectivités territoriales décentralisées au sein d'un État unitaire, les États fédérés tiennent leurs compétences, non de la volonté de l'État fédéral, mais de la Constitution de celui-ci, qui s'impose à l'État fédéral (et qui ne peut être modifiée sans le consentement des États fédérés).

a) La triple autonomie des États fédérés

En pratique, les États fédérés disposent d'une triple autonomie : constitutionnelle, législative et réglementaire.

- L'autonomie constitutionnelle : chaque État fédéré a une Constitution¹⁰⁶, celle-ci étant le fruit d'un pouvoir constituant propre¹⁰⁷. La Constitution de l'État fédéré n'est donc pas accordée, voire élaborée, par l'État fédéral¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Les compétences des États fédérés étant directement garanties par la Constitution fédérale, leur non-respect (par l'État fédéral) pourra être sanctionné par la juridiction constitutionnelle (ex. : (la Cour constitutionnelle fédérale en Allemagne, la Cour d'arbitrage en Belgique, la Cour suprême fédérale aux États-Unis ...)).

¹⁰⁶ De façon symbolique, les États fédérés ont aussi leur propre drapeau et ont un hymne distinct de l'hymne de l'État fédéral.

¹⁰⁷ Si les États fédérés peuvent fixer eux-mêmes leurs propres Constitutions, ils doivent, néanmoins, respecter les principes fondamentaux posés par la Constitution fédérale.

- L'autonomie législative : chaque État fédéré peut adopter ses propres lois et, dans chaque État fédéré, il existe un Parlement local qui adopte des lois locales, c'est-à-dire applicables sur le territoire de l'État fédéré. Comme le domaine de compétence des États fédérés est garanti par la Constitution fédérale, ni le Gouvernement fédéral, ni le Parlement fédéral ne peuvent y porter atteinte.
- L'autonomie administrative : chaque État fédéré dispose d'Administrations propres et d'un pouvoir réglementaire.

b) La répartition des compétences entre l'État fédéral et les États fédérés

Pistes de réflexion :

- Qui fait quoi ? Comment s'opère la répartition des compétences ?
- Est-elle prévue par un texte ? Si oui, par la Constitution ou par un autre texte ?

Dans la plupart des États fédéraux, la Constitution fédérale est la seule base de la répartition des compétences. Étant prévu par la Constitution fédérale elle-même, le partage de compétences entre l'État fédéral et les États fédérés est donc particulièrement rigide. Mais, dans la pratique, en quelles matières les autorités fédérales peuvent-elles légiférer ou établir des règlements ? À l'inverse, quels sont les domaines relevant de la compétence des « législatures » ou des autorités administratives des États fédérés ?

α. Les compétences exclusives

La notion de compétences exclusives est retenue dans la plupart des États fédéraux, aussi bien au niveau fédéral qu'à celui des États fédérés. Souvent, la Constitution fédérale comporte une liste des compétences du législateur fédéral, lequel bénéficie d'une compétence d'attribution¹⁰⁹. Par déduction, les matières non-énumérées dans cette liste relèvent de la compétence des États fédérés, ceux-ci disposant alors d'une compétence de droit commun¹¹⁰. En règle générale, parmi les compétences exclusives qui sont attribuées au pouvoir fédéral¹¹¹, figurent les affaires étrangères, la sécurité et la défense, les traités internationaux, la politique commerciale, la monnaie ...

¹⁰⁸ Dans les faits, c'est cette autonomie constitutionnelle qui permet de distinguer l'État fédéral de l'État régional.

¹⁰⁹ Il en va, notamment, ainsi en Allemagne, en Argentine, en Autriche, en Bosnie-Herzégovine, aux États-Unis et en Suisse. Parmi les États fédéraux, deux s'écartent de la règle de la compétence d'attribution de l'État central : il s'agit de la Belgique et du Canada.

¹¹⁰ À titre d'exemple, le X^{ème} Amendement (1791) à la Constitution des États-Unis dispose que « *Les pouvoirs qui ne sont pas délégués aux États-Unis par la Constitution, ni refusés par elle aux États, sont réservés aux États, ou au peuple* ». En conséquence, la compétence législative des États fédérés est la règle et la compétence de l'État fédéral l'exception

¹¹¹ Les relations avec les États étrangers sont assumées, en principe, d'une manière exclusive par l'État fédéral, au motif qu'il est le seul à posséder la souveraineté au niveau international.

β. Les compétences concurrentes

Il s'agit de compétences qui sont susceptibles d'être exercées en commun par l'État fédéral et l'État fédéré. Ainsi, aux États-Unis, les deux niveaux de gouvernement peuvent-ils intervenir concurremment en matière fiscale.

χ. Les compétences complémentaires

Il s'agit de compétences qui sont exercées par les États fédérés en application des lois fédérales. Tel est le cas, par exemple, lorsque l'État fédéral détermine les principes généraux applicables à une matière et laisse aux entités fédérées le soin de régler les détails.

Nb. : Pour garantir à l'État fédéral et aux États fédérés le respect de leurs compétences respectives, la Constitution fédérale institue un organisme chargé d'arbitrer les conflits d'attribution, cet organisme étant, le plus souvent, la juridiction constitutionnelle fédérale.

Les rapports entre le droit fédéral et les droits des États fédérés

Les rapports sont hiérarchiques en ce qui concerne le droit fédéral et les droits d'État et égalitaires entre les droits d'État.

Le droit fédéral l'emporte sur le droit des États, qui ne peuvent voter de lois que conformes au droit fédéral. Leur *common law* elle-même s'efface devant lui.

Entre les États, la règle est l'égalité (en matière juridique), l'indépendance et le respect réciproque.

3) Le principe de participation

Le principe de participation, qui signifie que les États fédérés peuvent prendre part à l'exercice du pouvoir fédéral, permet d'associer les entités fédérées à la politique menée par l'État fédéral. Ce dernier étant, le plus souvent, l'œuvre volontaire des États fédérés, il est tout à fait logique que ces dernières participent à la vie des institutions fédérales. En effet, la volonté fédérale ne pourra se former que si les États fédérés peuvent intervenir dans les rouages essentiels du pouvoir fédéral. Pour résumer, à la manière d'un partenariat, le « super-État » et les États fédérés concourent, tous deux, à la vie de la fédération.

La participation des États fédérés à l'expression de la volonté de l'État fédéral est susceptible d'emprunter plusieurs vecteurs. En fait, il est possible d'observer trois terrains de participation : *participation à la révision de la Constitution* (a), *participation à l'exercice du pouvoir législatif* (b) et *participation à la désignation de l'organe exécutif* (c).

a) La participation à la révision de la Constitution fédérale

Le trait majeur de tout fédéralisme authentique est la manière dont est conçue la participation du tout et des parties à l'élaboration et, surtout, à la révision de la Constitution. Ici, la participation se réalise au niveau du pouvoir constituant dérivé, l'accord d'une majorité qualifiée des législatures des États fédérés étant requis avant toute révision de la Constitution

fédérale¹¹². Étant donné que la Constitution fédérale est, très souvent, l'acte par lequel les États fédérés se sont associés, ces derniers doivent avoir leur mot à dire lors d'une révision de cette Constitution¹¹³.

b) La participation à l'exercice du pouvoir législatif fédéral

Bicamérisme et fédéralisme

Le bicamérisme se présente comme une technique organisationnelle avec des fins polyvalentes. En effet, tandis que les Chambres basses révèlent une certaine homogénéité dans leur configuration, les Chambres hautes s'illustrent par leur grande hétérogénéité attendu que chaque État a ses spécificités et ses propres traditions.

La diversité des bicamérismes à travers l'histoire et les pays, de même que la diversité des théories employées pour les justifier, rend malaisée toute tentative de systématisation de cette pratique. Cela étant, si, historiquement, le raisonnement aboutissant à l'adoption du système bicaméral puise ses origines dans des sources diverses, nous pouvons dégager, pour simplifier, deux tendances qui président le choix d'un Parlement bicaméral.

À la question « Quelle doit être la nature de la Chambre haute ? », il peut, tout d'abord, être répondu que l'existence d'une seconde Chambre est motivée par la référence au concept de « *checks and balances* », système qui instaure une seconde Chambre afin de contrebalancer la puissance de l'autre. Instrument de limitation du pouvoir, la seconde Chambre est identifiée essentiellement comme une Chambre législative mais qui, confrontée à la première Chambre, reste secondaire car pourvue d'une légitimité plus contestée. C'est pourquoi le choix d'un système bicaméral dépassera le plus souvent la simple fonction législative de la Chambre haute pour reposer sur l'affirmation d'une spécificité, en particulier d'ordre territorial.

Plus spécifiquement, une structure fédérale appelle et soutient l'existence d'une seconde Chambre, qui a pour vocation naturelle de représenter les intérêts des entités fédérées. Dès lors, si la diversité est consubstantielle au bicamérisme, le bicamérisme est, quant à lui, consubstantiel au fédéralisme. En résumé, le fédéralisme serait la justification politique la plus importante pour le bicaméralisme dans le monde actuel.

La participation des entités fédérées se réalise, par excellence, au niveau législatif et ce, par l'existence d'une seconde Chambre. En effet, pour être représentés dans les instances fédérales, les États fédéraux disposent d'un Parlement bicaméral, c'est-à-dire composé de

¹¹² Par exemple, selon l'article 79 LF, « (1) La LF ne peut être modifiée que par une loi qui en modifie ou en complète expressément le texte (...). (2) Une telle loi doit être approuvée par les 2/3 des membres du Bundestag et les 2/3 des voix du Bundesrat (...) » et, d'après l'Article V de la Constitution des États-Unis, « Le Congrès, quand les 2/3 des deux Chambres l'estimeront nécessaire, proposera des Amendements à la présente Constitution ou, sur la demande des législatures des 2/3 des États, convoquera une convention pour en proposer ; dans l'un et l'autre cas, ces amendements seront valides à tous égards comme faisant partie intégrante de la présente Constitution, lorsqu'ils auront été ratifiés par les législatures des 3/4 des États, ou par des conventions dans les 3/4 d'entre eux, selon que l'un ou l'autre mode de ratification aura été proposé par le Congrès (...) ».

¹¹³ Par exemple, en Allemagne, l'article 79 LF prévoit que « La LF ne peut être modifiée que par une loi qui en modifie ou en complète expressément le texte (...). Une telle loi doit être approuvée par les 2/3 des membres du Bundestag et les 2/3 des voix du Bundesrat (...) ». Aux États-Unis, en application l'Article V de la Constitution fédérale, « Le Congrès, quand les 2/3 des deux Chambres l'estimeront nécessaire, proposera des Amendements à la présente Constitution ou, sur la demande des législatures des 2/3 des États, convoquera une convention pour en proposer ; dans l'un et l'autre cas, ces amendements seront valides à tous égards comme faisant partie intégrante de la présente Constitution, lorsqu'ils auront été ratifiés par les législatures des 3/4 des États, ou par des conventions dans les 3/4 d'entre eux, selon que l'un ou l'autre mode de ratification aura été proposé par le Congrès (...) ».

deux Chambres, l'une représentant la population dans son ensemble (Chambre basse), l'autre les entités fédérées (Chambre haute). Par le biais de la seconde Chambre, les entités fédérées sont susceptibles de participer à l'élaboration des lois.

En vertu d'un principe d'égalité des États fédérés, leur mode de représentation au sein de la Chambre haute est souvent égalitaire, en dépit de leurs différences de population (ex. : en États-Unis¹¹⁴ et en Suisse¹¹⁵). Cependant, comme cette règle aboutit à des résultats (très) choquants sur le plan de l'équité lorsque l'État fédéral est composé d'entités territoriales d'importance très inégale, elle est, parfois, écartée par la Constitution de l'État fédéral (ex. : en Allemagne et au Canada).

c) La participation à la désignation de l'organe exécutif fédéral

Plus rarement, la participation des États fédérés à l'exercice du pouvoir fédéral se réalise dans l'association à la désignation de l'organe exécutif¹¹⁶, voire dans la participation à un Exécutif collégial¹¹⁷.

L'évolution de l'État fédéral

Compte tenu de la diversité des États fédéraux, il ne peut exister d'évolution commune et linéaire. En effet, tout système fédéral est le fruit d'un compromis, entre la revendication d'une autonomie accrue des entités fédérées (voire d'une revendication « indépendantiste ») et la tendance au renforcement de l'État fédéral due à divers facteurs, économiques et financiers notamment. L'équilibre fédéral est donc, par définition, précaire et instable et nombreux sont les systèmes fédéraux qui ont traversé des crises plus ou moins graves.

C – La nature juridique de l'Union européenne

Nb. : Le débat institutionnel sur la nature juridique de l'Union européenne oppose les fédéralistes, qui sont partisans d'une Europe supranationale, aux tenants de l'Europe des patries ou, plus simplement, d'institutions communautaires intergouvernementales. Alors que les premiers valorisent l'intégration et l'extension des compétences communautaires, les seconds voient l'Europe agir sur le mandat et sous le contrôle des États, qui bornent les compétences de cette institution et dominent ses institutions à travers le Conseil des ministres et le Conseil européen.

¹¹⁴ En application de l'Article I^{er} Section III de la Constitution américaine, le Sénat est composé de deux sénateurs pour chaque État.

¹¹⁵ En application de l'article 150 de la Constitution suisse, le Conseil des États représente les Cantons, à raison de deux députés par Canton et un député par demi-canton – la Suisse comprenant 20 Cantons et 6 demi-Cantons – et ce, quel que soit le chiffre de la population cantonale.

¹¹⁶ En Allemagne, le Président fédéral est élu par une Assemblée composée des membres du *Bundestag* et d'un nombre égal de membres élus à la représentation proportionnelle par les Assemblées des *Länder*. En Suisse, le Gouvernement collégial (le Conseil fédéral) est élu par le Conseil nationale et le Conseil des États.

¹¹⁷ En Belgique, la Constitution impose la parité entre les francophones et les néerlandophones au sein du Conseil des ministres.

Issue du Traité de Maastricht, signé le 7 février 1992, l'Union européenne est, parfois, présentée comme une forme de confédération. Il est vrai que son statut reste celui d'une organisation internationale régie par des traités (qui ne peuvent, de ce fait, être modifiés qu'à l'unanimité des États membres), et non par une Constitution. Pour cette raison, les États qui composent l'Union européenne restent souverains¹¹⁸. Dans la pratique, l'aspect confédéral se traduit par le fait que, dans de nombreux domaines (ex. : défense, sécurité, politique extérieure ...), il existe uniquement une coopération entre les États membres. Il n'en reste pas moins que, sous bien des aspects, l'Union européenne a dépassé le stade confédéral. En effet, en matière économique et monétaire, on observe une intégration de plus en plus poussée, intégration illustrée, d'ailleurs, par le droit communautaire, qui est un droit d'application directe et immédiate dans les États membres. Pour cette raison, la plupart des auteurs s'accordent à considérer que l'Union européenne est une institution à mi-chemin entre la confédération d'États, c'est-à-dire une association à objet particulier, et l'État fédéral.

Nb. : Les Pères fondateurs évoquaient, déjà, la vocation fédérale de l'Europe. Dans la déclaration de Robert SCHUMAN du 9 mai 1950, il est dit que « *cette proposition [la CECA] réalisera les premières assises concrètes d'une fédération européenne, indispensable à la préservation de la paix* ». De même, Jean MONNET ne manqua pas de rappeler, lors de son accession à la présidence de la Haute Autorité, que celle-ci serait l'ébauche d'un État fédéral.

§ 2 : Le modèle unitaire (ou unicentrique) : l'État unitaire décentralisé

Nb. : De nos jours, l'État unitaire est la forme étatique la plus répandue.

L'État unitaire est un État qui ne comporte, sur son territoire et pour la population qui y vit, qu'une seule structure de pouvoir dotée des attributs de la souveraineté. À vrai dire, l'État unitaire est un État dans lequel n'existe qu'un seul centre de pouvoir, qu'un seul centre de décision, c'est-à-dire que l'exercice du pouvoir est monopolisé par un seul centre politique (ou gouvernement central). Concrètement, un tel système implique l'unicité des autorités politiques : on trouve donc un seul Gouvernement, un seul Parlement, une seule organisation juridictionnelle.

Centralisation, déconcentration et décentralisation

L'organisation de l'État unitaire (ou « État simple ») n'est pas de type monolithique. En effet, l'État unitaire peut être centralisé, déconcentré ou, encore, décentralisé.

- La centralisation. Cette technique d'organisation administrative repose sur l'attribution de pouvoirs de décision à des agents strictement soumis au pouvoir hiérarchique des autorités politiques et administratives centrales. En pratique, le pouvoir de décision est concentré au sommet de la hiérarchie ; les échelons subordonnés ne font que transmettre et exécuter : transmettre les questions du point du territoire national où elles se posent jusqu'au ministre compétent pour les trancher et transmettre, dans le sens inverse, la décision ministérielle, exécuter enfin les tâches concrètes selon les ordres reçus. De la sorte, par la centralisation, une volonté unique, partant du centre de l'État, se transmet jusqu'aux dernières extrémités du pays.

¹¹⁸ La Cour constitutionnelle fédérale allemande parle, à ce sujet, d'« association d'États souverains ».

- La déconcentration. Elle relève de l'univers de la centralisation. En effet, la déconcentration n'est pas autre chose qu'un aspect de l'idée de centralisation, qui est un système d'organisation dans lequel les agents sont placés dans un lien de dépendance étroit à l'égard du gouvernement central. En pratique, la déconcentration s'analyse comme un transfert du pouvoir de décision du centre vers la périphérie, au profit d'autorités qui restent intimement liées au centre. Elle se présente donc comme un système d'administration en vertu duquel, au sein d'une même personne morale, les pouvoirs de décision détenus par les autorités les plus élevées sont, dans une certaine mesure, transférés à des agents placés hiérarchiquement au-dessous de ces autorités. Il est, en effet, difficilement concevable que les services centraux soient seuls habilités à décider ; il en résulterait inévitablement un encombrement à l'origine de retards dans l'édition des mesures et, bien souvent, une inadaptation de celles-ci en raison d'un éloignement qui ne permettrait pas de percevoir et de prendre en compte les contraintes particulières liées à certaines situations locales. Mais, en tout état de cause, c'est toujours la même institution qui décide : la déconcentration opère une simple redistribution du pouvoir au sein d'une même personne morale (l'État), dont l'autorité est intégralement préservée.

- La décentralisation. Elle est un système d'administration autorisant une collectivité humaine (ou un SP) à s'administrer à elle-même et ce, dans le respect de la légalité. À vrai dire, c'est un système dans lequel le pouvoir de décision est exercé à la fois par l'État et par des personnes morales distinctes de l'État, mais soumises au contrôle, en principe de légalité, des autorités étatiques.

La France est l'exemple type de l'État unitaire décentralisé¹¹⁹ dans la mesure où elle admet, en son sein, l'existence de collectivités territoriales (CT). À l'origine, la Constitution de 1958 ne contenait qu'un nombre limité de dispositions concernant les CT, qui plus est formulées de manière assez générale. Si la jurisprudence du Conseil constitutionnel a permis, surtout à partir de 1982, de préciser les contours et le contenu du statut constitutionnel des CT, la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République est venue enrichir, de manière substantielle, les dispositions constitutionnelles consacrées aux CT.

En France, les collectivités territoriales bénéficient d'une garantie de leur autonomie fondée sur *le principe de libre administration* (A). Mais, cette autonomie connaît des limites qui découlent *du principe d'indivisibilité de la République* (B).

A – Le principe de libre administration des collectivités territoriales

Mentionné par l'article 34 ainsi que par l'article 72 de la Constitution¹²⁰, le principe de libre administration des collectivités territoriales a été consacré pour la première fois par le Conseil constitutionnel comme un principe à valeur constitutionnelle dans la décision n° 79-104 DC du 23 mai 1979, *Territoire de Nouvelle-Calédonie*. Quelles sont donc, en pratique, les conditions *sine qua non* de cette libre administration et, par suite, de la décentralisation ? Ces conditions sont au nombre de trois : *l'autonomie matérielle* (1), *l'autonomie organique* (2) et *l'autonomie fonctionnelle* (3).

¹¹⁹ Depuis la révision constitutionnelle de 2003, la Constitution du 4 octobre 1958 proclame, dans son article 1^{er}, que l'organisation de la République est « *décentralisée* ».

¹²⁰ Conformément à l'article 34 de la Constitution, « *La loi détermine les principes fondamentaux (...) de la libre administration des CT, de leurs compétences et de leurs ressources* » et, d'après l'article 72, « *Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités d'administrent librement par des conseils élus (...)* ».

Nb. : Les collectivités territoriales ne disposent ni de la compétence constitutionnelle, ni même de la compétence législative, sauf exceptions¹²¹.

1) L'autonomie matérielle

La collectivité décentralisée jouit de la personnalité morale (ou juridique). Elle est juridiquement distincte de l'État et, à ce titre, elle dispose d'un patrimoine, d'une certaine autonomie financière¹²², de biens matériels, d'agents et d'affaires propres qualifiées, le plus souvent, d'affaires locales par opposition aux affaires nationales gérées par l'État.

Nb. : La collectivité décentralisée n'a pas la compétence de la compétence. Cela signifie qu'il ne lui appartient pas de déterminer la liste des affaires locales, cette tâche incombant à l'État.

2) L'autonomie organique

Pour qu'il y ait décentralisation, il est nécessaire que les affaires locales soient gérées par des autorités locales. En pratique, les affaires de la CT seront prises en charge par des organes (Exécutif et assemblée délibérante) qui lui sont propres, et donc autonomes vis-à-vis de l'État central. L'autonomie des organes locaux résulte, pour l'essentiel, du fait qu'ils sont librement choisis par la CT, cette liberté s'exprimant par l'élection, procédé démocratique par excellence. De la sorte, en France, l'article 72 alinéa 3 de la Constitution dispose que, « *Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus (...)* ».

3) L'autonomie fonctionnelle

Pour être réellement effectif, le principe de libre administration suppose que les CT puissent disposer d'instruments juridiques de nature à leur assurer une certaine autonomie de décision¹²³. En particulier, les CT vont se voir reconnaître un pouvoir normatif dans le domaine réglementaire. La révision constitutionnelle de 2003 a expressément consacré ce pouvoir, puisque le nouvel article 72 alinéa 3 de la Constitution énonce que, « *Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités (...) disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences* ». Outre la reconnaissance d'un pouvoir réglementaire local, la révision de 2003 a également prévu que les CT pouvaient être habilitées à déroger, à

¹²¹ Cf., par exemple, les « lois de pays » s'agissant de la Nouvelle-Calédonie.

¹²² L'État doit respecter l'autonomie financière des CT, corollaire de leur libre administration. Celle-ci suppose que les CT disposent d'un niveau de ressources suffisant, leur permettant d'exercer pleinement leurs compétences, et qu'elles conservent une marge d'appréciation dans l'utilisation de ces ressources, autrement dit dans le choix de leurs dépenses. Cf., à ce sujet, l'article 72-2 de la Constitution issu de la révision constitutionnelle de 2003.

¹²³ Celle-ci sera, toutefois, limitée par le contrôle administratif exercé par le représentant de l'État (article 72-6 de la Constitution) et par la nécessité de maintenir l'unité du pouvoir normatif, conséquence du caractère unitaire de l'État.

titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences (« droit à l'expérimentation »).

Nb. : Le législateur pose l'interdiction de tutelle d'une collectivité sur une autre, sous quelle que forme que ce soit. Cependant, le développement des relations inter-collectivités comporte le risque de voir s'établir, en pratique, des tutelles tant financières que techniques. Cela étant, le nouvel article 72 alinéa 5 de la Constitution, issu de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, dispose « *qu'aucune CT ne peut exercer une tutelle sur une autre* ». Il consacre, toutefois, le rôle de « chef de file » d'une CT dans un domaine particulier en prévoyant que, « *lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs CT, la loi peut autoriser l'une d'entre elles ou un de leurs groupements à organiser les modalités de leur action commune* ».

B – Le principe d'indivisibilité de la République

En disposant, dans son article 1^{er}, que « *La France est une République indivisible* », la Constitution du 4 octobre 1958 s'inscrit dans la continuité constitutionnelle¹²⁴. Pour déroger au principe d'indivisibilité¹²⁵, une révision constitutionnelle est nécessaire. Au regard de la pratique, il est possible de dégager trois aspects de l'indivisibilité : *l'indivisibilité de la souveraineté* (1), *l'indivisibilité du territoire* (2) et *l'indivisibilité du peuple* (3).

1) L'indivisibilité de la souveraineté

Dans un État unitaire, il n'existe, en principe, qu'une seule source de souveraineté s'exerçant sur la totalité du territoire. Il en résulte, d'une part, que le pouvoir normatif trouve sa source première dans l'État et, d'autre part, que les collectivités territoriales, dans l'exercice de leurs compétences, doivent respecter les prérogatives étatiques. Néanmoins, il est prévu, sous certaines conditions, d'associer les CT au pouvoir normatif national. Ainsi, le nouvel article 74 la Constitution renvoie à la loi organique le soin de préciser les conditions dans lesquelles les institutions des COM sont consultées sur les projets et propositions de loi ou sur les projets d'ordonnance ou de décret comportant des dispositions particulières à la collectivité. En outre, les organes délibérants des Assemblées de Corse et des COM peuvent proposer, spontanément ou à la demande du Premier ministre, des adaptations ou des modifications aux textes législatifs ou réglementaires en vigueur ou en cours d'élaboration, pour tenir compte des particularismes locaux. Mais, ce pouvoir de proposition ne comporte aucune contrainte pour les organes de l'État.

2) L'indivisibilité du territoire

Le principe d'indivisibilité ne signifie pas que le territoire de la République française soit intangible : en effet, il ne fait pas obstacle, notamment, à ce que des COM accèdent à

¹²⁴ Depuis le décret du 25 septembre 1792 voté par la Convention, déclarant que « *La République française est une et indivisible* », les régimes successifs n'ont pas démenti ce principe.

¹²⁵ Comme ce fut le cas, en 1998, pour la Nouvelle-Calédonie avec avec le concept de « *souveraineté partagée* ».

l'indépendance. En revanche, on peut considérer qu'il s'oppose à une différenciation trop poussée des droits applicables sur les différentes parties du territoire national. En fait, pour reprendre une idée défendue par les révolutionnaires français de 1789, l'homogénéité de la nation française doit être renforcée par l'homogénéité du droit applicable sur l'ensemble du territoire. Cependant, force est de remarquer que, de nos jours, indivisibilité n'est pas synonyme d'uniformité. Par exemple, les COM ont la possibilité de bénéficier du principe de spécialité législative (article 74 de la Constitution), les DOM et les ROM peuvent profiter de dérogations ou de mesures d'adaptation du droit commun métropolitain (article 73 de la Constitution). Qui plus est, toutes les collectivités territoriales se sont vues reconnaître un « droit à l'expérimentation » (article 72 de la Constitution).

Nb. : On peut aussi observer l'existence d'un droit local encore vivace en Alsace-Moselle.

3) L'indivisibilité du peuple

Le principe d'indivisibilité, en combinaison avec le principe d'égalité, commande l'unité (ou l'unicité) du peuple français et interdit, par-là même, toute différenciation entre citoyens constituant un même peuple. L'un des apports les plus notables de la décision n° 91-290 DC du 9 mai 1991, Statut de la Corse, est d'avoir affirmé que la Constitution ne « *connaît que le peuple français composé de tous les citoyens français sans distinction d'origine, de race ou de religion* ». Le Conseil constitutionnel va réaffirmer cette position dans la décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999 relative à la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires en précisant que « *le principe d'unicité du peuple français, dont aucune section ne peut s'attribuer l'exercice de la souveraineté nationale, a valeur constitutionnelle* ».

Nb. : Le rapprochement qu'opère le Conseil constitutionnel entre le principe d'indivisibilité et le principe d'égalité conduit à interdire au législateur la reconnaissance de « minorités » sur le territoire national, auxquelles seraient attachés des droits spécifiques dans le domaine culturel, religieux ou linguistique par exemple. C'est pourquoi, si la minorité canaque a pu être reconnue, c'est parce que l'on a révisé la Constitution.

Cela étant, le principe d'unicité du peuple français n'exclut pas la reconnaissance des peuples d'outre-mer au sein de la République. De la sorte, dans la décision n° 2000-428 DC du 4 mai 2000, *Consultation de la population de Mayotte*, le juge constitutionnel souligne, comme il l'avait déjà fait dans la décision *Statut de la Corse*, que la Constitution, dans son Préambule, « *a distingué le peuple français des peuples des territoires d'outre-mer, auxquels est reconnu le droit à la libre détermination et à la libre expression de leur volonté* ». Qui plus est, l'article 72-3 de la Constitution dispose que « *La République reconnaît, au sein du peuple français, les populations d'outre-mer, dans un idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité* ». Il est donc possible, sans méconnaître les principes d'indivisibilité de la République et d'unicité du peuple français, de consulter, de manière séparée, les populations d'outre-mer sur l'évolution statutaire de leur collectivité territoriale.

§ 3 : Le modèle intermédiaire (ou mixte) : l'État régional

L'État régional, appelé aussi État autonome ou État des autonomies, se situe dans une position intermédiaire entre l'État unitaire décentralisé et l'État fédéral. Ce modèle, dans lequel les collectivités supérieures (ex. : Communautés autonomes, Régions) disposent du pouvoir d'adopter certaines lois, a été dégagé notamment à partir des exemples espagnol et italien. *De facto*, l'État régional semble à l'exacte limite entre l'État unitaire et l'État fédéral tant il regroupe des particularismes propres à chacun de ces deux grands modèles. *Quels sont donc ces points communs* (1) et *qu'est ce qui empêche de classer l'État régional dans l'une de ces deux familles* (2) ?

1) Les emprunts de l'État régional aux États unitaire et fédéral

a) *Les emprunts au modèle unitaire*

L'État régional est fondé sur une base unitaire, c'est-à-dire qu'il reste indivisible. C'est ce qu'affirment l'article 2 de la Constitution espagnole de 1978 (« *La Constitution est fondée sur l'unité indissoluble de la nation espagnole, patrie commune et indivisible de tous les Espagnols* ») et l'article 5 de la Constitution italienne de 1947 (« *La République, une et indivisible, reconnaît et favorise les autonomies locales* »). Par conséquent, chaque région ou communauté autonome est une personne juridique de droit public placée sous la tutelle d'un pouvoir central.

b) *Les emprunts au modèle fédéral*

L'État régional se caractérise par la reconnaissance d'une réelle autonomie politique au profit des entités régionales et, notamment, d'un pouvoir normatif autonome en matière législative. En fait, il s'agit, ici, de prendre en compte de certaines spécificités, qu'elles soient ethniques, culturelles, linguistiques, religieuses et, en tant que tel, il se rapproche de l'État fédéral. Qui plus est, les institutions régionales, par un effet de mimétisme institutionnel, sont très largement calquées sur celle de l'État.

2) Les particularismes de l'État régional vis-à-vis des États unitaire et fédéral

Quels sont, en pratique, les particularismes qui empêchent de qualifier l'État régional d'État « super-décentralisé » ou d'État « sous fédéral » ?

a) *Les particularismes vis-à-vis de l'État unitaire*

Dans l'État régional, l'autonomie accordée aux collectivités supérieures va plus loin qu'une simple décentralisation de l'Administration. En effet, la régionalisation débouche sur la reconnaissance d'un pouvoir législatif régional, cet attribut marquant la différence avec un

État unitaire. Qui plus est, dans l'État unitaire « classique », l'autonomie des collectivités territoriales est définie et mise en œuvre par l'État lui-même. Ainsi, la création des régions françaises a-t-elle été décidée par le législateur. Dans l'État régional, en revanche, les collectivités bénéficient d'un véritable droit à l'autonomie qui est consacré par la Constitution et que l'État s'attache à mettre en œuvre.

Nb. : La question de la langue interdit de classer l'État régional dans les États unitaires dans la mesure où, si la langue dans l'État unitaire est unique, l'exemple espagnol montre que les langues régionales sont officielles dans les Communautés autonomes.

b) Les particularismes vis-à-vis de l'État fédéral

Alors que l'État fédéral se reconnaît par l'existence d'un pouvoir constituant attribué aux États fédérés, les collectivités de l'État régional disposent d'un statut à valeur législative. En Espagne comme en Italie, il n'existe qu'une seule Constitution. L'interdiction pour une Région ou une Communauté autonome d'avoir sa propre Constitution leur interdit donc d'être qualifiée d'État fédéré. Qui plus est, les structures régionales n'ont pas de système juridictionnels qui leur sont propres.

Nb. : On peut rapprocher du modèle de l'« État régional » le Royaume-Uni depuis la « dévolution des pouvoirs » à l'Écosse et au Pays de Galles en 1997 et la mise en place du nouveau statut de l'Irlande de Nord en 1998.

CHAPITRE IV : L'EXERCICE DU POUVOIR : LES GOUVERNES ET LES GOUVERNANTS

La répartition des compétences, que l'on vient d'examiner, se fonde, notamment, sur des raisons d'ordre politique, voire technique. En vérité, on adopte (ou on rejette) telle ou telle règle, parce qu'on estime qu'elle contribuera (ou non) à un fonctionnement efficace des institutions. En d'autres termes, les Constitutions sont élaborées selon un raisonnement principalement instrumental. Or, ce raisonnement se révèle insuffisant à partir du moment où l'on souhaite, non seulement organiser le pouvoir, mais aussi le rendre acceptable. En toute logique, *la justification du pouvoir* (Section I) ne sera valable que *si elle permet la participation des gouvernés à l'exercice du pouvoir* (Section II).

Section I – La justification du pouvoir : la souveraineté

Il s'agit, d'abord, de savoir *qui est titulaire de la souveraineté* (§ 1) car, selon qu'on l'attribue à Dieu, à la nation ou bien aux citoyens, les conséquences quant à la participation des gouvernés seront très différentes. Il s'agit, ensuite, de savoir *comment la souveraineté est exercée* (§ 2).

§ 1 : Le titulaire de la souveraineté

Piste de réflexion :

- Qui doit commander à l'intérieur de l'État ?

Pendant longtemps, on a considéré que *le pouvoir était d'origine divine* (A). Mais, au XVIII^{ème} siècle, la philosophie des Lumières a introduit l'idée que *la source du pouvoir se situait dans les hommes, c'est-à-dire dans les citoyens* (B).

A – La théorie théocratique de la souveraineté

Ici, l'origine de la souveraineté est en Dieu, ce dernier en confiant seulement l'exercice aux hommes. Dès lors, à la question « *Comment peut-on fonder le droit de certains hommes à gouverner les autres ?* », il est soutenu que ceux qui gouvernent ont le droit de commander parce qu'ils sont d'une autre nature que les autres hommes, en d'autres termes parce qu'ils sont divins ... En pratique, si on considère, depuis l'époque carolingienne et l'institution du sacre royal, que le monarque reçoit la mission de conduire le peuple de Dieu vers la Cité éternelle, c'est essentiellement entre le XVI^{ème} et le XVIII^{ème} siècles que se cristallise la théorie de la monarchie de droit divin telle que nous l'entendons aujourd'hui, à savoir que le pouvoir du Roi vient directement et immédiatement de Dieu, sans l'intermédiaire du peuple¹²⁶. Si le

¹²⁶ Cette théorie permet au monarque de légitimer son pouvoir grâce à la religion. Ne devant rendre de compte à personne d'autre qu'à Dieu, le souverain se soustrait ainsi à bon nombre de critiques.

Roi est roi, c'est parce que la divinité l'a voulu¹²⁷ ; par conséquent, s'opposer au Roi revient à s'opposer à la volonté de Dieu, ce qui légitime tant le bannissement spirituel (ex. : rejet de la communauté de fidèles) que le bannissement temporel (ex. : mise au cachot).

Nb. : La cérémonie du sacre des Rois de France sous l'Ancien Régime, avec l'onction de la Sainte Ampoule, illustre parfaitement l'origine divine du pouvoir.

B – Les théories démocratiques de la souveraineté

En la matière, il est d'usage de distinguer entre le peuple et la Nation, ce qui conduit, en pratique, à différencier deux types de souveraineté (qui sont souvent opposées), à savoir *la souveraineté nationale* (1) et *la souveraineté populaire* (2). Mais, aujourd'hui, *ce clivage a, en partie, perdu de sa pertinence en France* (3).

1) La souveraineté nationale

Selon cette théorie, la souveraineté appartient à la nation, être collectif et indivisible. En l'espèce, la nation est considérée comme une personne morale (ou une entité abstraite), distincte des individus qui la composent. En effet, la nation ne se confond pas avec la somme des citoyens vivant, à un moment donné, sur le territoire national, car elle englobe aussi bien le passé, le présent que l'avenir. De la sorte, si la souveraineté appartient à la nation, elle ne réside pas dans la masse des citoyens ajoutés les uns aux autres, mais dans la collectivité globalement comprise et dont la volonté ne peut être dégagée que par ses représentants à la lumière d'une délibération commune.

Nb. : C'est cette façon de comprendre la souveraineté qui, reprise par Emmanuel SIEYES, a été adoptée au début de la Révolution française. C'est pourquoi, on la trouve dès l'article 3 de la DDHC du 26 août 1789 qui dispose que « *Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément* », mais également à l'article 1^{er} du Titre III de la Constitution du 3 septembre 1791 qui affirme que « *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* ».

La théorie de la souveraineté nationale comporte un certain nombre de conséquences :

- Nécessité de la représentation : la nation, étant abstraite, doit être représentée par des individus concrets qui font entendre la voix de la nation.
- Délégation de la souveraineté : la nation a une volonté et une seule. Par conséquent, si la nation veut déléguer sa souveraineté, elle doit alors la déléguer tout entière à ses représentants élus, c'est-à-dire aux Assemblées parlementaires (la souveraineté est indivisible). Par ailleurs, elle ne peut le faire que de manière temporaire, pour une durée limitée (la souveraineté est inaliénable), sans qu'aucune délégation d'exercice,

¹²⁷ On fait d'ailleurs référence, en parlant du Roi, au « Vice-Dieu », au « lieutenant de Dieu sur terre », à la « divinité visible » ...

aussi longue soit elle, puisse l'empêcher de s'en ressaisir au moment de son choix (la souveraineté est imprescriptible).

- Prohibition du mandat impératif : les élus représentent la nation tout entière et le choix de l'électeur se limite à la personne de son représentant. Celui-ci n'est pas censé agir en fonction des souhaits de ceux qui l'ont élu, il doit juste exprimer la volonté de l'ensemble de la collectivité. Les représentants sont donc libres de leur vote au sein des Assemblées ; ils disposent également d'une certaine liberté dans l'appréciation de la volonté de la nation.
- Électorat-fonction : les individus, n'étant pas titulaires de la souveraineté, n'ont pas vocation à l'exercer. De la sorte, ils n'ont pas nécessairement le droit de vote et le suffrage restreint (censitaire) est légitime. Le vote devient alors une simple fonction qui doit être confiée aux citoyens les plus « éclairés ». En effet, à partir du moment où voter revient à accomplir une fonction, celle-ci doit être réservée aux « plus dignes » et, surtout, aux « plus aptes ».

2) La souveraineté populaire

Selon cette théorie, qui a été développée notamment par Jean-Jacques ROUSSEAU¹²⁸, la souveraineté appartient au peuple considéré en tant qu'entité concrète, c'est-à-dire comme le total des individus physiques qui le composent. Partant, la souveraineté populaire est faite de l'addition des souverainetés individuelles et chaque individu détient une parcelle de cette souveraineté¹²⁹. Dans cette conception, le peuple est un être réel qui peut avoir (et exprimer) une volonté distincte de celle des gouvernants. En résumé, cette théorie, qui consiste à admettre que le pouvoir de commander réside dans l'universalité des citoyens, puise sa logique dans un instinct élémentaire d'égalité¹³⁰.

Nb. : C'est cette théorie qui a été adoptée, en France, en 1793 dans la mesure où l'article 25 de la Constitution montagnarde énonce que « *La souveraineté réside dans le peuple* ».

La théorie de la souveraineté populaire comporte un certain nombre de conséquences :

- Rejet de la représentation : la souveraineté est toujours inaliénable et imprescriptible, mais elle ne postule plus nécessairement des institutions représentatives. En effet,

¹²⁸ Dans Le Contrat social, Jean-Jacques ROUSSEAU a largement développé cette conception de la souveraineté : « *Supposons que l'État soit composé de dix mille citoyens. Le Souverain ne peut être considéré que collectivement et en corps. Mais chaque particulier, en qualité de sujet, est considéré comme individu. Ainsi, le Souverain est au sujet comme dix mille est à un, c'est-à-dire que chaque membre de l'État n'a pour sa part que la dix millième partie de l'autorité souveraine, quoiqu'il lui soit soumis tout entier* ».

¹²⁹ En conséquence, pour chaque décision, la totalité des individus doit être interrogée ...

¹³⁰ À en croire Alexis DE TOCQUEVILLE, « *Chez les nations où règne le dogme de la souveraineté du peuple, chaque individu forme une portion égale du souverain et participe également au gouvernement de l'État. Chaque individu est donc censé être aussi éclairé, aussi vertueux, aussi fort qu'aucun autre de ses semblables* ».

comme le peuple est titulaire de la souveraineté, il doit pouvoir l'exercer directement ou indirectement à travers des intermédiaires qui ont un mandat impératif.

- Mandat impératif : puisqu'il représente ses électeurs, l'élu doit respecter leur volonté et leurs instructions. Par conséquent, dans le cadre d'un mandat impératif, l'élu doit scrupuleusement observer les instructions du mandant, sous peine de sanctions.
- Électorat-droit : le vote est un droit. Chaque individu, lorsqu'il vote, exerce non pas une fonction, mais un droit qui lui appartient en propre, en tant que détenteur d'une parcelle de la souveraineté. Puisque chacun possède une portion de souveraineté, on ne peut dénier à un individu, ayant l'âge requis et la capacité mentale nécessaire, le droit de voter. En conséquence, les individus doivent tous pouvoir voter, ce qui signifie que le suffrage universel est une nécessité.

3) Le compromis : la conception française

Nb. : La souveraineté nationale et la souveraineté populaire sont deux théories qui ont, très souvent, été opposées l'une à l'autre, mais la distinction a actuellement beaucoup perdu de sa netteté initiale, en raison notamment de la consécration du suffrage universel et de la fin de l'électorat-fonction.

Le référendum constituant du 13 octobre 1946 a marqué une réelle rupture dans l'histoire constitutionnelle française. En effet, il a mis fin à la tradition de la Constitution, appréhendée comme un acte de souveraineté nationale, pour lui substituer le principe de la Constitution, acte de souveraineté populaire. Ce fut un événement considérable qui, sans éliminer la notion de souveraineté nationale, lui adjoignit celle de souveraineté du peuple. Le compromis établi entre ces deux théories se retrouve, sous la V^{ème} République, dans l'article 3 de la Constitution du 4 octobre 1958 qui dispose que « *La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum* ». En vérité, en faisant coexister un régime représentatif avec une procédure de démocratie semi-directe, la V^{ème} République mêle les deux notions. En définitive, le peuple ne remplace pas la nation ; mais, la nation existe, dorénavant, par lui, et non plus seulement par ses représentants.

§ 2 : Les modes d'expression de la souveraineté

De nos jours, il est bien peu d'États qui ne se réclament de la démocratie¹³¹. Dans les faits, l'idéal de démocratie est réalisé par la formule suivante : « *Le gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple* ». La démocratie s'oppose, ainsi, au gouvernement d'un seul (ex. : le Roi, l'Empereur, le dictateur ...), la monocratie, et au gouvernement de quelques-uns (ex. : l'aristocratie), l'oligarchie. Elle repose, par conséquent, sur le principe selon lequel le pouvoir appartient au peuple et est exercé par lui. Ceci dit, la mise en œuvre de ce principe est variable en fonction de la forme de démocratie retenue : *la démocratie directe* (A), *la démocratie représentative* (B) ou *la démocratie semi-directe* (C).

¹³¹ Étymologiquement, le terme « démocratie » signifie le pouvoir du peuple (du grec, *-demos*, peuple et *-kratos*, pouvoir).

A – La démocratie directe

Nb. : C'est, d'un point de vue historique, la forme de démocratie la plus ancienne.

Dans l'idéal rousseauiste, la démocratie devait être directe. La démocratie directe est, en effet, la forme la plus pure de démocratie puisqu'il s'agit d'un régime politique dans lequel le principe de participation du peuple est poussé à son plus haut degré dans la mesure où le peuple exerce directement le pouvoir, conformément à la notion de souveraineté populaire. De la sorte, chaque citoyen, qui dispose d'une parcelle de la souveraineté, peut diriger lui-même les affaires de l'État, sans avoir recours à des représentants, et tous les individus qui composent le peuple pourront prendre directement les décisions qui engagent l'avenir du groupe. Concrètement, l'exercice du pouvoir par le peuple confère à celui-ci le droit d'adopter des lois, de rendre la justice, de désigner les fonctionnaires, de conclure les traités ... En ne prévoyant aucun intermédiaire entre le peuple et le gouvernement politique et en identifiant les gouvernants aux gouvernés, la démocratie directe s'oppose à la démocratie représentative.

Si ce mode de participation remonte à l'Antiquité grecque¹³², la démocratie directe n'est plus, de nos jours, qu'une curiosité politique (et touristique) car un tel régime ne peut s'appliquer qu'à de très petites entités. C'est pourquoi, on la conçoit plus facilement au niveau local qu'au niveau de l'État, à moins qu'il ne s'agisse d'un État exigu ne comportant qu'une très faible population¹³³. En pratique, on trouve des survivances de gouvernement direct dans certains Cantons suisses (ex. : Unterwald, Glaris et Appenzell), où fonctionnent, encore, des *Landsgemeinden*. Ces assemblées populaires se réunissent une fois par an, sur une place publique, et votent les lois, le budget et les révisions constitutionnelles. Cela étant, une telle solution serait utopique si l'on en déduisait que le peuple pouvait se passer totalement de représentants. En effet, le pouvoir ne peut être exercé sans un minimum d'organisation et sans être incarné par des autorités responsables.

Nb. : Dans les Cantons suisses, la démocratie directe n'est, en réalité, qu'une apparence, le pouvoir réel appartenant à ceux qui préparent et exécutent les décisions. En effet, dès qu'il s'agit de problèmes juridiques ou de problèmes techniques, les assemblées populaires entérinent le plus souvent, sans discussion, les propositions qui sont faites par le Conseil cantonal, c'est-à-dire par les représentants que les citoyens ont désignés afin de préparer et d'exécuter leurs décisions ...

La démocratie directe comporte des avantages évidents, en donnant aux citoyens la possibilité d'influer directement sur certaines décisions et d'en prendre la responsabilité. Le

¹³² À Athènes, l'*Ecclésia* est l'assemblée de citoyens qui se réunit sur la colline de la Pnyx. Elle vote les lois en général avec la présence de 5.000 citoyens. Ces votes se font à main levée et à la majorité simple. N'importe quel citoyen peut prendre la parole et proposer une motion. Une fois votée, la loi est exposée au public. Selon un processus similaire, l'*Ecclésia* peut, pour se protéger de la tyrannie, voter une fois par an le bannissement d'un citoyen (ostracisme).

¹³³ Ainsi, dans un pays, comme la France, qui compte plus de 60 millions d'habitants et plus de 40 millions d'électeurs, on ne peut convoquer le corps électoral à tout propos, sur des sujets nombreux et très divers.

développement des moyens d'information et l'élévation générale du niveau des connaissances des individus permet de recourir à ce mode d'expression et de décision, avec beaucoup moins de risques que ce n'était le cas par le passé. Pour autant, très souvent, les décisions à prendre sont complexes, les débats sont très techniques, les données à prendre en considération sont multiples ; or, le vote populaire et le débat public ne sont pas nécessairement propices à une décision sereine, nuancée et équilibrée. Pour toutes ces raisons, la représentation demeure une nécessité.

B – La démocratie représentative

Piste de réflexion :

- Une démocratie est-elle inévitablement une démocratie représentative ?

Dans les régimes contemporains, les formes de démocratie directe restent marginales. En effet, « *Puisqu'il est évident que cinq à six millions de citoyens actifs, répartis sur plus de vingt-cinq mille lieues carrées, ne peuvent point s'assembler, il est certain qu'ils ne peuvent aspirer qu'à une législature par représentation* »¹³⁴. Par conséquent, la démocratie est, avant tout, représentative (ou indirecte), ce qui signifie qu'elle s'exerce par l'intermédiaire de représentants élus au suffrage universel.

La démocratie représentative trouve son origine dans l'idée (simple) selon laquelle, la démocratie directe n'étant matériellement pas possible dans les États excédant une certaine taille, il faut confier la parole et le pouvoir à quelques-uns au nom de tous¹³⁵. Une autre théorie, soutenue notamment par PLATON¹³⁶ et MONTESQUIEU¹³⁷, défend l'idée selon laquelle le peuple n'étant pas apte à se gouverner seul, il faut qu'il désigne des « professionnels » du pouvoir. L'exercice du pouvoir est alors confié à des représentants élus chargés de décider au nom de la nation ou de l'ensemble du peuple. En conséquence, la démocratie représentative implique que tous les citoyens participent à l'élection des représentants, ce qui revient à dire qu'elle exige le suffrage universel.

Nb. : Un régime peut être représentatif sans être démocratique, ce qui a été le cas des régimes retenant un suffrage de type censitaire (ex. : la France entre 1814 et 1848).

¹³⁴ Les propos sont d'Emmanuel SIEYES.

¹³⁵ Par ailleurs, on peut craindre, dans le cadre d'une démocratie directe, les emportements du peuple.

¹³⁶ PLATON a rejeté la forme démocratique en la dénonçant à travers un mythe, celui de PROTAGORAS, pour forger une culture de la spécialisation : la politique est une affaire de compétence, elle suppose des capacités à dénouer la complexité des choses pour diriger la vie publique. Le représentant est celui qui est capable de proposer une vision générale des affaires publiques et d'émettre une opinion quant au développement de la Cité : les citoyens ne le choisissent pas pour qu'il reformule une volonté populaire, mais bien pour la clarté de ses opinions.

¹³⁷ MONTESQUIEU a ainsi affirmé, dans L'Esprit des lois, que « *le grand avantage des représentants, c'est qu'ils sont capables de discuter des affaires. Le peuple n'y est point du tout propre (...). Il ne doit entrer dans le gouvernement que pour choisir ses représentants ; ce qui est très à sa portée (...)* ».

1) Le mandat représentatif

Nb. : Le mandat est le rapport entre le représentant et le représenté.

La démocratie représentative repose, en pratique, sur le mandat « représentatif », par opposition au mandat « impératif ». Le fait d'être élu d'une circonscription ne fait pas de l'élu l'obligé de ses électeurs et, de ce fait, il ne doit pas chercher à satisfaire les aspirations de telle ou telle partie de la population¹³⁸ et, encore moins, suivre des instructions impératives, mais seulement sa conscience éclairée. En fait, l'élu qui détient un mandat représentatif représente la nation tout entière, et ne représente pas uniquement les électeurs qui ont voté pour lui. C'est ce qu'exprimaient Edmund BURKE et le marquis de CONDORCET en affirmant respectivement que « *Le Parlement n'est pas un congrès d'ambassadeurs représentant des intérêts divers et hostiles, c'est l'assemblée délibérante d'une nation n'ayant qu'un seul et même intérêt en vue, celui de la nation* » et que « *Mandataire du peuple, je ferai ce que je croirai le plus conforme à ses intérêts. Il m'a envoyé pour exposer ses idées et non les miennes ; l'indépendance absolue de mes opinions est le premier de mes devoirs envers lui* ».

Nb. : Le mandat représentatif est celui que nous connaissons dans le système institutionnel français contemporain puisque, selon l'article 27 de la Constitution du 4 octobre 1958, « *Tout mandat impératif est nul* ». Ceci dit, l'article 7 de la Section III du Chapitre I^{er} du Titre III de la Constitution du 3 septembre 1791 énonçait déjà que « *Les représentants nommés dans les départements, ne seront pas représentants d'un département particulier, mais de la Nation entière, et il ne pourra leur être donné aucun mandat* ».

2) Les dérives de la représentation

Nb. : Si l'on admet que la démocratie se définit comme la recherche de l'identification maximale entre gouvernants et gouvernés, on mesure l'importance de la question de savoir si les élus représentent effectivement les électeurs.

En premier lieu, la représentation crée un régime de souveraineté parlementaire dans lequel les gouvernés sont dépossédés, parfois abusivement, de leur souveraineté. D'une part, les parlementaires, dont le mandat n'est pas impératif, peuvent être tentés, une fois leur élection acquise, de ne pas respecter les engagements qu'ils ont pris au cours de la campagne électorale. D'autre part, la souveraineté des parlementaires n'est rien d'autre, en réalité, que la souveraineté des partis politiques car, très souvent, les élus sont dépendants de leur parti et suivent la discipline qui leur est imposée jusque dans leurs votes au sein du Parlement.

¹³⁸ Ainsi, en 1960, le général DE GAULLE refusera la demande des députés, pressés par les syndicats agricoles, de convoquer le Parlement en session extraordinaire, au motif que cette requête lui apparaissait contraire à la règle constitutionnelle qui prohibe le mandat impératif.

En second lieu, la représentation conduit à une appropriation du pouvoir par une élite politique. En faisant du principe représentatif, et donc des élus, le cœur du système politique, la démocratie représentative engendre la création d'une classe politique qui fournit les représentants et qui apparaît comme coupée des citoyens.

3) Les difficultés liées à la théorie de la représentation

Elles tiennent, notamment, à l'impossibilité de représenter la volonté. Jean-Jacques ROUSSEAU a parfaitement mis en évidence cette impossibilité. Ainsi, je peux dire : « *ce que cet homme veut aujourd'hui, je le veux aussi* ». En exprimant sa volonté, cet homme exprimera donc, en même temps, la mienne. Mais, je ne peux dire : « *ce que cet homme voudra demain, je le voudrai aussi* », parce que j'ignore, au moment où je parle, ce que nous voudrons demain l'un et l'autre. Aussi, la représentation n'est-elle qu'une fiction car, à supposer que la nation possède une volonté, il n'y a aucun moyen de s'assurer que c'est bien elle qui est exprimée par les représentants. Par ailleurs, si l'élu exprime une volonté qui coïncide avec celle du représenté, alors cette volonté n'est pas représentée, mais seulement exprimée par le canal d'un autre homme. À l'inverse, si le représentant exprime une volonté qui ne coïncide pas avec celle du représenté, comment peut-on encore dire qu'il le représente ?

C – *La démocratie semi-directe*

Si la démocratie, dans sa forme la plus pure, est, sans doute, un rêve impossible, il est parfaitement possible d'associer les institutions qui s'en inspirent au fonctionnement d'un régime représentatif. Ainsi, la démocratie semi-directe (ou semi-représentative) permet de faire bénéficier le régime représentatif des procédures de démocratie directe. Il s'agit donc d'un système dans lequel sont juxtaposés des mécanismes de gouvernement représentatif et des procédures d'interventions populaires directes. En pratique, la démocratie semi-directe se caractérise par l'existence d'un ou de plusieurs des procédés suivants : *le référendum* (1), *le droit de veto populaire* (2) ou, bien encore, *le droit d'initiative populaire* (3).

1) Le référendum

C'est le procédé par lequel le peuple est appelé à se prononcer sur un texte ou sur une question. C'est une façon de l'associer à l'exercice du pouvoir législatif ou de le consulter sur les grands sujets intéressant la nation. Cela étant, le référendum peut devenir rien moins que démocratique et présenter les plus graves dangers s'il dégénère en plébiscite. En théorie, la distinction entre les deux procédés est claire car il y a référendum si la réponse populaire est donnée en fonction de la question posée et il y a plébiscite si cette réponse est donnée en fonction de la personnalité de l'auteur de la question¹³⁹. Mais, *de facto*, le glissement de l'un vers l'autre est presque insensible parce qu'il est souvent difficile de séparer la question de son auteur.

¹³⁹ La France impériale, l'Allemagne hitlérienne et l'Espagne franquiste ont organisé des consultations de ce type.

Nb. : La Suisse est le pays d'élection du référendum. En France, il fait irruption dans la vie politique sous la Révolution et NAPOLEON I^{er}, NAPOLEON III ainsi que le général DE GAULLE figurent parmi ses ardents défenseurs.

2) Le droit de veto populaire

Par cette procédure, le peuple se voit reconnaître le droit de s'opposer à l'entrée en vigueur d'une loi votée par le Parlement. Dans les faits, la procédure est simple : un nombre significatif de citoyens déposent une pétition qui est suivie d'une consultation référendaire ouverte à tous. Si la majorité des électeurs inscrits se prononce en faveur du veto, la loi sera retirée de l'ordre juridique. Un tel système permet, en fait, à chaque citoyen de donner son avis sur une loi et, éventuellement, de la sanctionner. Ce procédé, qui fonctionne notamment au niveau fédéral en Suisse, dans une vingtaine d'États aux États-Unis et au niveau national en Italie, équivaut, en définitive, à une faculté d'empêcher accordée au peuple.

3) Le droit d'initiative populaire

Ce procédé, qui existe en Suisse ainsi que dans certains États fédérés des États-Unis, permet aux citoyens de proposer l'adoption d'un texte de loi ou de proposer une modification de la Constitution. Après le dépôt d'une pétition en ce sens, deux cas de figure se présentent. Le premier, assez rare, prévoit que le projet peut être soumis directement au référendum, ce qui signifie que les parlementaires sont tenus à l'écart de l'élaboration de la loi. La seconde option est plus classique puisque, après le dépôt de la pétition, le principe de la modification législative ou constitutionnelle est discuté par le Parlement. La tâche de ce dernier varie en fonction du degré de précision du contenu de la pétition : lorsque la pétition se contente de donner l'objet de la révision, le Parlement doit élaborer le texte qu'il va ensuite discuter et, lorsque le projet est annexé à la pétition, le Parlement doit se prononcer sur ce texte ; si le Parlement désapprouve le projet, un référendum est organisé.

Nb. : À vrai dire, même là où elle est prévue par la Constitution, l'intervention directe du peuple est relativement rare. C'est que, en effet, le référendum est, par définition, un instrument de limitation de la puissance des Assemblées législatives¹⁴⁰. Pour cette raison, les partis politiques lui sont, en général, peu favorables, d'autant plus qu'il suscite des comportements du corps électoral beaucoup moins contrôlables que ceux auxquels donnent lieu les élections générales. C'est pourquoi, en dépit du correctif que lui apporte, parfois, son association avec des procédés d'intervention directe du peuple, la règle généralement suivie est que celui-ci ne fasse connaître sa volonté que par l'entremise de ses représentants.

Section II – La pratique du pouvoir : la participation des gouvernés

Une fois acquis le principe de la participation du peuple à l'exercice du pouvoir, il convient de se demander de quelle(s) façon(s) cette participation est-elle mise en œuvre. En

¹⁴⁰ En Grande-Bretagne, « mère des Parlements », le référendum a permis de faire trancher par le peuple des questions divisant le pouvoir tels l'entrée dans le Marché commun en 1972 et le statut de l'Écosse en 1997).

pratique, la participation des citoyens à la vie politique nationale consiste *soit à élire leurs représentants* (§ 1), *soit à s'exprimer eux-mêmes, c'est-à-dire directement, par la voie du référendum* (§ 2).

§ 1 : La participation par les élections : la désignation des gouvernants

Nb. : La démocratie directe étant une chimère, les gouvernés doivent se choisir des gouvernants.

La question à laquelle on doit répondre ici est celle de savoir comment sont choisis les représentants chargés de parler au nom du peuple. En effet, lorsque le peuple est appelé à exprimer sa souveraineté par l'entremise de ses représentants, il est nécessaire de fixer la façon dont ceux-ci seront désignés. Parmi les divers procédés de désignation des gouvernants (auto-proclamation, hérédité¹⁴¹, cooptation¹⁴², tirage au sort¹⁴³ ...), l'élection est le plus fidèle à l'idéal démocratique et, aujourd'hui, nul ne songe à remettre en cause l'élection comme mode de désignation des gouvernants. Sans elle, point de démocratie possible : l'élection est l'instrument sacralisé de la démocratie représentative.

Dans les faits, l'élection est susceptible de modalités très différentes, qui ne sont pas sans influence sur les résultats du scrutin et, par conséquent, sur la portée du suffrage émis par les citoyens. Pour cette raison, il convient de s'intéresser à l'élection comme technique en s'interrogeant sur les modalités du vote : Qui vote ? Quelles sont les restrictions au vote ? Comment le vote est-il pratiqué ? Comment traduit-on les votes en sièges ?

A – Le droit de suffrage

Le droit de suffrage (ou droit de vote) est le droit, pour les citoyens, de participer au choix des gouvernants. Autrement dit, le droit de suffrage est le droit reconnu à tout citoyen d'exprimer librement son opinion et son choix politique avec la certitude que cette expression de volonté sera prise en considération dans la conduite des affaires de l'État. En pratique, ce droit n'a pas la même portée selon les époques, les pays, les individus ...

¹⁴¹ Historiquement, l'hérédité a été le moyen le plus courant, et même le seul souvent, d'accéder au pouvoir. En pratique, le recours à ce procédé s'identifie quasi-exclusivement aux monarchies. Si, de nos jours, les liens du sang ne donnent plus qu'exceptionnellement vocation juridique au pouvoir, on sait que, en fait, ils jouent un rôle important dans l'accès aux hautes fonctions publiques ou privées et aussi, paradoxalement, aux mandats électifs. Dans un nombre non négligeable de communes françaises, le maire est effectivement choisi dans la même famille de génération en génération.

¹⁴² Les gouvernants eux-mêmes choisissent leurs collègues ou leurs successeurs. Toute intervention des citoyens est donc écartée dans la dévolution du pouvoir et celui-ci est confisqué par un groupe ou une caste. La cooptation est la technique favorite des oligarchies.

¹⁴³ Les charges de l'État sont tirées au sort entre les citoyens. Sans doute, est-ce le plus démocratique de tous les procédés de désignation des gouvernants. Certes, Athènes l'a connu, mais quel régime politique prendrait, de nos jours, le risque de jouer ainsi le jeu de l'égalité entre les citoyens proclamée dans la Constitution ? Ce procédé de désignation semble avoir été récemment redécouvert à travers, par exemple, le développement de la démocratie participative.

1) L'étendue du droit de suffrage : les titulaires du droit de vote

a) *Le suffrage restreint*

Le droit de suffrage est restreint lorsqu'il est réservé à certaines catégories de citoyens remplissant des conditions préétablies relatives soit à leurs capacités intellectuelles (suffrage capacitaire¹⁴⁴), soit à leurs opinions politiques (suffrage politisé), soit à leurs richesses (suffrage censitaire).

Avant d'adopter le suffrage universel, la plupart des régimes représentatifs modernes ont attaché le droit de vote à la possession d'une certaine fortune. Des justifications ont été avancées pour légitimer ce suffrage censitaire. Étant donné que la fortune va souvent de pair avec l'instruction, le suffrage censitaire attribuerait le droit de vote aux citoyens éclairés. De même, n'est-il pas préférable de remettre le pouvoir de suffrage à des citoyens responsables, à des propriétaires ? Ceux qui votent sont à la fois ceux qui paient le plus d'impôts et ceux qui ont le plus d'intérêt à la prospérité générale ; ils seront donc naturellement portés à élire les candidats les plus sages, les meilleurs gestionnaires. Si ce procédé nous semble, aujourd'hui, particulièrement choquant, il n'a pas été perçu comme tel aux XVIII^{ème} et XIX^{ème} siècles où le suffrage censitaire était généralisé.

Nb. : En France, la Charte de 1814 a fixé le cens électoral à 300 Fr. et celui d'éligibilité à 1.000 Fr. De ce fait, le corps électoral se trouva réduit, sous ce régime, à 90.000 individus, tandis que le nombre des éligibles ne dépassait pas 15.000 ...

b) *Le suffrage universel*

Le suffrage universel consiste en la reconnaissance du droit de vote à l'ensemble des citoyens d'une nation, sans distinction de condition sociale, d'origine, de race ou de sexe. Dès lors, nous pourrions penser que nous sommes en présence d'un système de suffrage universel lorsque l'électorat ne dépend d'aucun cens, examen, diplôme ou fonction, c'est-à-dire lorsque le droit de suffrage est reconnu à tous les citoyens sans conditions de fortune, de capacité intellectuelle, d'appartenance politique, d'appartenance religieuse ... Pourtant, le suffrage n'est jamais entièrement universel. En effet, des conditions minimales tenant à la nationalité, à l'âge et à la jouissance des droits civils et politiques doivent être remplies¹⁴⁵.

Il est d'usage de considérer que les États ont accédé au suffrage universel dès lors que le suffrage universel masculin a été instauré. Par conséquent, l'adjectif « universel » n'est pas

¹⁴⁴ À titre d'exemple, en Italie, les analphabètes âgés de plus de trente ans n'ont le droit de vote que depuis 1912 et, dans la plupart des États fédérés du sud des États-Unis, les Noirs devaient, jusqu'en 1964, pouvoir commenter la Constitution fédérale de 1787.

¹⁴⁵ Ainsi, en France, les conditions pour voter sont les suivantes : disposer de la nationalité française, être majeur (la majorité étant fixée, depuis 1974, à 18 ans), jouir de ses droits civils et politiques et être inscrit sur la liste électorale.

tout à fait exact puisque le droit de vote est souvent refusé à une partie des individus (ex. : les femmes). Par exemple, en France, un décret du 5 mars 1848 a proclamé le suffrage universel ; mais, l'adjectif « universel » était mal choisi car il s'agissait, en fait, d'un privilège masculin, le droit de vote étant réservé aux hommes¹⁴⁶. Cependant, les choses durent évoluer au motif que, « *Dans une Constitution où l'on admet le droit de vote pour les mendiants et les domestiques, il est inconséquent et injuste de ne pas l'admettre pour les femmes* »¹⁴⁷. Chose fut faite avec l'ordonnance du Comité français de la Libération nationale du 21 avril 1944 qui a accordé le droit de vote aux femmes¹⁴⁸ et qui a permis que le droit de suffrage devienne, enfin, réellement universel.

Nb. : En raison du principe démocratique de la subordination du pouvoir militaire au pouvoir civil, la tendance a été à l'exclusion des militaires de la vie politique, l'armée étant « la grande Muette ». Mais, par une ordonnance du 17 août 1944, le général DE GAULLE leur a accordé le droit de vote.

c) Le droit de vote des étrangers

Nonobstant les quelques différences qui peuvent opposer les États dans l'attribution du droit de vote quant à l'âge, à la capacité civile ou à la dignité, il y a un principe sur lequel la plupart des États tombent d'accord : ce principe est que le droit de vote est reconnu aux seuls nationaux, citoyens de l'État. L'exercice du droit de suffrage étant traditionnellement lié à la nationalité, il est très fréquent que les étrangers en soient privés.

Nb. : La condition de nationalité a été exigée par toutes les Constitutions françaises (à l'exception de celle du 24 juin 1793) et, notamment, par l'article 3 de la Constitution du 4 octobre 1958 qui prévoit, dans son alinéa 4, que « *Sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques* ».

En France, la condition de nationalité connaît une exception notable : la participation des ressortissants des autres pays membres de l'UE aux élections municipales et à l'élection des représentants français au Parlement européen. Dans les faits, cette participation a été prévue par le Traité de Maastricht du 7 février 1992 qui dispose que « *Tout citoyen de l'Union (...) a le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales dans l'État membre où il réside, dans les mêmes conditions que les ressortissants de cet État* ». Saisi de la question, le Conseil constitutionnel a d'abord déclaré, dans sa décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992, *Maastricht I*, l'inconstitutionnalité de cette disposition. Mais, dans sa décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *Maastricht II*, il prend acte de la révision constitutionnelle du 25 juin

¹⁴⁶ Pendant longtemps, le droit de vote a été refusé aux femmes en raison d'arguments misogynes : les femmes seraient faites pour être des mères et de bonnes épouses, ce qui ne serait pas compatible avec l'exercice du droit de vote ou d'un mandat politique. Par ailleurs, certains hommes politiques redoutaient l'influence qu'aurait pu avoir l'Église sur le vote des femmes ...

¹⁴⁷ Les propos sont de Victor CONSIDERANT.

¹⁴⁸ Les femmes voteront pour la première fois aux élections municipales de mars 1945.

1992, à savoir l'insertion de l'article 88-3 dans la Constitution¹⁴⁹, qui autorise une telle participation.

2) L'exercice du droit de suffrage : les caractères du droit de vote

Le droit de vote revêt plusieurs caractères :

- **Égal**¹⁵⁰ : chaque électeur dispose d'une seule voix (« *One man, one vote* »). Sont ainsi prohibées les pratiques du vote pondéré, selon laquelle le vote de certaines catégories de citoyens serait affecté d'un coefficient variable en vertu de critères à déterminer, du vote multiple, selon laquelle un électeur est autorisé, dans une même élection, à voter dans plusieurs circonscriptions où il a des attaches¹⁵¹ ou du vote plural, selon laquelle un électeur dispose de plusieurs voix à lui tout seul¹⁵².
- **Secret** : il s'agit d'une garantie qui assure la liberté du vote et préserve l'anonymat de l'électeur¹⁵³. Le secret est matérialisé par la technique de l'isoloir, de l'enveloppe et de l'urne.
- **Direct ou indirect** : le suffrage est direct lorsque les électeurs sont appelés à élire, eux-mêmes, les candidats de leur choix¹⁵⁴. Il est indirect lorsque les électeurs sont appelés à désigner d'autres électeurs qui, à leur tour, choisiront définitivement les élus¹⁵⁵.
- **Facultatif** : voter est un droit, c'est aussi un devoir civique. Mais, le plus souvent, ce devoir n'est que moral ; il n'y a donc aucune sanction en cas d'abstention¹⁵⁶. C'est pourquoi, certains pays (ex. : l'Australie, la Belgique, le Danemark ...) ont institué un

¹⁴⁹ Selon l'article 88-3 de la Constitution, « *Sous réserve de réciprocité et selon les modalités prévues par le Traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992, le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales peut être accordé aux seuls citoyens de l'Union résidant en France. Ces citoyens ne peuvent exercer les fonctions de maire ou d'adjoint ni participer à la désignation des électeurs sénatoriaux et à l'élection des sénateurs. (...)* ». Cependant, pour montrer qu'il n'y avait pas de remise en cause générale du principe d'interdiction, l'exception prévue par le Traité de Maastricht a été inscrite dans le nouveau Titre XV « Des Communautés européennes et de l'Union européenne », et non dans le Titre I « De la souveraineté ».

¹⁵⁰ Le principe d'égalité des voix peut être indirectement compromis par l'effet de distorsions territoriales, qui déséquilibrent quantitativement, voire qualitativement, le corps électoral d'une circonscription à une autre (ex. : la pratique du « *gerrymandering* » aux États-Unis, l'existence de « bourgs pourris » en Grande-Bretagne ...).

¹⁵¹ Par exemple, il fut un temps, en Grande-Bretagne, où l'occupant d'un local professionnel pouvait voter dans la circonscription où se trouvait son domicile et dans la circonscription où se trouvait ce local et où un diplômé d'Oxford pouvait voter dans sa circonscription et au bureau de vote de l'Université.

¹⁵² Par exemple, le vote familial, qui a été pratiqué en Belgique jusqu'en 1921, permettait au chef de famille de disposer d'autant de voix qu'il avait d'enfants mineurs.

¹⁵³ De la sorte, l'électeur est protégé de toute intimidation, manipulation ou corruption.

¹⁵⁴ En France, le Président de la République, les députés, les conseillers régionaux, les conseillers généraux et les conseillers municipaux sont élus au suffrage universel direct.

¹⁵⁵ En France, les sénateurs et les Exécutifs locaux (ex. : le maire) sont élus au suffrage universel indirect. Il en va de même du Président des États-Unis.

¹⁵⁶ Si l'abstentionnisme est important, il produit un effet indirect : il met en cause la représentativité de l'élu (ou la légitimité de la décision s'il s'agit d'un référendum).

vote obligatoire, ce qui a pour effet de sanctionner les personnes qui ne viennent pas voter¹⁵⁷.

- Personnel : l'électeur ne peut, en principe, voter qu'en plaçant lui-même son bulletin dans l'urne. L'électeur empêché peut, néanmoins, voter par procuration, c'est-à-dire choisir un autre électeur pour voter à sa place, ou par correspondance.

B – Les modes de scrutin

Pistes de réflexion :

- Comment désigner l'élu ou les élus ?
- Quel est le meilleur mode de scrutin ?

Les modes de scrutin, appelés aussi systèmes électoraux, désignent les modalités selon lesquelles l'exercice du droit de suffrage et le calcul des résultats électoraux sont aménagés. Or, si comme principe de gouvernement l'élection constitue le fondement de la démocratie représentative, comme technique de gouvernement elle devient un sujet de débats et de contestations. En effet, du mode de scrutin retenu dépend la traduction des voix en siège(s). La question des modes de scrutin n'est donc pas neutre dans la mesure où ceux-ci sont souvent déterminants sur le résultat d'une élection et, par suite, sur la désignation des représentants¹⁵⁸. Dans la pratique, on peut les ramener à une confrontation, qui n'est pas exclusive d'une *combinaison* (3), entre *les scrutins majoritaires* (1) et *la représentation proportionnelle* (2).

Système uninominal ou scrutin de liste

- Scrutin uninominal : c'est celui dans lequel l'électeur ne vote que pour un seul candidat ; chaque bulletin ne porte donc qu'un nom. On considère que le scrutin uninominal est un vote pour un homme, une personnalité. L'électeur vote pour le candidat auquel vont ses préférences.
- Scrutin plurinominal (ou de liste) : c'est celui dans lequel l'électeur est appelé à voter pour plusieurs candidats et, sur le bulletin de vote, figurent plusieurs noms. Le scrutin de liste favorise un combat d'idées de partis politiques.

1) Les scrutins majoritaires

Nb. : Le scrutin majoritaire, qui est le plus ancien de tous les systèmes électoraux, a été revendiqué par des juristes comme René CAPITANT, Raymond CARRE DE MALBERG ou Adhémar ESMEIN.

Le principe du scrutin majoritaire est simple : que le meilleur gagne ! En réalité, le candidat (ou la liste) qui obtient le plus grand nombre de voix, c'est-à-dire la majorité des

¹⁵⁷ Les sanctions peuvent être administratives (ex. : impossibilité de se présenter à un concours de la fonction publique) ou pécuniaires.

¹⁵⁸ En France, traditionnellement, le système électoral est défini par la loi, et non par la Constitution (comme c'est le cas en Belgique ou en Espagne). Aussi, la majorité parlementaire s'efforce-t-elle d'introduire les procédés techniques qui lui seront les plus favorables aux prochaines élections.

suffrages exprimés, emporte le ou les sièges à pourvoir. Par conséquent, le scrutin majoritaire revient à confier le soin de représenter une circonscription au candidat ou à la liste arrivé en tête, sans tenir compte des suffrages obtenus par les autres concurrents. En pratique, il existe deux façons de pratiquer le scrutin majoritaire : à *un tour* (a) ou à *deux tours* (b).

Nb. : Les suffrages exprimés correspondent aux votants moins les votes blancs et nuls.

a) Le scrutin majoritaire à un tour

Nb. : Le scrutin majoritaire à un tour est le système en vigueur, depuis la fin du XVIII^{ème} siècle, en Grande-Bretagne.

Le scrutin majoritaire à un tour est le plus radical dans ses effets. En effet, le candidat (ou la liste) arrivé en tête lors du tour unique de l'élection est déclaré élu et ce, quelle que soit son avance sur ses concurrents (une seule voix suffit) et quel que soit le pourcentage total des électeurs qui se sont prononcés en sa faveur¹⁵⁹. Dans un scrutin majoritaire à un tour sera donc élu le candidat ou la liste qui a obtenu le plus de voix (la majorité simple – ou relative – suffit).

Dans le cadre du scrutin majoritaire à un tour, les électeurs sont souvent confrontés au dilemme suivant : soit perdre leurs voix en apportant leurs suffrages à un candidat issu d'un parti politique marginal, et qui n'a aucune chance sérieuse de remporter l'élection, soit « voter utile » en donnant leurs voix à un candidat qui appartient à une grande formation politique, et qui est susceptible d'être élu. En pratique, ce mode de scrutin, en favorisant (presque toujours) le « vote utile » conduit à un affrontement bipolaire entre deux partis¹⁶⁰.

b) Le scrutin majoritaire à deux tours

Dans le scrutin majoritaire à deux tours, il faut, pour pouvoir être élu au premier tour, obtenir la majorité absolue des suffrages exprimés, c'est-à-dire 50 % des voix + 1, avec parfois l'obligation de réunir un nombre minimal d'électeurs inscrits¹⁶¹. Si aucun candidat n'obtient la majorité absolue au premier tour, on dit qu'il y a « ballotage » et un deuxième tour est organisé. En général, l'accès des candidats au second tour est réglementé¹⁶². À l'issue du

¹⁵⁹ Avec ce système, un candidat peut donc être élu même si l'ensemble de ses adversaires ont recueilli davantage de suffrages que lui.

¹⁶⁰ Ce mode de scrutin s'est donc tout naturellement imposé aux États-Unis et en Grande-Bretagne où la vie politique s'est organisée autour de l'affrontement de deux grandes forces politiques : Parti républicain/Parti démocrate aux États-Unis et Parti conservateur/Parti travailliste en Grande-Bretagne.

¹⁶¹ C'est le cas, en France, pour les élections législatives. En effet, pour être élu dès le premier tour, le candidat doit recueillir, outre la majorité absolue des suffrages exprimés, un nombre de suffrages correspondant au moins au quart des électeurs inscrits.

¹⁶² Il est, par exemple, réservé aux deux candidats les mieux placés au premier tour (scrutin présidentiel) ou aux candidats ayant obtenu un certain nombre de suffrages exprimés ou un certain pourcentage par rapport aux

second tour, le candidat (ou la liste) arrivé en tête est élu et ce, quel que soit le pourcentage des suffrages obtenus (la majorité relative suffit)¹⁶³.

Le fonctionnement du scrutin majoritaire à deux tours obéit à une logique différente de celle du scrutin majoritaire à un tour. En effet, le premier tour permet à toutes les familles politiques de s'exprimer et aux électeurs de voter selon leurs préférences ; il est donc rarement décisif, sauf si une force politique est nettement dominante. Au second tour, la logique majoritaire l'emporte et oblige, le plus souvent, les partis politiques à se regrouper dans des alliances locales ou nationales. En conséquence, la recherche de l'efficacité contraint les courants politiques à gommer leurs spécificités et à unir leurs forces pour tenter d'obtenir la majorité. En résumé, dans le cadre du scrutin majoritaire à deux tours, au premier tour, on choisit, au second tour, on élimine.

c) Avantages et inconvénients des scrutins majoritaires

En théorie, la fonction d'un système électoral est d'assurer une représentation fidèle des choix politiques des électeurs ; mais, il doit également permettre de dégager une majorité de gouvernement cohérente, indispensable dans tout régime politique. C'est au vu de ces deux critères que s'apprécient les qualités et les défauts des modes de scrutin. Aucun n'est parfait ; aucun n'est neutre.

De ce point de vue, on admet, généralement, que les systèmes majoritaires favorisent l'émergence d'une majorité parlementaire¹⁶⁴. La logique du système majoritaire étant de réduire le nombre des candidats au tour décisif, ce mode de scrutin tend à réduire le nombre des partis et à dégager une majorité nette au profit de l'un d'entre eux. Par conséquent, ce mode de scrutin a le mérite de contribuer à la stabilité gouvernementale¹⁶⁵. Il permet aussi une relation très étroite entre l'élu et les électeurs, ces derniers pouvant réellement connaître les candidats. Il présente aussi l'avantage d'une grande simplicité et d'une grande clarté. Cela est encore plus net lorsqu'il y a un seul tour, l'électeur choisissant alors à la fois son candidat, son parti et son Premier ministre (ex. : la Grande-Bretagne).

À l'inverse, on reproche aux systèmes majoritaires leur caractère injuste ou, plutôt, inéquitable au motif que ces systèmes ne visent pas la « justice électorale » et provoquent, au contraire, des inégalités importantes dans la représentation. Ainsi, dans le cadre du scrutin

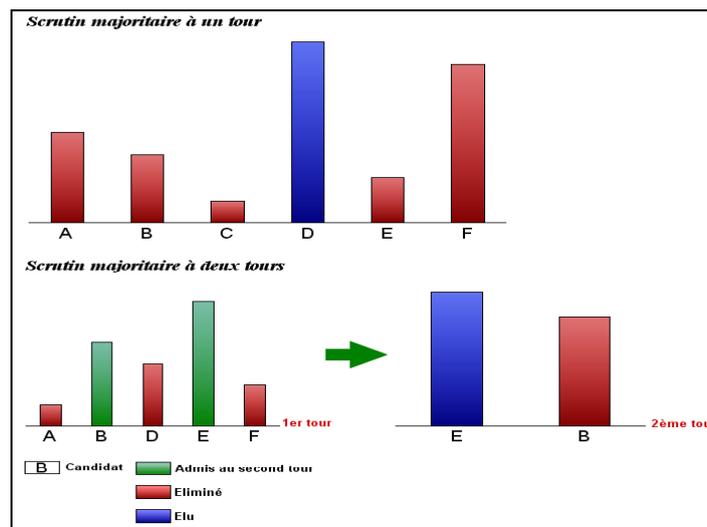
électeurs inscrits (scrutin législatif). En France, le pourcentage exigé pour se présenter au second tour des élections législatives est de 12,5 % des électeurs inscrits, ce qui, compte tenu de l'abstention, peut éliminer de la compétition un candidat ayant obtenu plus de 20 % des suffrages exprimés.

¹⁶³ Notons que, en cas d'égalité de suffrages, c'est le plus âgé des candidats qui sera élu.

¹⁶⁴ Comme l'a écrit René CAPITANT, « *Le mode de scrutin doit être tel qu'il favorise la formation d'une majorité gouvernementale au sein du Parlement (...). Le parlementarisme exige, non une représentation des intérêts devant le pouvoir, mais des élections qui donnent naissance au pouvoir lui-même* ».

¹⁶⁵ On peut ainsi affirmer que le retour à la stabilité gouvernementale sous la V^{ème} République est dû, pour une large part, à l'instauration du scrutin majoritaire par les constituants de 1958.

majoritaire à un tour, le vainqueur peut très bien être minoritaire et devoir sa victoire à l'éparpillement des votes sur les autres candidats, s'ils sont trop nombreux. Qui plus est, au plan national, le parti qui emporte la majorité des sièges n'est pas nécessairement celui qui a recueilli le plus de suffrages dans le pays¹⁶⁶ et cet exemple montre qu'un parti majoritaire en voix peut être minoritaire en sièges. S'agissant du scrutin majoritaire à deux tours, on lui reproche une certaine immoralité dans la mesure où nombre de marchandages sont possibles entre les deux tours pour les désistements. Les accords qui interviennent à ce moment-là sont souvent le fruit de négociations sordides et ont peu à voir avec le programme de partis en présence et avec l'intérêt du pays et des électeurs.



2) La représentation proportionnelle (RP)

Nb. : La RP, dont l'inventeur semble avoir été Victor CONSIDERANT, a les faveurs de Hans KELSEN ou de Joseph BARTHELEMY. Elle a aussi été préconisée par de grands orateurs républicains comme Léon GAMBETTA, Aristide BRIAND ou Jean JAURES.

Ce mode de scrutin procède de l'idée que l'Assemblée des représentants doit être une réduction parfaite du corps électoral, exprimant ainsi toutes ses variétés et toutes ses nuances économiques, sociales et idéologiques. L'objectif de la représentation proportionnelle est donc d'attribuer à chaque parti un nombre de sièges proportionnel au nombre de suffrages obtenus. Concrètement, les sièges à pourvoir vont être répartis entre les différentes listes en présence, proportionnellement au nombre de suffrages qu'elles ont obtenu¹⁶⁷. Si le principe paraît simple, sa mise en œuvre est, toutefois, plus complexe.

¹⁶⁶ Soit deux partis aux prises, A et B, pour obtenir la victoire dans le cadre de 100 circonscriptions comportant chacune 100.000 suffrages exprimés. Si le parti A l'emporte, même de peu, supposons par 55.000 voix contre 45.000 dans 51 circonscriptions, il disposera alors de la majorité absolue des sièges à l'Assemblée et ce, même si le parti B l'emporte très largement dans les autres circonscriptions.

¹⁶⁷ Il s'ensuit que la représentation proportionnelle est nécessairement un scrutin plurinominal (ou de liste).

a) La répartition des sièges

Nb. : Pour pouvoir participer à la répartition des sièges, les listes doivent, généralement, atteindre un certain pourcentage de suffrages exprimés fixé par la loi, ceci afin d'éliminer les listes marginales.

La répartition s'effectue ensuite en deux temps :

- (1) La répartition des sièges se fait d'abord à partir du calcul du quotient électoral qui s'obtient en divisant le nombre de suffrages exprimés par le nombre de sièges à pourvoir. En pratique, chaque liste reçoit autant de sièges qu'elle a atteint de fois le quotient électoral.

Exemple :

Soit une circonscription de 90.000 inscrits. Il y a 82.000 votants et 2.000 bulletins blancs et nuls. Le nombre de suffrages exprimés (votants – blancs et nuls) est donc de 80.000. Quant au quotient électoral, il est de $80.000/5 = 16.000$.

Quatre listes sont en présence et obtiennent les résultats suivants : Liste A : 35.000 ; Liste B : 22.000 ; Liste C : 15.000 et Liste D : 8.000.

Les sièges sont attribués au quotient électoral :

- Liste A : $35.000/16.000 = 2$ sièges, reste 3.000
- Liste B : $22.000/16.000 = 1$ siège, reste 6.000
- Liste C : $15.000/16.000 = 0$ siège, reste 15.000
- Liste D : $8.000/16.000 = 0$ siège, reste 8.000

Au final, le résultat est le suivant : 2 sièges pour la liste A, 1 siège pour la liste B, 0 siège pour les listes C et D.

Mais, il reste 2 sièges à pourvoir. À qui les attribuer ?

- (2) Lorsqu'il reste des sièges à pourvoir, on peut les répartir soit avec la méthode du plus fort reste, soit avec la méthode de la plus forte moyenne.

- (a) La répartition au plus fort reste consiste à attribuer les sièges non pourvus aux listes présentant, dans l'ordre décroissant, le plus grand nombre de suffrages inemployés.

Reprenons l'exemple précédent :

- Liste A : $35.000/16.000 = 2$ sièges, reste 3.000
- Liste B : $22.000/16.000 = 1$ siège, reste 6.000
- Liste C : $15.000/16.000 = 0$ siège, reste **15.000**
- Liste D : $8.000/16.000 = 0$ siège, reste **8.000**

Dans le cas considéré, il reste 2 sièges à pourvoir. Ce sont les 2 listes ayant les plus forts restes qui reçoivent les 2 sièges restants, c'est-à-dire les listes C et D.

Au final, le résultat est le suivant : 2 sièges pour la liste A et 1 siège pour les listes B, C, et D.

- (b) La répartition à la plus forte moyenne consiste à calculer, pour chaque liste, la moyenne qu'elle obtiendrait si on leur accordait fictivement un siège supplémentaire. En pratique, la liste qui obtient la plus forte moyenne reçoit un siège et l'opération est répétée autant de fois qu'il reste de sièges à pourvoir.

Reprenons l'exemple précédent :

- Liste A : 2 sièges au quotient. Moyenne = $35.000/(2+1) = 11.666$
- Liste B : 1 siège au quotient. Moyenne = $22.000/(1+1) = 11.000$

- Liste C : 0 siège au quotient. Moyenne = $15.000/(0+1) = 15.000$

- Liste D : 0 siège au quotient. Moyenne = $8.000/(0+1) = 8.000$

On procède à l'attribution du 4^{ème} siège, qui va à la liste C.

Puis, on s'intéresse à l'attribution du 5^{ème} siège en calculant les nouvelles moyennes, compte tenu de l'attribution du 4^{ème} siège.

- Liste A : moyenne inchangée = **11.666**

- Liste B : moyenne inchangée = 11.000

- Liste C : moyenne = $15.000/(1+1) = 7.500$

- Liste D : moyenne inchangée = 8.000

On procède à l'attribution du 5^{ème} siège, qui va à la liste A.

Au final, le résultat définitif est le suivant : 3 sièges pour la liste A, 1 siège pour la liste B, 1 siège pour la liste C et 0 siège pour la liste D.

Le système d'Hondt

Le mathématicien belge Victor D'HONDT a mis au point une méthode de répartition qui parvient aux mêmes résultats que si l'on avait procédé à une répartition à la plus forte moyenne.

Cette méthode consiste à diviser le nombre de voix obtenues par les différentes listes par les premiers nombres cardinaux dans la limite du nombre de sièges à pourvoir – en l'occurrence 5 – et à attribuer ensuite ces 5 sièges aux 5 moyennes les plus élevées¹⁶⁸.

On peut constater immédiatement la différence dans l'attribution des sièges selon la méthode retenue. De la sorte, si la méthode du plus fort reste avantage les petites formations, notamment celles qui n'ont pas réussi à obtenir le quotient électoral, mais qui s'en sont approchées et qui disposent de forts restes, la méthode de la plus forte moyenne avantage les listes qui ont obtenu le plus grand nombre de suffrages, c'est-à-dire celles des grands partis politiques.

b) Avantages et inconvénients de la représentation proportionnelle

En faveur de la RP, on peut, d'abord, avancer qu'elle reflète de façon plus fidèle les choix politiques de l'électorat que les systèmes majoritaires. Dans la mesure où chaque parti est représenté en fonction du nombre de suffrages obtenus, la RP correspond à un idéal de « justice électorale ». Les voix minoritaires dans une circonscription étant prises en compte, elle permet d'exprimer la diversité des opinions. Pour autant, la justice du système n'est pas parfaite. On a vu qu'il existait généralement un seuil pour éliminer les partis les plus marginaux et que le choix du mode de répartition des restes peut avantager, selon les cas, les

¹⁶⁸ Répartition des sièges avec la méthode d'Hondt :

	1	2	3	4	5
Liste A	35.000	17.500	11.666	8.500	7.000
Liste B	22.000	11.000	7.333	5.500	4.400
Liste C	15.000	7.500	5.000	3.500	3.000
Liste D	8.000	4.000	2.666	2.000	1.200

Au final, le résultat définitif est le suivant 3 sièges pour la liste A, 1 siège pour la liste B, 1 siège pour la liste C et 0 siège pour la liste D.

grands partis ou les petits partis. Cependant, le système paraît plus équitable que le système majoritaire et, surtout, il favorise le pluralisme. Ensuite, la RP apparaît comme un mode de scrutin honnête, l'absence de second tour évitant tous les marchandages auxquels donnent lieu les désistements et les retraits entre les deux tours d'un scrutin majoritaire.

À l'inverse, on reproche à la représentation proportionnelle de ne pas dégager de majorité cohérente. Étant donné qu'elle offre à chaque formation politique une chance d'être représentée, elle favorise le multipartisme ; les partis, n'ayant pas d'intérêt à se regrouper, ont plutôt tendance à accentuer leurs divergences. Le résultat est qu'il est très difficile, après les élections, de former des coalitions stables pour soutenir un gouvernement. En outre, ce mode de scrutin confère une importance déterminante aux partis politiques. En effet, ce sont les états-majors des partis qui forment les listes et détiennent la clé de l'élection. Par ailleurs, si ce mode de scrutin est simple dans son principe, il est compliqué dans sa mise en œuvre.

3) Les systèmes mixtes

Certains pays (ex. : l'Allemagne, l'Écosse, l'Italie, le Japon, le Pays de Galles ...) ont mis au point des systèmes mixtes qui combinent la technique du scrutin majoritaire et la technique de la représentation proportionnelle. À vrai dire, ces systèmes cherchent à cumuler les avantages des deux méthodes, et à en limiter les inconvénients ; en d'autres termes, ils s'efforcent de concilier l'équité et la gouvernabilité. Rarement utilisés, souvent fragiles malgré un effet de mode récent ces vingt dernières années, les scrutins mixtes présentent une très grande diversité. On peut, toutefois, distinguer trois tendances : les scrutins à dominante majoritaire, les scrutins à dominante proportionnelle et les scrutins équilibrés.

Nb. : En Allemagne, le système électoral utilisé pour l'élection du *Bundestag* se présente comme un scrutin mixte puisqu'une moitié des sièges est attribuée dans le cadre de circonscriptions au scrutin uninominal majoritaire à un tour et une autre moitié est élue à la RP au scrutin de liste dans le cadre des *Länder*. L'électeur allemand dispose donc de deux suffrages : le premier pour exprimer son choix en faveur d'un candidat dans sa circonscription, le second pour exprimer son choix en faveur d'une liste présentée par un parti dans le *Land*.

§ 2 : La participation par le référendum

Le référendum consiste à soumettre au peuple un texte ou une question. Il s'agit là d'une façon d'associer le peuple à l'exercice du pouvoir ou de le consulter sur les grands sujets intéressant la nation. Les démocraties ne sauraient échapper à la question de l'utilisation du référendum car, selon les principes philosophiques qui ont vu le jour au XVIII^{ème} siècle, « *le pouvoir législatif ne peut revenir qu'à la volonté unifiée du peuple* »¹⁶⁹. Cela étant, les régimes constitutionnels contemporains ne réservent pas toujours un accueil très chaleureux à la pratique de la consultation référendaire.

¹⁶⁹ Les propos sont d'Emmanuel KANT.

A – Les catégories de référendum

Le référendum est un instrument qui permet au peuple de participer au processus décisionnel, selon des modalités qui diffèrent en fonction des États concernés : le peuple peut être amené à rendre un simple avis quant à l'adoption d'un texte (référendum consultatif)¹⁷⁰, à abroger un texte en vigueur (référendum abrogatif) ou, bien encore, à voter directement un texte (référendum normatif).

En France, on connaît plusieurs types de référendums normatifs (ou décisionnels) :

- Le référendum constituant : prévu à l'article 89 de la Constitution, il permet au peuple, à l'initiative du Président de la République (sur proposition du Premier ministre) ou des Assemblées, de se prononcer au sujet d'une loi constitutionnelle, donc sur l'opportunité de réviser ou non la Constitution.
- Le référendum législatif : prévu à l'article 11 de la Constitution, il permet au Président de la République, sur proposition du Gouvernement ou proposition conjointe des deux Assemblées, de soumettre au peuple un projet de loi qui peut porter sur différents sujets. En conséquence, il permet au peuple d'adopter une loi ordinaire, sans faire intervenir, bien sûr, le vote du Parlement¹⁷¹.
- Le référendum local : introduit dans l'article 72-1 alinéa 2 de la Constitution par la révision du 28 mars 2003¹⁷², il est initié par l'assemblée délibérante d'une CT afin de soumettre à la décision de ses électeurs un projet de texte (acte ou délibération) relevant de ses compétences.

B – L'initiative du référendum

L'initiative peut appartenir, selon les cas, à l'Exécutif, au législateur¹⁷³ ou, bien encore, aux citoyens. Le référendum d'initiative populaire, qui existe en Italie, en Suisse, en Autriche, mais pas en France, est caractérisé par son initiative qui appartient au peuple et peut porter sur différents domaines (législatif ou constituant). Les procédures peuvent varier,

¹⁷⁰ En France, le référendum consultatif (pour avis) est prévu par plusieurs dispositions : une loi de 1992, qui l'autorise dans le cadre de la commune (sur toutes les questions de compétence communale) et, depuis la réforme constitutionnelle de 2003, l'article 72-1 alinéa 3 de la Constitution qui l'autorise dans toutes les collectivités pour « créer une collectivité territoriale dotée d'un statut particulier ou (de) modifier son organisation » et l'article 72-4 de la Constitution qui l'autorise largement pour l'outre-mer (sur l'organisation ou les compétences de la CT). En Corse, celui du 6 juillet 2003, portant sur une réforme profonde du statut de l'île, acceptée par les nationalistes, refusée par Bastia et les fonctionnaires, a été négatif (50.98 %). La réforme a été abandonnée.

¹⁷¹ Le général DE GAULLE a utilisé, dans des conditions controversées, cet article pour réviser la Constitution (en 1962, pour l'élection du président au suffrage universel et, en 1969, pour réformer le Sénat et les régions).

¹⁷² Jusque-là, seules les communes pouvaient organiser un « référendum local », mais celui-ci n'était que consultatif, le conseil municipal n'étant pas tenu par le résultat du vote. □ Aujourd'hui, toutes les CT, y compris celles à statut particulier et d'outre-mer, peuvent organiser des référendums locaux qui ont valeur de décision.

¹⁷³ L'hypothèse est rare car le référendum dessaisit le Parlement de son pouvoir naturel de faire la loi ; c'est un acte de défiance à son égard. Cependant, il peut servir à la minorité du Parlement à en appeler au peuple.

mais il est possible de dégager des grandes lignes : les initiateurs d'un projet doivent réunir un nombre préétabli de signatures soutenant le texte envisagé (pétition) ; si ce nombre est atteint, les pouvoirs publics sont tenus d'organiser un référendum ; en cas de réponse favorable au texte, le Parlement doit nécessairement discuter d'une modification de la loi dans le sens indiqué par le référendum.

Nb. : Un référendum d'initiative populaire figure dans le Traité établissant une Constitution pour l'Europe : un million de citoyens issus d'un nombre significatif d'États de l'UE peut demander à la Commission européenne de présenter une proposition de texte communautaire sur une question qu'ils estiment nécessaire.

Référendum et plébiscite

La distinction entre le référendum et le plébiscite n'est pas toujours aisée car la procédure utilisée est la même ; en fait, ce sont des éléments extérieurs à l'opération référendaire qui permettront de considérer que l'on est en présence d'un plébiscite.

En principe, le référendum se caractérise par une réponse à une question ou à un texte. Mais, lorsqu'il s'agit de répondre à une question de confiance posée par un homme, il s'agit alors d'un plébiscite. Ainsi, si le référendum est utilisé comme un instrument de pouvoir personnel, il y a plébiscite (ex. : NAPOLEON I^{er} et NAPOLEON III).