

## Introduction au droit constitutionnel

Notes:

- note de cours : examen de fin de semestre avec deux sujets aux choix  
dissertation/commentaire de texte (durée de 3h)
- note de TD : contrôle continue composée de trois notes 25% oral / 25 % travaux écrits / 50%  
devoir sur table

19.09.13

### Introduction

Rappel : deux grandes branches dans le droit

→ Public : relation citoyen / état

→ Privée : citoyen entre eux

Distinction importante à connaître mais tend aujourd'hui à être dépassée

### **Qu'est-ce que le droit constitutionnel ?**

#### I- Nature du droit constitutionnel

Double réponse à la question de la nature du droit constitutionnel :

- 1) Réponse simple et immédiate : **branche du droit public, il concerne l'activité politique, on trouve du droit constitutionnel dans l'actualité.**

#### Par exemple avec la crise syrienne :

**Est-ce que le président de la république française à le droit de faire intervenir ses troupes en Syrie ? Le président doit-il pour autant consulter le parlement ?**

Avec cette crise syrienne nous avons à la fois l'intérêt et la limite du droit constitutionnel:

→ **Intérêt** car c'est la constitution, le droit constitutionnel qui a les réponses précises aux questions posées (première question oui, deuxième question non). → Mais cela illustre également la **limite** du droit constitutionnel : **doit-il pour autant consulter le parlement ? Non, mais cette réponse juridiquement incontestable est politiquement difficilement applicable** car le président de la République doit tenir compte de son opinion public et les sondages montrent que l'opinion est majoritairement opposé à cette intervention. Le président a décidé d'inscrire son intervention militaire éventuelle à l'attitude du gouvernement britannique (système constitutionnel parlementaire => Le parlement étant contre la Grande Bretagne ne veut pas s'engager en Syrie) et américain (Obama consulte le congrès pour pouvoir

avoir 15 jours de réflexion pour mettre la pression à la Syrie).

**Paradoxe = Le président n'est pas obligé de demander l'avis au parlement français mais il est obligé d'écouter celui des britanniques et des américains.** Le droit constitutionnel montre donc ici des réponses extrêmement claires à des questions politiques mais en politique il n'y a pas que le droit. Cet épisode appliqué au droit constitutionnel doit nous alerter sur ce qu'est le droit. Le droit n'est pas une science exacte, le droit constitutionnel structure la vie politique mais n'explique pas tout dans la politique.

*Autre exemple* : Constitution française article 5 **le président de la république assure par son arbitrage le fonctionnement régulier de la constitution** = clé de voûte du rôle du président de la république en France. Il soulève deux questions intimement liées : la première → **Qu'est-ce que l'arbitrage** ? La deuxième → **Qu'est-ce que le fonctionnement régulier de la constitution** ? Ces deux termes peuvent donner lieu à **interprétation**. Puisqu'il y a besoin d'interprétation il y a besoin d'un interprète or dans le système français **l'interprète de cet article 5 est le président de la République**, c'est lui qui va assurer l'arbitrage et ce qu'il estime être l'arbitrage. Pour donner une idée très précise de la variabilité du droit : **depuis 1958 plusieurs présidents de la République se sont succédé => aucun président n'a donné de l'article 5 exactement la même interprétation, l'arbitrage était chaque fois différent, chaque président à eu sa propre vision de l'article 5 et aucun d'eux n'a violé l'article 5, il est resté avec une marge d'interprétation et d'application.**

*Pour aller plus loin* : Si on regarde la **pratique du pouvoir par François Mitterrand élu en 1981 et réélu en 1988**. En 1981 il a été un président très **interventionniste**, l'arbitrage lui donnait un rôle politique très important, en 1988 il est considérablement **moins interventionniste** il va laisser son premier ministre agir beaucoup plus => **Sur deux mandats le même acteur a donné à l'article 5 deux interprétations, comment expliquer ce changement** ? Son âge, l'expérience, la stratégie politiquement ce n'est peut être pas très porteur de tout faire plus vous faite plus vous êtes impopulaire, la maladie n'a plus l'énergie physique de gouverner => **on s'aperçoit que l'article 5, le droit, cette « pseudo science exact » dépend en fait de celui qui l'applique et de sa santé physique et mentale** (3 présidents sur 7 ont été malades durant leur mandat).

**Mais cette première réponse à la question qu'est ce que le droit constitutionnel est une réponse qui est juridiquement peu satisfaisante.**

- 2) **Le droit constitutionnel va pouvoir s'expliquer par deux éléments : un élément structurel(formel) et un élément matériel** => ces deux facteurs se conjuguent, se complètent même s'ils ne se regroupent pas complètement. Quand on parle d'un **élément structurel on va dire que le droit constitutionnel se définit par sa structure**, par le fait qu'il est le droit, qu'il tourne autour d'un texte juridique qui est la constitution (droit constitutionnel = droit de la constitution). Quand on parle de l'**élément matériel on définit le**

**droit constitutionnel par rapport au contenu du texte**, aux matières qui sont traitées, concernées par le droit constitutionnel (principalement le droit du pouvoir politique, droit de l'état)

- **L'approche structurel du droit constitutionnel : comment techniquement le droit constitutionnel est organisé ?** On peut dire que cette approche s'appuie sur une évidence qui doit être nuancée par trois fois. L'évidence c'est de dire que **le droit constitutionnel est intimement lié à un texte juridique qui est la constitution**, chaque pays, chaque état a une constitution et pour chaque état le droit constitutionnel repose sur sa constitution. Toutefois cette base doit être nuancée autour de trois idées : la première c'est que **le texte constitutionnel a une portée juridique spécifique** c'est à dire que la constitution c'est non seulement un texte juridique mais c'est un texte juridique spécial, spécifique => **dans un état il y a énormément d'actes juridiques**, par exemple en France il y a plus de 10 000 textes juridiques en application. Ces **textes juridiques vont être classés en plusieurs catégories** : les lois → parlement / décrets → gouvernement par le premier ministre et parfois le président / arrêtés → administration. **On va définir ces catégories dans l'ordre juridique que l'on va représenter sous une forme pyramidal : étage des arrêtés, des décrets, des lois et au dessus l'étage de la constitution** qui est très important car cet ordre juridique ne sert pas uniquement à classer des textes mais sert surtout à établir une **hiérarchie entre les textes la loi est supérieur au décret, le décret est supérieur à l'arrêté et la constitution est supérieur à la loi => la constitution est l'acte juridique le plus important** dans l'état il est au dessus de la pyramide des lois. Cette **pyramide a été posé par un juriste du XX autrichien Hans Kelsen**, celui-ci va établir la **théorie de la hiérarchie des normes ou de l'état de droit** dans un état l'ensemble des textes juridiques applicables est établit de façon hiérarchique et dans cette hiérarchie la constitution se trouve au sommet. Cette théorie a une conséquence assez simple: **la loi ne peut pas contredire la constitution, le décret ne peut pas contredire la loi et l'arrêté ne peut pas contredire le décret => les textes inférieurs n'ont pas le droit de contredire les textes supérieurs.**  
*\*Remarque pour comprendre le fonctionnement de cette pyramide on va dire au fond qu'il y a ici deux actions : la loi va avoir deux objectifs reproduire la constitution et produire du nouveau droit.* Chaque norme juridique va créer du droit nouveau en respectant le droit précédent c'est **l'idée de reproduction et de production** on reproduit l'étage supérieur et on ajoute une production nouvelle et ainsi de suite. Ce schéma présente deux qualités rationalité et démocratie. Évidemment dans ce schéma là on voit bien que la constitution joue un rôle très important. La conséquence de ce schéma c'est que **puisque la constitution est placé au sommet de la pyramide des normes juridiques il va falloir juridiquement donné à la constitution les instruments qui lui permettront d'exercer sa supériorité.**

**Comment en droit constitutionnel peut on garantir la suprématie de la constitution ?** Par deux éléments : le premier c'est de **faire en sorte que les règles**

**d'adoption et de modification de la constitution soit des règles spéciales** c'est à dire faire en sorte que la manière dont on adopte la constitution et la **procédure** par laquelle on va modifier la constitution soit particulièrement **contraignante** = on va faire en sorte qu'il soit difficile d'adopter ou de modifier une constitution car on ne veut pas que l'on puisse changer la constitution très rapidement car si on le pouvait le principe de supériorité perdrait tout son sens. On va parler ici de **rigidité constitutionnelle** car il est difficile de modifier les normes juridiques. Si on prend l'exemple de la constitution française actuelle la procédure de modification est particulièrement contraignante car l'art 89 de la constitution prévoit qu'on peut modifier le texte soit par le vote de l'ensemble des parlementaires députés et sénateurs à la majorité des 3/5 soit on organise un référendum donc dans les deux cas c'est infiniment plus difficile que de voter une loi. La rigidité constitutionnelle a aussi pour fonction de donner une valeur démocratique à la constitution dans le cas de l'art 89 la loi est adopté par les parlementaires mais la constitution par un référendum.

**Pour garantir la suprématie de la constitution il faut mettre en place un mécanisme dont la fonction est de contrôler si les normes inférieures (lois, décrets, arrêtés) sont bien conformes à la constitution.** Ce mécanisme de contrôle s'appelle **le contrôle de constitutionnalité** = contrôler les lois pour vérifier qu'elle ne soit pas en violation de la constitution et non seulement il faut qu'il y ait un contrôle de constitutionnalité il faut que l'**organe qui est chargé de faire le contrôle (généralement des juges, le conseil constitutionnel en France) ait le droit de déclarer la loi inconstitutionnelle mais aussi d'annuler la loi c'est à dire de la faire disparaître.**

*\*Quelques remarques sur le contrôle de constitutionnalité :* première remarque c'est un mécanisme apparu il y a très longtemps aux États Unis à partir de 1803 et notamment à partir d'un arrêt de la cour suprême sous le nom de Marbury VS Madison, **en Europe ce contrôle apparaît dans les années 1920-1930** et le premier état européen qui met en place ce contrôle est l'Autriche, **en France il est apparu en 1958** mais dans la réalité des choses la première fois qu'on a fait un contrôle de constitutionnalité c'est en 1971 décision du 16 juillet 1971 et encore la **création d'une véritable organisation de contrôle de constitutionnalité en France date de 2010.**

=> **Politiquement ce contrôle a posé de gros problèmes en France certains pensent que ce n'est pas démocratique car les parlementaires sont élus par le peuple de plus la politique semble parfois plus importante que le droit.** Le contrôle est en revanche devenu extrêmement important en France et certains auteurs français considèrent que le droit constitutionnel ce n'est que l'exercice du contrôle de constitutionnalité.

=> Cette présentation de droit constitutionnel a donné au droit constitutionnel une très grande rationalité, il y a une **logique juridique aujourd'hui en droit constitutionnel mais pour autant il ne faut pas conclure que le droit constitutionnel est une science totalement exacte car il existe dans la structure du droit constitutionnel des facteurs moins rationnels.** Le concept de constitution est un concept extrêmement diversifié car **il existe dans le monde différents modèles de**

**constitutions** et ce qu'il faut savoir c'est que la **forme de la constitution va être en partie conditionné par l'histoire du pays et également par sa diversité sociologique.**

20.09.13

Une des raisons qui explique cette diversité des formes constitutionnelles c'est que **la constitution peut être profondément marquée par le contexte du pays dans lequel elle est annotée. Chaque état à son propre contexte et chaque contexte va fabriquer son propre type de constitution.**

Généralement quand on parle de **contexte national** on va faire référence à **deux idées**: le **contexte historique** toute constitution est produite par un contexte historique mais aussi l'idée de **l'identité culturelle** chaque identité culturelle spécifique va se trouver traduite dans la constitution => il existe donc une **très grande diversité de forme constitutionnelle.**

Quand on veut essayer de comprendre cette diversité on va s'appuyer sur deux idées : **(1) diversité des formes constitutionnelles (2) rapport spécifique de la constitution par rapport à l'histoire et l'identité.**

- 1) **La diversité des formes constitutionnelles** : Il existe en droit constitutionnel une **division traditionnelle qui distingue les constitutions écrites des constitutions dites coutumières.** Certains états formalisent le contenu de leur constitution dans un texte alors que d'autres vont faire de coutume non écrite la base du système de leur constitution.

**Qu'est-ce que la coutume constitutionnel** : idée que le **contenu de la constitution n'est inscrit dans aucun texte mais simplement dans des principes oraux.** Cette distinction est historiquement extrêmement ancienne et aujourd'hui on peut dire qu'elle est presque dépassée car il y a aujourd'hui énormément de constitution écrite et très peu de constitution coutumière. Mais même si aujourd'hui il y a très peu de constitution coutumière certaines expérience dans ce domaine sont particulièrement importantes. *L'exemple caractéristique est la Grande Bretagne qui a très longtemps été un pays de constitution coutumière* ça ne veut pas dire qu'il n'y avait pas de constitution, **les britanniques avaient un certain nombre de coutume qu'ils respectaient de façon extrêmement scrupuleuse. Le modèle britannique est le modèle fondateur de la démocratie constitutionnelle.** Une constitution coutumière n'était pas fatalement une constitution qui n'était pas respectée ou moins bien respectée qu'une constitution écrite. Il n'empêche qu'**aujourd'hui même si la totalité ou la quasi totalité des constitutions sont écrites on s'aperçoit que la distinction constitution écrite/coutumière va rester importante** car aujourd'hui on peut considérer que le **modèle des constitutions est en fait un modèle mixte qui associe constitution écrite et constitution coutumière.** Si on regarde *l'exemple du droit constitutionnel britannique*: il est aujourd'hui un **modèle mixte car le régime est globalement basé sur la coutume mais cela n'empêche pas les britanniques d'avoir un ensemble de cinq textes qui vient en quelque sorte compléter les**

**coutumes:**

- Le premier de ces textes est extrêmement ancien il date de 1215 appelé « **magda carta** » il est très important car c'est le **premier texte où la monarchie britannique voit son pouvoir limité**
- Le deuxième texte très ancien aussi il date de 1689 et se nomme « **bill of rights** » il est également très important car c'est la **première véritable déclaration de droit accordée aux citoyens britanniques**
- Le troisième texte date de 1701 et fixe les règles de succession du royaume
- Le quatrième texte date de 1911 et fixe la répartition des compétences entre la chambre des Lords et la chambre des communes
- Le cinquième texte date du 9 novembre 1998 c'est l'acte par lequel la Grande Bretagne adhère et intègre à la convention européenne des droits de l'homme

=> Donc ces cinq textes montrent que même le système coutumier va être structuré par les textes. *Pa exemple* le droit de dissolution du parlement exécutif est fixé par des coutumes qui n'ont jamais été écrites alors même que ce sont les britanniques qui ont inventé le droit de dissolution. Ce mécanisme aujourd'hui connu par toutes les démocraties au monde a été inventé par les britanniques sans même qu'il est été écrit => c'est bien l'exemple d'un système à l'origine coutumier aujourd'hui mixte.

**Qu'est- ce que le système de droit écrit :** aujourd'hui même dans les grands pays qui ont toujours été des pays du droit constitutionnel écrit il existe quand même des règles qui restent coutumières *par exemple* la constitution française du 4 octobre 1958 est globalement écrite mais il existe encore des usages qui ne sont pas écrit et toujours respectés *par exemple* lorsque se tient une élection législative le gouvernement démissionne le lendemain de l'élection, le président de la république va ensuite soit les renommés soit nommés d'autres personnes mais **cette règle, cette obligation de démission n'est écrite nul part** c'est ce qu'on appelle en droit français « **une convention de la constitution** » un **usage oral qui vient compléter le texte**, la notion de convention de la constitution est directement issue du droit constitutionnel britannique.

=> Cette dualité entre constitution écrite/coutumière au sein même d'un ensemble constitutionnel au fond elle **correspond à une logique:**

- L'usage coutumier présente un **avantage** c'est qu'elle est facile à modifier puisqu'elle n'est écrite nul part et enfermée dans aucune procédure spéciale pour la modifier = une constitution coutumière est donc une **constitution extrêmement adaptable aux évolutions de la société**, c'est une **procédure pragmatique d'actualisation du droit**.
- La **constitution écrite** de son côté présente une **autre caractéristique**

**favorable mais opposé** car elle **apporte une sécurité juridique** car le texte est écrit, il est **le même pour tous** et tant qu'il n'a pas été officiellement abrogé dans la procédure prévue il reste en application = **constitution écrite présente l'avantage d'être une constitution sécurisée.**

=> Si on part de ces deux idées on s'aperçoit que la **cohabitation dans les textes constitutionnels de règles écrites et coutumières montre bien que le droit constitutionnel a besoin de combiner adaptabilité et sécurité.** Une constitution doit être suffisamment stricte et donc sécurisée mais elle doit aussi être adaptable.

2) **Le rapport spécifique de la constitution par rapport à l'histoire et l'identité** : la forme de la constitution peut être directement la conséquence de l'histoire ou de la culture d'un pays ou plus exactement directement la **conséquence du regard que va porter la société sur son histoire.** On s'aperçoit au fond qu'il **existerait selon cette base trois grands types de représentations de l'histoire par la constitution:**

- *Premier exemple tirée de la culture constitutionnelle française:* si on regarde depuis le XVII<sup>e</sup> - XVIII<sup>e</sup>, date d'émergence du mouvement constitutionnel moderne, **depuis 1789 plus exactement depuis 1791 jusqu'en 1958 on va connaître 16 constitutions**, 16 constitutions c'est un minimum car à coté de ces 16 constitutions on a eu un certain nombre de textes qui ne sont pas entrés en vigueur, on a presque **22 textes constitutionnels adoptés en 200 ans**, aucune démocratie n'a une telle frénésie constitutionnelle => **pourquoi la France va-t-elle connaître cette alternance constitutionnelle ?** Pour des **raisons objectives** tout d'abord car le **modèle constitutionnel français n'est pas fixé**, il va être fixé en **1875** donc **extrêmement tard** où on va alors adopter une **constitution républicaine dite de la III<sup>e</sup> république**, depuis 1875 on a jamais remis en cause le régime républicain en France, la France est depuis cette date là une République. **Auparavant on a alterné en France trois types de régimes entre 1791 et 1875 c'est à dire l'équivalent de 12 constitutions en moins de 100 ans** : la monarchie, la république, l'empire. Jusqu'en 1875 qu'il y est beaucoup de constitutions peut apparaître objectivement normal puisqu'on va alterner trois régimes. Il n'empêche que **cette explication objective** de ce que certains commentateurs ont appelé **«hystérie constitutionnelles»** (contrairement au modèle britannique) **n'est pas seulement expliqué par des conditions objectives** pourquoi ? Car on va se rendre compte que **même à l'intérieur du même régime on va changer de constitution** *par exemple* si on prend la **période de 1814**, départ de Napoléon 1er, **jusqu'en 1848**, seconde république, on a une **période monarchique** **pourtant on va avoir au sein de cette période monarchique deux constitutions successives** : une constitution adoptée en 1814 et une constitution adoptée en 1830 mais le plus caractéristique c'est le **passage entre la constitution républicaine de 1846 IV<sup>e</sup> république et la constitution républicaine de 1958 V<sup>e</sup> république** car la constitution est restée républicaine et **pourtant nous sommes quand même passés de la IV<sup>e</sup> à la V<sup>e</sup> république** ce qui veut dire au fond que la **culture politique française a au**

fond sur la constitution un regard plus idéologique que pragmatique, la constitution en France au moins jusqu'en 1958 est considérée comme un moyen de changer le régime existant, ce n'est pas un instrument d'adaptation du système. Certains auteurs parlent de «**constitutionnalisme révolutionnaire**» la constitution sert à faire une révolution sociale de ce point de vue là **on a en France un constitutionnalisme très idéologique** on insiste pas sur la continuité mais sur la **rupture, la constitution étant un instrument de la révolution.**

- *Second exemple tiré du constitutionnalisme américain* très **parallèle à la constitution française** puisque le **début des expériences constitutionnelle est quasi concomitant** puisque le **premier texte constitutionnel est adopté le 17 septembre 1787** et va rentrer en application le **4 mars 1789** connu sous le terme de « **déclaration d'indépendance** » donc jusqu'à présent on est quasi dans les mêmes bases que la France **ce qui est caractéristique c'est que ce texte rentré en vigueur en 1789 est toujours en vigueur aujourd'hui** là où la France a connu 16 constitutions. Ce qui montre bien la **projection historique que les américains vont avoir sur leur regard constitutionnel**, l'histoire américaine est **l'histoire d'une construction, d'une continuité** mais pas de rupture, et le fait que la même constitution est perduré tout au long montre cette continuité. Bien sur la **volonté de continuité va rendre nécessaire que le texte s'adapte** d'où l'intérêt pour les américains d'avoir **développer le concept d'amendement constitutionnel** c'est à dire qu'en **1789 le chapitre 5 qui a été adopté prévoit la possibilité de compléter la constitution, de la réformer par l'adoption d'amendement.** Là où la France change tout le texte le droit constitutionnel américain va adopter des amendements et **on s'aperçoit que 27 amendements ont été adoptés par le conseil constitutionnel américain** (pas très loin des 21 de la France). Ces **amendements sont extrêmement important dans le système constitutionnel américain :**

- Le 1er amendement **fixe la liberté d'expression**
- Le second amendement **c'est le droit qui autorise aux américains de porter librement une arme**
- Le 4<sup>iem</sup> amendement **fixe le droit de propriété et la garantie des biens des citoyens**
- **C'est aussi par les amendements qu'on va instituer les règles d'égalité raciales et c'est aussi par un certain nombre d'amendements qu'on va abolir l'esclavage (13 et 14<sup>iem</sup>) et l'interdiction de porter atteinte à l'égalité**

=> **amendement complète et adapte le système constitutionnel** mais ne remet pas en cause cette constitution qui date de 1789.

*Précision sur le modèle américain :* présente quand même un certain nombre de **lacune même l'adoption régulière d'amendement ne suffit pas toujours parfaitement pour adapter le texte.** Exemple du **second amendement** de la constitution « *une milice bien organisée étant nécessaire à la sécurité d'un état libre le droit qu'a le peuple de détenir et de porter des armes ne sera pas transgressé* » ce



texte a été adopté très rapidement après l'entrée en vigueur de la constitution c'est à dire en **1791** c'est un **texte qui est historiquement extrêmement clair** il fait **référence à la guerre d'indépendance la lutte qu'ont menée les anciens colons américain contre les colons britannique** et il fait référence au fait que ce sont des milices privées qui se sont constituées et qui ont battus les colons britanniques. C'est un **article qui vise une situation particulière** sauf que ce texte est toujours en vigueur **aujourd'hui il est complètement sorti de son contexte** il y a très peu de chance pour que les citoyens américains aient aujourd'hui besoin de se constituer des milices privées pour se défendre sauf que ce **texte est aujourd'hui utilisé pour ceux qui réclament le droit individuel de porter une arme => ce qui montre bien les limites du système américain parfois.**

- *A coté de ces deux modèles il existe un troisième modèle:* un modèle où les états sont favorables à une certaine forme de **continuité constitutionnel** mais qui exceptionnellement peuvent avoir recours à une rupture. C'est l'exemple de la **république fédérale allemande** basée sur une **continuité constitutionnelle**, le **changement le plus symbolique est celui de 1949** avec la **nouvelle constitution allemande** en effet on aurait pu revenir au système qui prévalait avant le nazisme mais on montre tout de même **pour tourner la page qu'on peut changer de constitution. Par ailleurs en 1990** la république fédérale allemande se trouve confrontée à un **nouvel événement** qui est la **réunification à la chute du mur de Berlin**, on peut considérer que cette effondrement du mur de Berlin est l'élément structurant la fin du XX<sup>e</sup> siècle **on aurait donc pu attendre une nouvelle constitution** car l'événement est tout aussi important **mais non on va simplement intégrer les nouveaux landers dans la constitution : pourquoi ne pas avoir adopté une nouvelle constitution?** Parce qu'il s'agissait aussi de **montrer la continuité de la constitution historique et le retour à la normale**

=> au fond on peut **se servir de l'instrument constitutionnel pour des motifs politiques** (honorables ou pas), **les allemands ont voulu montrer politiquement la rupture en 1949 au moyen de changer de constitution et ont voulu montrer la continuité en 1990 au moyen de ne pas adopter une nouvelle constitution mais simplement d'une révision.**

=> **Il n'y a pas de constitution neutre ni de choix constitutionnel neutre tout choix constitutionnel procède d'une volonté politique. Le droit est instrument aux mains du pouvoir.**

=> idéologie française

=> pragmatisme américain

=> pragmatisme et idéologisme allemand

- *Dernier exemple :* **certaines constitutions aujourd'hui sont des ensembles extrêmement complexes** et la **complexité de la constitution** peut parfois refléter la **complexité de la formation de l'état**, les contradictions de l'état et pour ce faire on va étudier rapidement *la constitution de la Nouvelle Zélande*. Constitution, peut-être la plus compliquée du monde, c'est **d'abord une constitution coutumière** (ancienne colonie britannique donc logique puisque la Grande Bretagne a pour base une constitution coutumière) qui **s'est**

**progressivement écrite** puisqu'en **2001 on va adopter un texte constitutionnel particulier** ce texte s'appelle **Les Conventions** qui est la **rédaction de toutes les coutumes qui étaient en vigueur auparavant**. Ce texte de 2001 **vient s'insérer dans un ensemble de texte constitutionnel** le plus ancien date de 1896 il va être complété par un texte de 1947 et complété par deux textes un en 1986 et un en 1990. => si on regarde ces textes : **1896 ce texte décrit l'organisation du pouvoir politique, 1947 est la déclaration d'indépendance de la Nouvelle Zélande, 1986 introduction de la grande charte britannique de 1915 => l'ensemble des textes néo-zélandais est en quelque sorte l'incarnation de l'histoire de la Nouvelle Zélande : colonie britannique devenant indépendante et restant liée à la Grande Bretagne notamment avec l'adoption des grands textes britanniques** mais c'est aussi **l'incarnation d'un état passant d'un système coutumier à un système écrit**. La plus grande particularité constitutionnelle de la Nouvelle Zélande c'est aussi d'avoir tenté d'**inscrire dans la constitution son identité particulière** car fait également partie de la constitution néo-zélandaise un autre **texte de 1840 appelé Waitangui**. C'est un **traité par lequel la couronne britannique passe un accord avec les populations autochtone notamment les maoris**. Cet accord est particulier car il prévoit que les **maoris vont avoir tous les droits des citoyens britannique** en revanche les maoris s'engagent à **ne jamais vendre leur terre à d'autres interlocuteurs que la couronne britannique** le but étant de faire en sorte qu'il n'y est pas de propriétaire qui puisse racheter les terres de maoris pour les revendre ensuite. Ce **texte Waitangui toujours en vigueur** va faire l'objet d'une **controverse juridique** étant donné que **pour les maoris la vente au britannique ne les privent pas de la propriété des terres** mais qu'à l'inverse **pour les britanniques la vente signifie évidemment le transfert total des terres** => ainsi en 1875 on va mettre en place en Nouvelle Zélande le **tribunal de Waitangui** dont le nombre de juge est à part égal entre maori et blanc (9/9) ce tribunal a **pour objet de juger des violations du traité** et en conséquence de quoi le **tribunal de Waitangui dans une décision qui sera rendu en juin 2008 va estimer que le traité est un document constitutionnel juridiquement applicable** et que donc **l'état néo-zélandais doit indemniser les populations maoris pour tous les vols** dont ils ont été victimes ce qui fait qu'après cette décision plus de 200 millions ont été versés aux communautés maoris qui ont récupéré près de 200 000 hectares de terres dont on a estimé qu'elles avaient été injustement privées.

=> Cela montre combien **le droit constitutionnel peut avoir une vertu politiquement symbolique** puisque par l'insertion du traité de Waitangui on **montre un des actes fondateurs de l'identité néo-zélandaise d'être un état basé sur deux communautés historiques distinctes qui doivent vivre ensemble**. **Symboliquement on ancre l'histoire du pays dans la constitution**, cela montre bien aussi que parfois **de vieux textes historiques peuvent être réactualisés et ré-appliqués et imposés au travers de mécanismes juridiques moderne** le **tribunal de Waitangui fait ce que les européens appellent le contrôle de constitutionnalité** (cf pyramide) mais ce qui est intéressant c'est que **ce contrôle ne concerne pas**

**exclusivement des lois actuelles mais concerne un véritable jugement de l'histoire de la nouvelle Zélande, les violations qui ont privé les maoris de leur terre ne sont condamnés que 100 ans plus tard c'est ce qu'on va appeler le concept de réconciliation par le droit on parle également de justice transitionnelle et c'est aujourd'hui un des concepts les plus importants dans le droit public**

=> Comment juger l'histoire ? C'est un problème auquel la France est confrontée aujourd'hui notamment avec l'esclavage considéré comme un crime contre l'humanité alors que l'esclavage a eu lieu au XVII<sup>e</sup> et que le concept de crime contre l'humanité date du XX<sup>e</sup> siècle.

=> Nous avons pu voir à travers ces 4 exemples combien il existait une **grande diversité de forme constitutionnelle** et bien entendu qu'**aucune de ces constitutions n'est supérieures à une autre.**

=> La notion juridique de constitution, même si elle reste fondamentale pour la connaissance du droit constitutionnel, aujourd'hui ne suffit plus à connaître le droit constitutionnel. **Il y a du droit constitutionnel en dehors du texte de la constitution** c'est à dire qu'il y a d'autres textes, d'autres actes juridiques qui vont venir compléter la constitution. Ce qui veut dire qu'**aujourd'hui on va avoir d'un côté le texte de la constitution mais on va avoir à côté des compléments** c'est à dire qu'on va avoir d'autres textes, d'autres éléments qui vont venir compléter la **constitution** et c'est un phénomène relativement récent.

## II- Les compléments du droit constitutionnel

Il y a au fond **deux séries de compléments**: il y a des **compléments internes** c'est à dire des **compléments qui se trouvent dans le droit du pays qui concerne la constitution** et il y a des **compléments externes/internationaux** qui sont des **normes de droits internationales qui vont venir compléter le texte constitutionnel.**

Pour essayer de préciser les choses:

- Les normes internes: il y a également ici **deux catégories de normes internes** qui vont venir compléter la constitution il y a **les sources dites écrites et les sources non écrites qu'on qualifiera de jurisprudentielle**:

→ **Les sources écrites sont des «lois organiques» adoptées par le parlement, ce sont des textes juridiques français qui ne sont pas constitutionnels, qui n'ont pas une forme constitutionnelle, mais qui viennent directement compléter la constitution** qui sont **supérieures aux autres lois mais qui sont inférieures à la constitution.** Ce qui **caractérise ces lois organiques** sont deux éléments: le premier est **leur objet qui est de compléter directement les dispositions constitutionnelles** *par exemple* il existe une loi organique sur le conseil constitutionnel et c'est cette loi organique sur le conseil constitutionnel qui organise le conseil constitutionnel, elle est indispensable au conseil constitutionnel car sans les dispositions de la loi organique le conseil constitutionnel ne pourrait pas exister, le deuxième élément c'est que la **loi organique est adoptée à la suite d'une procédure particulière**, le droit

constitutionnel a prévu une procédure pour l'adoption d'une loi organique cette procédure est **plus contraignante que celle qui touche à l'adoption d'une loi ordinaire mais moins contraignante que celle qui touche à la révision de la constitution**. Les lois organiques sont un peu comme un mode d'emploi des articles de la constitution.

→ De l'autre côté **les sources non écrites sont généralement jurisprudentielle, ce sont des décisions rendues par le juge chargé du contrôle de constitutionnalité, le juge va donc devoir faire un contrôle mécanique entre la norme A qui est la constitution et la norme B qui est la loi**. Cette opération de contrôle de constitutionnalité en apparence simple mais en réalité peut être plus compliquée. **L'interprétation du sens de la constitution du juge est très importante** c'est lui qui va venir compléter la constitution. **L'opinion du juge est bien souvent subjectif**. Il arrive parfois que les interprétations des juges changent dans le temps, **les mêmes articles peuvent être interpréter de manière différentes**. *Par exemple* aux États-Unis à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle l'égalité raciale n'est pas forcément assurée, il y a un groupe de juriste qui dit que cette situation là, le sort réservé au noir notamment dans le sud n'est pas conforme à la constitution, on va donc aller voir le juge constitutionnel qui aux États-Unis s'appelle la Cour Suprême (juridiction la plus importante aux États-Unis) et les juges vont venir dire que la ségrégation raciale n'est pas incompatible, opposée à l'égalité car il faut interpréter l'égalité en autorisant la ségrégation raciale d'où le principe «seperate but equal». En 1960 exactement la même affaire est reposée au juge de la Cour suprême mais le juge de la Cour suprême en 1960 va venir dire que la ségrégation raciale est opposée à l'égalité or la constitution américaine (texte et 27 amendements) est la même à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et en 1960 il n'y a pas eu de révision constitutionnelle ce qui change c'est l'interprétation que les juges vont faire du texte. Les juges du XIX<sup>e</sup> considèrent que la ségrégation racial est constitutionnelle, les juges du XX<sup>e</sup> considèrent que la ségrégation raciale n'est plus possible. **Aux États-Unis on considère que c'est quasiment le juge qui décide la loi**, le plus important c'est le juge puisque le même texte constitutionnel peut être interprété différemment selon que le juge soit de gauche, de droite, ancien, moderne, traditionnel, etc.  
=> Ici les dispositions non écrites vont avoir une influence très importante sur l'interprétation du droit constitutionnel.

26.09.13

- Les normes externes/internationales : Un état va adhérer à un certain nombre de traités internationaux et certain de ces traités internationaux vont produire des effets dans le domaine constitutionnel. *Par exemple* un état va signer un traité relatif à la protection des droits de l'Homme et donc la question de la protection des droits de l'Homme qui normalement relève de la constitution donc le texte international va en quelque sorte venir compléter le texte national qu'est la constitution. Pour ce qui concerne la France, cette question des compléments constitutionnels est très important dans le cadre de l'Europe car il existe en Europe des organisations internationales qui

**produisent des effets juridiques très importants** les deux organisations à connaître sont l'**Union Européenne** et le **Conseil de l'Europe**. Chacune de ces deux organisations produisent des textes, l'**Union Européenne est née du traité de Paris en 1951 CECA** et par le **traité de Rome en 1957 CEE**, l'Union Européenne **produit du droit, a des institutions et ces textes s'imposent à la France et viennent interagir avec la constitution française.**

*Exemple* la constitution française prévoit le principe du droit d'asile mais l'Union Européenne impose le principe de la liberté de circulation à l'intérieur de l'Union Européenne. Le **conseil de l'Europe a été créé en 1949** regroupe une cinquantaine d'États et il **s'articule principalement autour d'un texte qui est la convention européenne des droits de l'homme** =ensemble de droit que tous les signataires de ce texte s'engagent à faire respecter, la France membre du conseil de l'Europe doit respecter. **Il existe même une cour européenne des droits de l'homme dont le siège est a Strasbourg qui a pour fonction de faire respecter la convention européenne et qui peut très bien condamner un état si elle estime que cet état n'a pas dans une affaire donnée respecter les dispositions de la convention européenne.**

*Exemple* d'une affaire qui a été jugée en 2012: **l'affaire Vajnav contre Hongrie** décision de la Cour Européenne des droits de l'Homme: Mr Vajnav est un membre du parti communiste hongrois il a donc manifesté le 1er mai en arborant sur sa chemise une étoile rouge avec la tête du Che => le problème c'est qu'il existe en Hongrie une loi adoptée en 2000 qui interdit le port de tout insigne se rattachant à un régime totalitaire et dans l'esprit des hongrois bien sur on a pas le droit d'arborer des symboles du communisme et au nom de cette loi Mr Vajnav est condamné à aller en prison. Cette loi hongroise a d'abord été déféré à la cour constitutionnelle de Hongrie dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité, le tribunal hongrois a dit que l'interdiction du port d'un signe totalitaire était bien conforme à la constitution donc Mr Vajnav a été en prison sauf que Mr Vajnav a été saisir la Cour Européenne des droits de l'Homme. La Cour européenne vient alors dire l'interdiction du port des insignes politiques n'est pas conforme à la convention européenne. **La cour du conseil de l'Europe vient donc compléter la constitution hongroise et vient donc contredire la constitution hongroise puisque la Hongrie est désormais condamnée pour avoir porter atteinte à la liberté d'expression de Mr Vajnav.**

### III- L'approche matérielle du droit constitutionnel

Le **droit constitutionnel se définit également par son contenu** pas uniquement son contenant qui est la constitution mais par son contenu c'est à dire que **l'on va estimer qu'il y a des règles, des domaines qui relèvent par nature du droit constitutionnel et qu'on ne peut pas faire de droit constitutionnel si on ne s'intéresse pas à ces règles.** Les juristes ont donc inventer une **distinction** pour essayer de bien comprendre le sens de cette situation, ils distinguent d'une part la **constitution matérielle** et d'autre part la **constitution formelle**. La **constitution matérielle** sont les domaines qui relèvent par nature du droit constitutionnel et la **constitution formelle** sont les textes qui sont inclus dans la constitution.

=> Normalement il devrait y avoir une cohérence, une conjonction entre constitution formelle et constitution matérielle sauf qu'on s'aperçoit qu'on est confronté à deux problèmes:

- 1) **Quand les dispositions de la constitution matérielle ne sont pas toutes intégrées dans la constitution formelle** c'est *par exemple* les **lois organiques** questions qui relèvent du droit constitutionnel mais qui ne sont pas directement dans la constitution. Il peut y avoir ici **deux explications**: la première est simple c'est qu'on ne peut pas tout mettre dans la constitution sinon on aurait une trop grande constitution, la deuxième c'est qu'il y a **certaines dispositions qui devraient être réglées dans la constitution mais qu'on a mis dans une loi organique pour des motifs politiques** *par exemple* dans la constitution française de 1958 il est prévu qu'il existe une assemblée nationale, la constitution prévoit directement le nombre de députés, elle prévoit les pouvoirs de l'assemblée, elle prévoit que ces députés sont élus au suffrage universel mais en revanche elle ne prévoit pas le mode d'élection, le type de scrutin qui permettra leur élection n'est pas dans la constitution. **C'est une loi organique qui vient préciser que les députés seront élus au suffrage majoritaire.** Ce choix en France est extrêmement ennuyeux car il repose sur des **dimensions purement politique**, pourquoi ? Car si c'est dans la loi il suffit d'avoir une majorité simple pour changer plus facilement le mode de scrutin qui est extrêmement important dans la vie politique. Donc ici il n'y a pas concordance entre la constitution matérielle et formelle.
- 2) **Il existe aussi en Europe et dans d'autres états des dispositions qui sont inscrites dans le texte de la constitution formelle mais qui ne relève pas de la constitution matérielle**, qui ne concerne pas le droit constitutionnel, on les a placés dans la constitution mais elles n'ont rien à faire dans la constitution. **Très souvent si on place certaines matières dans la constitution formelle alors qu'elle ne devrait pas s'y trouver c'est aussi en raison de mobile politique car on veut donner à ces éléments une force particulière.** *Exemple en France sous la III<sup>e</sup> république*, entre 1875 et 1940, on avait placé à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle le **principe du remboursement par l'état des empreints** ça n'a rien à voir avec le droit constitutionnel c'est du **droit fiscal** aucun autre état dans le monde ne l'a jamais inscrit. **Pourquoi l'a-t-on fait?** Car on voulait **inciter aux français d'emprunter à l'état.** C'est donc encore pour des raisons politiques.

Première remarque: Quand on parle du **contenu matériel de la constitution** on s'aperçoit aujourd'hui que le contenu de la constitution **témoigne d'une grande diversité** c'est à dire qu'il y a de plus en plus de choses qui sont dans la constitution.

Seconde remarque: cette **diversification du contenu des constitutions débouche parfois sur un certain nombre de contradiction** c'est à dire qu'on va s'apercevoir que la constitution **devient de plus en plus un instrument politique** et donc cette

politisation de la constitution débouche parfois sur des phénomènes extrêmement contradictoires.

→ Diversification du champ constitutionnel

Traditionnellement, au XVIII<sup>e</sup> siècle les constitutions étaient composées de deux grandes questions, au XIX<sup>e</sup> et dans une partie du XX<sup>e</sup> on va avoir des constitutions qui se composent de trois parties de nouvelles questions rentrent dans le champ constitutionnel et fin XX<sup>e</sup> début XXI<sup>e</sup> siècle progressivement est apparu une quatrième catégorie. On a de plus en plus de question différentes qui sont dans le texte de la constitution formelle. On va se poser la question: **cette extension du champ constitutionnel n'est-elle pas contestable?**

27.09.13

Originellement on a toujours trouvé dans les **constitutions écrites au moins deux grandes matières qui sont traitées et qui constituent vraiment le noyau dur de la constitution:**

- 1) Première catégorie de matière: Les **règles d'organisation du pouvoir politique** c'est à la fois la **description des institutions politique**, la **description de leur compétence**, la **description du mode de désignation des personnes** qui vont incarner ces institutions et la **description des relations et des pouvoirs que vont posséder chacune de ces institutions**. => ce sont les règles du jeu politique, les règles d'organisation du pouvoir. Ce **premier bloc est extrêmement important** en droit constitutionnel on peut même dire que **c'est le droit constitutionnel matériel par excellence**. Il peut y avoir des **états sans constitution**, sans texte constitutionnel mais le fait d'inscrire dans la constitution les modalités d'exercice du pouvoir historiquement remplit une double fonction :
  - la première fonction est une **fonction de limitation du pouvoir**, le fait d'écrire la règle du jeu empêche l'exercice d'un pouvoir absolu, les règles sont posées;
  - la seconde fonction est une **fonction de rationalisation** c'est à dire que le passage par l'écrit suppose de **mettre les choses au clair**, de les **organiser** et de **rendre plus rationnel les principes de fonctionnement**.
- 2) Deuxième matière: Dans toutes les constitutions c'est historiquement la première catégorie. **Les constitutions contiennent généralement un catalogue de droits qui sont conférés aux citoyens**. Quelques remarques :
  - *La première remarque:* là encore on est tout à fait dans le **droit constitutionnel matériel à travers les droits accordés aux citoyens on a en quelque sorte une définition de la nature de l'état**, tous les états n'accordent pas les mêmes droits aux citoyens. Cette **catégorie des droits des citoyens est extrêmement importante** pour venir nous **renseigner sur le type de régime dont il s'agit**.
  - *La seconde remarque:* ces **catalogues de droits sont historiquement les**

**premiers textes constitutionnels** si on prend l'*exemple* des trois grandes constitutions démocratiques **Grande Bretagne, États-Unis, et France dans les trois cas le premier texte adopté est un catalogue des droits de l'homme** avec notamment la magna carta en 1215 chez les britanniques, et la DDHC adopté le 26 août 1789 en France premier texte formel du droit constitutionnel français. Cette **antériorité historique des textes des droits de l'homme s'inscrit tout à fait dans la volonté de limiter le pouvoir politique par la constitution.**

- *Troisième remarque:* Aujourd'hui si on peut considérer que presque toutes les constitutions du monde ont leur catalogue de droits de l'homme il faut pour autant considérer qu'**il peut y avoir des différences extrêmement importantes dans les droits de l'homme qui sont accordés par les constitutions.** Chaque constitution peut avoir sa **propre vision des droits de l'homme à la fois dans l'étendue des droits accordés mais à la fois selon la nature même des droits.** D'abord quand on parle de l'étendue des droits on considère aujourd'hui qu'**il existe en droit constitutionnel trois (et peut être même quatre) grandes familles de droits de l'homme, trois générations de droits de l'homme :** la **première génération** ce sont des **droits individuels basés sur le concept de liberté** (d'expression, de religion, d'être propriétaire, etc) on parle des droits de la première génération car ils **apparaissent généralement dans les textes du XVIII<sup>e</sup> siècle** par *exemple* en France la DDHC de 1789, ensuite on va rencontrer également des **droits de la seconde génération** ce sont des **droits plutôt basés sur le concept d'égalité**, qui ont une dimension sociale beaucoup plus importante et qui **généralement concernent les droits de l'individu dans son activité professionnelle** ils apparaissent en France à partir de la constitution de 1946, enfin **les droits de la troisième génération** sont des droits **plus sociétaux généralement collectif qui concernent un groupe social et qui vont s'intégrer dans la relation que les humains vont avoir avec leur environnement**, font partie de la troisième génération tous les **droits qui vont toucher à l'écologie**, ces droits commencent à apparaître à **partir des années 1980-1990** et ont été en France insérés en 2004 dans la constitution. Par couches historique successives les constitutions vont intégrer de plus en plus de droits de l'homme tout en gardant les anciens. **Aujourd'hui il y a une très grande diversité des droits dans la constitution.** Mais cette **diversité des trois générations des droits de l'homme ne doit pas être simplement considérée comme une simple addition** il n'y a pas que de plus en plus de droits, l'idée c'est qu'**aujourd'hui on a fait rentrer dans la constitution des générations de droits qui sont parfois incompatible, cette multiplication de générations de droits vont entraîner un certain nombre de contradiction.** Il y a *par exemple* un conflit entre la liberté et l'égalité en 1789 on écrit dans la constitution que la propriété est un droit inviolable et sacré en 1946 on va écrire dans la constitution qu'on a le droit de nationaliser des entreprises au nom de l'intérêt général c'est incompatible avec le droit de propriété et en 2004 on va introduire le principe de précaution ce principe est lui même incompatible parfois avec la



nationalisation et le droit de propriété *exemple* du débat sur la gaz de schiste certains disent que par précaution ce n'est pas la peine de l'exploiter. **Cette seconde catégorie, celle des droits de l'homme est extrêmement marquée par le contexte idéologique et culturelle de la constitution il n'y a pas de droits de l'homme qui soit totalement neutre.** De ce point de vue la **constitution française actuelle** est extrêmement intéressante parce qu'elle **témoigne de contradiction entre les droits de l'homme** mais ce n'est pas parce qu'il est mal rédigé mais simplement parce que la **constitution de 58 au travers de ces trois textes traduit, reflète les contradictions de l'histoire politique de la France**, la France a une histoire libérale, socialiste, écolo.

- 3) Troisième catégorie de matière: les **constitutions au XX<sup>e</sup> siècle non seulement décrivent les pouvoirs politique, vont présenter les droits de l'homme** mais elles **vont également comporter un certain nombre de dispositions relatives à l'identité culturelle et historique d'un pays** *par exemple* en fixant son drapeau, son hymne national, elles **vont venir dire quelle est la nature même de l'identité de l'état** et parfois **on va trouver dans les constitutions des références à l'histoire nationale.** Quelques remarques:
- *Première remarque:* c'est une **catégorie récente qui a souvent été introduite dans le droit constitutionnel par des états qui venaient d'accéder à l'indépendance**, l'adoption de la constitution correspondait également à la **volonté d'organiser le pouvoir** mais aussi à la **volonté d'affirmer la dépendance du pays.**
  - *Seconde remarque:* ces **dispositions identitaires** sont à priori tout à fait légitime pour être dans la constitution même si ce n'est pas directement lié au pouvoir politique car au fond **définir l'histoire ou définir la société permet de mieux comprendre la constitution** et permet de **mieux interpréter les dispositions constitutionnelles** *exemple* du traité entre les blancs et les maoris qui permet de comprendre pourquoi la constitution de la Nouvelle Zélande repose sur cette égalité sociologique ou **exemple** de l'Afrique du Sud et de la «nation arc en ciel» ces **dispositions sont donc fondamentales pour comprendre la nature du pouvoir**, il est **tout à fait légitime qu'elles soient dans la constitution.**
  - *Troisième remarque:* en revanche cette **catégorie de dispositions constitutionnelles qui touchent à l'identité peut être dangereuse et facteur de troubles** quand elle présente une vision contestée voire contestable de l'histoire, cette **identité officielle posée dans la constitution et qui devient de ce fait obligatoire peut être extrêmement dangereuse et facteur de trouble si elle est contestable.** On commence donc à arriver à une **utilisation politicienne de la constitution.**
- 4) Quatrième catégorie: on va voir arriver dans la **deuxième partie du XX<sup>e</sup> siècle** un certain nombre d'**éléments dans les constitutions qui touchent à la politique économique.** Ces **dispositions constitutionnelles économiques**

notamment soulèvent véritablement une **interrogation quant à leur légitimité constitutionnelle** c'est à dire qu'elles soulèvent une interrogation sur le fait de savoir s'il est légitime de poser des principes économiques dans la constitution.  
**Pourquoi?**

- *Première raison:* les **choix économiques sont des choix strictement politiques** il n'y a pas en science économique une vérité absolue, l'économie est un choix politique et **introduire un choix politique dans la constitution est dangereux car on le rend obligatoire** et il est **extrêmement difficile de réviser une constitution**, les **choix politiques étant des choix que l'on peut changer au rythme de la majorité il est extrêmement ennuyeux de les inclure dans la constitution** *exemple* en 2005 quand on a tenté d'adopter une constitution européenne, le peuple français a rejeté cette constitution, cette **constitution européenne se décomposait en trois parties**: une première partie institutionnelle, une seconde partie sur les droits fondamentaux de l'union européenne et une **troisième partie sur les politiques économiques** et sur l'identité européenne => quand on fait des sondages pour savoir **pourquoi les français ont voté non on s'aperçoit que la troisième partie a été terriblement contestée** c'est au nom de la troisième partie que les électeurs ont voté non à la constitution.

**Non seulement les constitutions peuvent avoir un contenu extrêmement diversifié mais il y a parfois un certain nombre de contradictions au sein des constitutions.** Il faut comprendre qu'**historiquement le développement de l'écriture des constitutions est globalement liée à la démocratisation** pour faire simple plus les pays deviennent des démocraties plus ils adoptent des constitutions écrites, le **fait d'avoir une constitution a été longtemps considéré comme le symptôme d'une démocratisation** *c'est par exemple* vrai en France où la constitution écrite va servir d'**instrument pour lutter contre le pouvoir monarchique absolue**, pour affirmer le rôle des droits de l'homme. Or aujourd'hui si l'on fait un bilan du **contenu des constitutions au regard de l'idée de démocratie on s'aperçoit que la constitution n'est pas automatiquement un instrument de démocratie** et qu'**au contraire parfois la constitution peut aider une certaine forme de totalitarisme ou d'autoritarisme**, il y a donc un espèce de **contradiction fondamentale en droit constitutionnel entre démocratie dictature et constitution.** Cette relation ambiguë entre dictature et constitution va en droit constitutionnel s'illustrer par deux situations:

- 1) *La première situation:* il peut y avoir des **constitutions qui organisent la dictature et dont l'application permet la dictature** *quelques exemples:*
  - *Premier exemple:* il y a eu des **constitutions soviétiques entre 1917 et 1991** sur ce qui était le territoire soviétique, ce **régime totalitaire s'est appuyé sur quatre textes constitutionnels**
  - *Deuxième exemple:* le **troisième Reich nazie** l'Allemagne entre 1933 et 1945 va connaître un **régime lui aussi largement totalitaire qui va s'appuyer sur la constitution**, la constitution allemande en vigueur en 1933 est une **constitution démocratique** qui va être **modifiée après l'arrivée au pouvoir**

**du parti politique nazi pour rendre ce texte démocratique totalitaire**, il ne va pas changer toute la constitution il va **changer quelques articles** qui vont transformer la nature de la constitution allemande *exemple* d'article changé il va faire interdire tous les partis politiques sauf le parti national socialiste allemand, autre article changé les communistes et les ennemis de l'état ne bénéficieront plus des droits accordés aux autres citoyens et troisième article changé le président allemand n'est plus obligé de respecter la constitution => **trois articles modifiés vont transformés la démocratie allemande en une dictature**

- *Troisième exemple*: le **régime syrien a été organisé entre 1973 et février 2012** autour d'une constitution, cette **constitution est globalement la même constitution française actuelle** avec un président élu au suffrage universel, un premier ministre, un gouvernement, un parlement élu au suffrage universel, un régime parlementaire, un contrôle de constitutionnalité on est vraiment sur le modèle français **sauf qu'il y a un article qui change l'ancien article 8 de la constitution syrienne et qui dit tout le pouvoir appartient au parti ba'ath il exerce le rôle dirigeant dans la société** = cet article dit au fond que c'est le parti qui décide qui sera nommé et quelle politique sera menée => **ce n'est pas une constitution qu'on fait semblant d'obéir c'est une constitution qui organise la dictature**. Première idée il y a des constitutions qui organisent des dictatures.

2) *Deuxième situation*: à côté de ces constitutions totalitaires il peut exister **une relation ambiguë entre les constitutions démocratiques et un certain nombre de comportement proche de la dictature** = même avec une constitution libérale on peut avoir parfois des pratiques à la limite de la dictature:

- *Premier exemple*: il peut y avoir des **constitutions démocratiques qui ne sont pas respectées** *exemple* la **Russie** est un des 15 états hérités de l'explosion de l'URSS et devient indépendant en décembre 1991, **entre 1991 et 1993 la Russie est organisée par une constitution démocratique** car c'est l'ancienne constitution de l'URSS révisée plus de 400 fois et il y a dans la **vie politique russe un affrontement entre deux forces les libéraux qui s'incarnent autour du président Eltsine et la gauche qui s'incarne dans le parlement** et en **octobre 1993 le président de la république décide de dissoudre le parlement** de renvoyer les parlementaires **sauf qu'il n'a pas le droit de le faire, la constitution démocratique ne donne pas le pouvoir de dissolution au président** mais comme l'armée va lui obéir il va faire bombarder le parlement et faire un **nouveau régime**, ce nouveau régime est un **régime démocratique** mais est **basé sur une violation de la constitution démocratique précédente**
- *Deuxième exemple*: il va exister des cas où **la constitution démocratique peut être détournée de son sens** *deux exemples* le premier: **au Gabon lors des élections présidentielles de 2009** le président Omar Bongo décède il y a alors 23 candidats dont le **fil du président Bongo**. Les élections ont lieu il y

a finalement 18 candidats, **il y a des contestations sur les résultats** et 9 des candidats font un recours **contre la victoire d'Ali Bongo** on va saisir le juge constitutionnel désigné par la constitution, **le conseil constitutionnel est composé de 9 membres** 3 sont nommés par le président de la république 3 membres par le président de l'assemblée nationale et les 3 autres par le président du sénat ces 9 juges vont venir dire que le président a été élu régulièrement qu'il n'y a pas lieu de contester l'élection donc **la constitution s'applique sauf que si on regarde ces 9 membres trois sont nommés par le président de la république en exercice donc nommés par le père d'Ali Bongo, les autres juges avaient en fait été nommé par son père également => détournement de la constitution**, autre exemple les élections présidentielles américaines de 2000 marqué par l'affrontement d'un démocrate et de Bush fils républicain, les élections ont lieu et on s'aperçoit que la victoire de Bush est obtenue par le fait qu'il est gagné les élections grâce à l'état de Floride et en Floride il y a 537 voix d'écart entre les deux candidats, il y a d'énormes contestations les machines à voter sont très imprécises, on va donc appliquer la constitution américaine c'est à dire que c'est à la cour suprême des États-Unis qui va devoir trancher pour savoir si Bush a été élu ou pas, il s'agit de la cour suprême des états unis la plus ancienne et la plus respectée 5 voix contre 4 voix vont aller vers Georges Bush fils donc pas de nouvelles élections MAIS sur les 5 juges qui ont voté pour George bush fils l'un d'eux a été élu par Georges Bush père, un autre par le président Regan dont le vice président était George Bush père et le dernier juge est nommé par le président Nixon dont le vice président était Regan => rien ne vient affirmer qu'il y a eu tricherie après tout aucune des personnes n'a été nommé irrégulièrement mais la constitution américaine n'est pas capable d'encadrer avec suffisamment de rigueur la politique pour qu'elle soit incontestable, dernier exemple en France l'article 21 affirme que le premier ministre conduit la politique de la nation sauf qu'au jour d'aujourd'hui ce n'est pas vrai le premier ministre délègue volontairement ses pouvoirs au président c'est un abandon volontaire de ses pouvoirs au profit de quelqu'un qui n'a pas le droit de les utiliser => la relation entre démocratie et constitution est réelle mais ce n'est jamais une science exacte.

### **Bilan de cette introduction généralement**

*Première élément:* le droit constitutionnel est un droit normatif qui repose sur le principe de la supériorité de la constitution sur l'ensemble des normes juridiques de l'état c'est le principe de la pyramide la constitution est en haut, c'est la base du droit constitutionnel et cette base est objective, rigoureuse et quasi scientifique la loi est conforme ou n'est pas conforme, la constitution s'impose.

*Deuxième élément:* cette première face aussi fondamentale qu'elle soit n'est pas la seule qui caractérise le droit constitutionnel car il est également une espèce de

science humaine dans lequel les acteurs vont avoir un rôle important, il est conditionné par les sociétés dans lesquelles il va être appliqué et il est conditionné par les idéologies qu'il est censé porter => il n'y pas de constitution neutre, il y a des constitutions faites pour des cultures, des idéologies différentes et surtout il n'y a pas de constitutions qui ne soient pas influencées par les acteurs qui l'applique *par exemple* la puissance d'une institution est tout autant le résultat de droit que le résultat d'un rapport de force mais est aussi conditionné par le charisme du titulaire de la constitution. Donc le droit constitutionnel est également une science humaine et c'est de cette dualité entre une discipline qui se veut la plus exacte possible, la plus rigoureuse possible mais qui reste quand même fondamentalement marquée par des facteurs humains qu'il va falloir qu'on travaille.

---

01.10.13

*Premier semestre*

## LA THEORIE GENERALE DU DROIT CONSTITUTIONNEL

**Première idée:** le droit constitutionnel participe à l'encadrement du pouvoir politique c'est à dire fixe un certain nombre de règles qui vont poser des limites et un cadre à l'exercice du pouvoir.

**Seconde idée:** le droit constitutionnel participe à l'organisation matérielle du pouvoir politique c'est à dire que c'est dans la constitution que vont être exprimés à la fois le choix du régime politique mais aussi les règles d'organisation à travers ce choix.

### **Partie 1 : Le cadre du pouvoir politique**

La définition du cadre du pouvoir politique s'articule autour de deux idées:

- 1) on va d'abord fixer le **cadre territorial du pouvoir**
- 2) on va fixer ensuite le **cadre juridique du pouvoir**

#### **Chapitre 1: le cadre territorial du pouvoir politique → l'état**

Le pouvoir politique est organisé dans la constitution et la constitution s'applique dans le cadre d'un état. L'état sert donc de support territorial au pouvoir politique constitutionnel. Mais l'état en droit constitutionnel n'est pas qu'un concept géographique c'est au contraire un **concept global**, un concept **extrêmement abstrait** et c'est un concept qui est **tout autant politique que territorial et juridique que territorial**.

#### **Section 1: Le concept d'état**

**L'état en droit constitutionnel** va remplir une **triple fonction**:

- 1) une fonction **territoriale**
- 2) une fonction **symbolique**
- 3) une fonction **institutionnelle**

Au fond le concept d'état en droit constitutionnel représente l'**institutionnalisation du pouvoir** c'est à dire que le **pouvoir politique est une réalité** mais **l'état va l'institutionnaliser**, va **lui donner une structure** => idée d'institutionnalisation très importante. Le **passage du pouvoir à l'état** se fait généralement **au moyen de la constitution**, c'est l'existence d'une constitution qui va donner une réalité à l'état.

### 1) La définition structurelle de l'état

→ *Comment un état est-il constitué? Qu'est-ce qu'il faut?*

Pour définir la structure de l'état on va allier **deux séries de critères** on va d'abord avoir des **éléments objectifs** que l'on appelle «**les éléments constitutifs d'un état**» mais ces éléments constitutifs de l'état ne suffisent pas à rendre compte de la structure de l'état on va donc **les associés à un critère subjectif** et c'est la **combinaison objectif/subjectif** qui va donner la **définition de la structure de l'état**.

#### A) Les éléments constitutifs de l'état

Pour que l'on considère qu'il y ait un état il faut la **combinaison de trois critères**: il faut qu'il y ait **un territoire, un gouvernement et une population**. Sans la combinaison de ces trois critères on ne satisfait pas aux éléments objectifs de l'état.

**Premier critère: le territoire** → ce territoire est une **notion extrêmement diversifiée**, généralement **composé de trois éléments particuliers** le **premier** étant le **territoire terrestre**, le **second** étant le **territoire aérien** qui se situe au dessus du territoire terrestre et qui **relève de la pleine souveraineté de l'état** et enfin le **troisième** étant le **territoire maritime** concept qui ne s'applique qu'aux états bordés par des mers il y a une **première zone maritime appelée les Eaux territoriales** dans lesquelles on est dans la **pleine souveraineté de l'état** et la **zone économique exclusive** qui **participe à l'économie de l'état**.

*Quelques remarques:* ce critère est essentiel car il n'y a **pas d'état sans territoire**, de plus cet **élément** peut être **continu ou discontinu**, autre remarque il n'y a **pas de critère de taille** il n'y a **pas de taille minimale de territoire terrestre pour la qualification de l'état**. Le concept de territoire est un concept incontournable et peu importe la taille de ce territoire.

**Deuxième critère:** pour qu'il y ait un état sur ce territoire il faut qu'il s'exerce une **autorité**. **Sans autorité il n'y a pas d'état**. Là encore le droit international n'est pas très regardant sur le concept d'autorité le seul critère que l'on va retenir pour véritablement accepté la qualification de l'État c'est le **monopole de contrainte armée** c'est à dire que le **gouvernement soit capable d'exercer son autorité sur un**

**territoire donné.** Ce qui reviendrait à exclure des endroits dans lesquels le gouvernement n'exerce pas son autorité et *par exemple* ce n'est donc pas certain que le Liban puisse encore être qualifié d'État car il est sous contrôle d'une force religieuse et militaire plus forte que le gouvernement central lui-même. Partant de là le droit international et le droit constitutionnel ne s'attache à aucun autre critère sur le gouvernement et notamment **juridiquement on ne s'attache ni à la légitimité du gouvernement ni à sa forme démocratique** on reconnaît la caractéristique d'état à une dictature dans laquelle le pouvoir a été pris par la force la seule chose que l'on demande c'est que le gouvernement exerce son pouvoir. **Ici nous sommes seulement dans la reconnaissance juridique de l'état** il peut y avoir des considérations politiques qui vont faire que le gouvernement ne soit pas reconnu.

**Troisième critère: la population** → il n'y a **pas d'état sans population**, il faut donc qu'il y ait un **groupe humain** qui vive **sur le territoire** et qui **constitue la population de l'état**. Simplement à propos de ce critère **deux remarques**: la première **le nombre n'a aucune espèce d'importance juridique** il n'y a pas de seuil minimal de population pour constituer un état, en revanche la **population d'un état se caractérise généralement par deux éléments** d'une part **on va identifier les nationaux ou les citoyens** c'est à dire ceux qui possèdent le lien juridique avec l'état de la nationalité et d'autre part **les résidents étrangers** qui vivent sur le territoire mais qui n'ont pas la nationalité c'est à dire qu'ils conservent soit la nationalité d'un autre état soit qu'ils ne possèdent aucune nationalité. Ce **lien de la nationalité** est **très important pour la reconnaissance étatique** mais pour autant **ce lien de la nationalité lorsqu'il est absent ne nous prive pas de droit** et il y a **un certain nombre d'états qui vont reconnaître aux résidents étrangers la garantie des droits qu'ils appliquent à leur nationaux** même liberté, parfois les mêmes droits sociaux et relativement fréquemment le droit de vote.

**Dernière remarque sur ce critère objectif**: ce sont des **critères juridiques mais pour autant cela n'empêche pas qu'ils sont parfois accompagnés de critères politiques** *par exemple la Palestine a un état reconnu appelé Israël mais avant c'était une colonie britannique il y a donc deux populations la population israélienne et la population d'origine. En 1993 ces territoires vont acquérir un statut d'autonomie et il va y avoir la mise en place d'une autorité palestinienne qui va récupérer une partie de la souveraineté sur le territoire de Gaza, en 2003 sous l'égide de 4 puissances internationales la Russie, les États-Unis, l'ONU et l'Union Européenne on met en place un plan qui consiste à dire ce territoire palestinien a vocation de devenir un état indépendant et les choses n'ont pas évolué juridiquement depuis aujourd'hui. Bien que remplissant les trois critères plus ou moins la Palestine n'est pas un état car le gouvernement palestinien n'est pas pleinement souverain sur son territoire il est encore sous la force des israéliens. Les Palestiniens en 2011 ont demandé à intégrer l'organisation des Nations Unis, ça leur a été refusé par les États-Unis et la France en revanche l'assemblée générale des Nations Unis a accepté de leur donner le statut d'état associé et on voit bien ici combien la qualification d'état n'est pas que juridique, elle est ici clairement dominée par la politique.*

Il existe également un **élément subjectif** qui est l'**idée de nation**

## **B) Les éléments subjectifs de l'état**

On va dire que **pour qu'il y ait état il faut que les trois éléments objectifs** territoire gouvernement population **soient en quelque sorte unis par un sentiment national** c'est à dire qu'il faut que la population ne soit pas que la simple addition des personnes qui vivent sur le territoire mais **il faut que la population ait le sentiment de former une communauté spécifique** que l'on va appelé **la nation** (=sentiment d'appartenance à un groupe spécifique). Le **lien national** est un **facteur identitaire et difficile à mesurer**. Dans la **science politique** on sait interrogé sur la notion de nation **qu'est-ce qui peut être à l'origine de ce lien identitaire** et à cette question là on a **deux grandes réponses**:

1) La **conception objective de la nation** généralement baptisée la **conception allemande**

2) La **conception subjective de la nation** qui trouve son origine en **France**

Ces **deux visions naissent aux XIX<sup>e</sup> siècle** le concept de nation est un **concept plutôt récent dans la pensée politique**. L'opposition entre la conception française et la conception allemande n'est pas qu'une opposition intellectuelle c'est aussi une opposition géopolitique => ce n'est pas neutre.

1. La **conception objective de la nation** a été identifié par un auteur **Fichte** qui va écrire en **1807** un ouvrage appelé **Discours sur la nation allemande**. La théorie de Fichte consiste à dire que **le sentiment d'appartenance à une nation est la résultante de critères objectifs: appartiennent à la même nation** des gens qui ont clairement un certain nombre de **points communs identifiables**. Par exemple pour Fichte il y a **trois éléments constitutifs** la **langue** élément d'unification de la nation, la **culture** et les **traditions** et enfin **l'histoire**. D'autres points communs viennent s'ajouter ensuite tels que la **religion**, **l'espace territorial commun** et **d'autres viendront même ajouter des critères de «races»**. Cette définition intellectuellement a un avantage et un inconvénient: **l'avantage** c'est qu'elle est **incontestable**, elle est **objective** et **correspond à une certaine forme de réalité**, la **grande force de cette théorie** c'est **qu'elle repose sur une évidence objective**. Le problème, la **lacune** de cet identité c'est qu'au fond **on y peut pas grand chose**, c'est une **sorte de devoir vivre ensemble** et surtout c'est **fermé** sans ces critères on ne peut pas rentrer dans la nation.
2. La **conception française** incarnée par **Ernest Renan**. En **1882** Renan va prononcer un discours au collège de France « **Qu'est-ce qu'une nation** ». Pour Renan c'est **l'exact opposé de la conception allemande**, c'est une **conception subjective: la nation c'est une question de volonté**. Appartiennent à la nation française ceux qui désirent y appartenir et plus exactement cela veut dire **se reconnaître dans l'héritage des valeurs de la nation française** mais aussi **vouloir transmettre ces valeurs dans l'avenir**, faire en sorte de les perpétuer



pour le futur. Pour Renan, la nation est donc quelque chose de totalement subjectif. Cette conception présente elle aussi des **avantages** et des **inconvenients**: la **nation française est ouverte** là ou on pouvait considérer que la nation allemande était fermée **en revanche la nation française reste clairement évanescence** là où la nation allemande reste clairement objective.

### **Plusieurs remarques:**

*Première:* ces deux théories sont très importantes en droit constitutionnel, **selon que l'on adhère à l'une ou à l'autre de ces théories le mode d'organisation de l'état est extrêmement différent**. Ces théories vont avoir des conséquences fondamentales sur l'organisation de la constitution.

*Seconde:* ces deux théories pourraient parfaitement être identifier comme étant l'une et l'autre soit hypocrite soit très dangereuse. La **théorie allemande poussée à son extrême va déboucher sur des critères raciaux et sur le nazisme** puisque les nazies au fond n'ont fait qu'aller un peu plus loin dans cette théorie allemande => **cette théorie peut être extrêmement dangereuse**. La **théorie française est moins dangereuse mais sacrément hypocrite** parce qu'elle est **annoncée au moment ou la France est la deuxième puissance coloniale du monde en 1882 et où 70% des gens qui vivent sous la souveraineté française sont privés de droit sur critères raciaux et économiques**. Les populations autochtones n'ont par exemple aucune protection social, sont soumises à des châtiments corporels etc. => c'est donc extrêmement hypocrite d'affirmer que seule la volonté compte pour être français.

Mais ces deux théories pour les comprendre sont aussi **deux théories géopolitiques**. Pourquoi ? Car **si on prend l'Allemagne début du XIX<sup>e</sup> siècle (1807) la situation de l'Allemagne est des états allemands séparés et des populations allemandes qui vivent une grande partie sur des territoires étrangers, il n'y a pas d'Allemagne en terme d'état**. Quand Fichte énonce sa théorie il veut **en réalité réunir les populations juridiquement séparées car objectivement elles sont toutes liées**, il s'agit donc de détruire les frontières existantes pour arriver à la réunification allemande = **intérêt géopolitique très fort = faire un grand état allemand et la légitimité de cet état c'est l'unité**. Du côté français: la France de l'intérieur n'a pas de problème de frontières il n'y a pas de français qui vivent à l'extérieur cependant **ce qui caractérise la France de l'intérieur c'est qu'on y parle pas français**, on est encore sur des **populations régionales, le sentiment d'appartenance à la France est relativement faible**. La **théorie de Renan cherche à franciser les français vivant sur le territoire français, il veut donner une identité commune à un peuple qui n'a pas vraiment d'identité commune, d'histoire commune**. L'instrument de la fabrication d'une identité nouvelle va *par exemple* passé par la création d'école publique. => **ce ne sont donc pas des théories qui sont neutres**.

Cette géopolitique très spécifique du XIX<sup>e</sup> siècle dépassée aujourd'hui pour les deux états dont il est question a quand même **aujourd'hui un prolongement constitutionnel extrêmement important** et qui va être incarnée par la **question des minorités nationales**. Aujourd'hui si on part du concept de nation on peut avoir **trois**

## situations:

**Première situation:** «l'état/nation» = un état est le cadre exclusif d'une nation, la nation et l'état ne font qu'un. => situation idéale

**Deuxième situation:** «l'état/plurinational» = un état composé de plusieurs nations, cohabitation sur le territoire entre une nation A, une nation B, une nation C et une nation D par exemple.

**Troisième situation:** «nation/pluri-étatique» soulève de grandes difficultés car consiste à avoir une nation sur plusieurs états.

Il y a très peu d'exemple de la première situation, il y a énormément d'exemple de la deuxième situation et pour la dernière situation il y en a également.

**Toutes ces questions sont juridiquement fondamentalement importantes.** Peut-être qu'aujourd'hui les questions les plus importantes en droit constitutionnel en Europe touchent à ces questions là: la **première question** qu'on va se poser notamment **dans le cadre des états plurinationaux** c'est **comment l'état va reconnaître le pluralisme national, comment va-t-on donner des droits spécifiques à ces nations?** Dans les démocraties européennes il y a des réponses très différentes ; la **deuxième question** est **le droit à la création d'une nation est-ce qu'une nation qui ne se reconnaît dans aucun état peut devenir un état indépendant (ce serait la logique)?** La question n'est pas politique, mais juridique et les constitutions modernes sont entrain de s'adapter à cette question.

*Deux exemples de deux constitutions européennes* vont organiser un référendum d'auto-détermination d'abord la France en 2014 pour la Nouvelle Calédonie et ensuite la Grande Bretagne en 2014 pour l'Écosse => deux régions qui reconnaissent à leur nation constitutives le droit faire sécession.

Cette **question de la nation** soulève une autre **problématique juridique** très importante c'est la **question du rapport entre le droit et la réalité = comment le droit constitutionnel et jusqu'où peut-il s'opposer à une réalité sociologique et comment peut-il accompagner une réalité sociologique?** La réalité sociologique c'est que les écossais ont une aspiration à l'indépendance par exemple.

03.10.13

## Deux exemples:

1) La **Hongrie** organisée sur la base d'une constitution révisée en 1991 et qui a fait l'objet récemment d'autres révisions constitutionnelles. Ce qui caractérise la Hongrie d'un **point de vue géographique** c'est qu'il y a **sur le territoire de la Hongrie de très nombreuses minorités nationales** qui ne sont pas hongroises et il y a en **dehors de la Hongrie un très grand nombre de citoyens culturellement hongrois mais qui ont la nationalité des pays dans lesquels ils habitent notamment en Slovaquie et Roumanie** il y a à peu près 30% des hongrois qui vivent en dehors des frontières de la Hongrie c'est principalement la conséquence de l'évolution du tracé

des frontières. => la **Hongrie** est donc **tout à la fois un état plurinational** et également une **nation pluri-étatique**. **Comment le droit constitutionnel hongrois a pu tenter de prendre en compte cette situation?** Elle la fait sur la base de la **définition allemande** de la nation et elle a pris **deux séries de mesures**:

- Première mesure: les **minorités vivant en Hongrie se voient toutes reconnaître des droits particuliers** comme le droit de pratiquer leur langue et de recevoir un enseignement dans leur langue, pouvoir s'exprimer dans leur langue et plus globalement **ces minorités se voient reconnaître des droits collectifs** c'est à dire que non seulement les citoyens hongrois ont des droits individuels mais les minorités nationales (les roms par exemple) ont des droits attachés à leur groupe. => **les minorités non hongroise vivant en Hongrie se voient reconnaître des droits spécifiques très important**, la **constitution hongroise va organiser la cohabitation des nations par le biais des droits spécifiques** cela ne concerne que les citoyens qui ont tous la carte d'identité hongroise simplement ils sont **à la fois citoyen de la Hongrie et membre d'une minorité nationale**.
- Deuxième mesure: à destination des **hongrois de l'étranger qui culturellement sont hongrois** (parle hongrois etc) le droit hongrois prévoit que **ces citoyens extérieurs tout en restant slovaque ou roumain par exemple peuvent acquérir une citoyenneté culturelle hongroise qui leur donne des droits spécifiques accordés par l'état hongrois** *par exemple* ils vont pouvoir voter en Hongrie, travailler en Hongrie, aller à l'école en Hongrie => ce système hongrois est appelé le système de **l'état parent** car la Hongrie se comporte comme le **parent culturel des citoyens extérieurs qui ont la culture hongroise**. L'exemple hongrois est un des exemples le plus poussé de protection des minorités nationales.

2) Un **état/nation** un état par lequel juridiquement il n'y a qu'**une seule nation** et qui va être organisé autour de cette idée d'**unicité nationale**. **L'exemple de la France** très caractéristique car la **constitution française** dans ses articles 1 et 2 est basée sur le **principe d'indivisibilité** c'est à dire qu'il n'existe en France qu'une seule nation c'est la nation française et donc la **souveraineté n'appartient qu'à la nation française** (exact opposé de la Hongrie). La conséquence constitutionnel c'est de dire que par exemple qu'**il n'y a en France juridiquement qu'un seul peuple le peuple français** et en **1991** quand on a voté une **loi sur le statut de la Corse** il y avait dans la loi la mention qu'il existait un **peuple Corse à l'intérieur du peuple français** le **conseil constitutionnel a estimé que la mention du peuple Corse était contraire au principe d'indivisibilité de la République**. C'est une conséquence direct du principe de l'état nation. *Autre exemple d'application de ce principe*: en **1999** la **France signe un traité internationale** qui a été négocié parmi tous les états membres du **conseil de l'Europe** ce traité est la **Convention Européenne des Langues Régionales et Minoritaires**, la France signe le traité. **Ce texte prévoit notamment deux principes**: le premier la **possibilité d'utiliser une langue minoritaire dans sa relation avec l'administration** et le deuxième le **fait que ces langues minoritaires soient représentées par des groupes de locuteurs (=**

personne qui dans l'état parle ou pratique la langue minoritaire). Ce **traité** a été **contrôlé par le conseil constitutionnel** et le conseil constitutionnel a estimé que cette **convention était en désaccord avec la constitution** et notamment qu'elle **violait le principe d'indivisibilité** posé à l'article 1 de la constitution et au fond on devait déduire de cet article que **puisque'il n'y avait qu'un seul peuple il n'y avait qu'une seule langue** => impossible d'accorder des droits particuliers à des langues minoritaires.

*Deux remarques: première remarque* **la conception française est très peu répandue en Europe et même dans le monde** il y a très peu d'état qui considère qu'il n'y a qu'une seule nation; *seconde remarque* **le système français est bien obligé de tenir compte d'un certain nombre de réalité** notamment vis à vis de son histoire coloniale, la France se décompose en 2 **France métropolitaine** et d'autre part **territoire et département d'Outre Mer**. Pour les territoires d'Outre Mer **le principe d'indivisibilité va s'appliquer mais il est reconnu globalement le droit au particularité et le droit de pouvoir se détacher de la République** (art 53 de la constitution qui prévoit la possibilité d'une séparation pour l'Outre Mer d'une partie du territoire en 2014 référendum sur la Nouvelle Calédonie). **Dans la réalité le principe d'indivisibilité s'applique surtout sur la métropole**. La question qui se pose depuis cette semaine c'est qu'il y a **des territoires métropolitains qui commencent à revendiquer un statut juridique comparable au statut juridique des peuples d'Outre Mer** = la Corse notamment est une **collectivité territoriale française** et la Corse a donc une assemblée délibérante un conseil régional, ce **conseil régional vient de voter (le 28 septembre 2013) une notion revendiquant une révision de la constitution française et demandant l'introduction dans la constitution française d'un article spécifique donnant des droits particuliers à la Corse** notamment qui ouvrirait la porte à la **co-officialité linguistique** (français et corse) et d'autre part le fait pour **l'assemblée territoriale corse d'adopter des lois** => *deux remarques:* la première **il ne s'agit aujourd'hui que d'une demande** rien ne permet de penser que le parlement français accordera cette demande même si le président de l'assemblée nationale française a trouvé que le projet était intéressant en revanche seconde remarque **il faut remarquer que le vote de cette notion a été obtenu à la quasi unanimité des élus corses** dont les élus nationalistes, socialistes, UMP et communistes ce qu'il faut noter c'est qu'on a un consensus politique très important.

## 2) L'approche conceptuelle de l'état

Qu'est-ce que c'est ? C'est tout simplement dire que **l'état n'est pas seulement définissable par sa structure**, par ses éléments qui le compose mais il **peut se définir également comme un concept autonome** et la définition de ce concept va avoir des **conséquences très importantes dans la droit constitutionnel**.

Ce concept abstrait s'inscrit dans **deux mécanismes**:

- 1) **l'état c'est le pouvoir qui s'institutionnalise**
- 2) **la constitution est le texte qui va caractériser l'institution**

**L'état est un concept clé du droit constitutionnel car il va donner au pouvoir une structure, une institution.** Il va y avoir **deux approches** à ce phénomène d'institutionnalisation et de création de l'état:

- 1) **Approche politique**: dans la pensée politique on va voir arriver des théories qui vont émettre sur le phénomène de l'état des jugements de valeur, il y a des **théories qui vont considérer l'état comme devant être très important et d'autre au contraire peu importante**. La question clé c'est **quelle relation l'état entretient avec les individus qui composent la population, quelles sont les libertés accordées aux individus contre l'état ou quelles sont les libertés que l'état n'a pas le droit de remettre en cause?** On va distinguer ici les **états libéraux** qui considèrent que **l'état est un mal nécessaire**, on a besoin de l'état mais il est dangereux pour les libertés et il faut donc **réduire le rôle de l'état** à la fois en le limitant en un tout petit nombre d'activité, de fonction et en limitant le rôle de l'état à l'intérieur de ses fonctions en disant que même dans les fonctions qui lui appartiennent **l'état ne peut pas tout faire, les citoyens ont notamment des droits individuels qu'il convient de protéger et que l'état n'a pas le droit de remettre en cause**. C'est notamment toute la **définition des droits de l'homme** et notamment la définition posée par **la DDHC de 1789**. Donc première vision de l'état vision libérale l'état doit exister mais doit être limitée. Évidemment **si on applique cette conception de l'état on va avoir des conséquences constitutionnelles spécifiques les constitutions des états libéraux ne sont pas les mêmes que les autres états**. De l'autre côté on a une **autre conception** qui est la conception dite de **l'état totalitaire ou état total**: dans un état totalitaire l'état a **tout les droits et peut intervenir dans tous les domaines de la vie publique ou privée il n'y a aucune action qui échappe à l'état et il n'y a aucune limite au pouvoir de l'état** *exemple* du Reich et de l'union soviétique. L'état en tant qu'institution va être politiquement interprété, il n'y a **pas de vision neutre** de l'état toujours vu au vue d'un **prisme idéologique**, ces approches idéologiques vont avoir de très profondes conséquences sur les constitutions.

*Dernière remarque*: théoriquement les deux modèles libéral d'un côté et totalitaire de l'autre peuvent très bien être fondés sur la démocratie.

- 2) **Approche juridique de l'état**: consiste à dire que **l'état peut être défini juridiquement**, on va définir l'état comme une **personne morale de droit public souveraine et territoriale**.
  - **Idée que l'état est une personne morale**: juridiquement l'état a une **personnalité distincte des acteurs individuels, des titulaires du pouvoir** => il y a un état français il y a un président de la république c'est deux personnes juridiques

différentes. **Comme l'état est une personne morale elle a des droits, des propriétés, une existence.** La personnalité morale de l'état c'est la **reconnaissance que l'institution étatique a une existence juridique autonome.**

- L'état est une personne morale de droit public: veut dire que les **règles juridiques qui vont s'appliquer à cette personne morale sont des règles de droit public qui se caractérise par le déséquilibre** (règle de droit privée se caractérise par l'égalité des personnes / droit public la relation est déséquilibrée une des deux personnes peut imposer sa volonté à l'autre). **Les règles qui touchent à l'état lui permette d'imposer sa volonté,** le fait qu'on soit en droit public vient consacrer le **monopole de l'état dans la contrainte.** *Remarque importante: le fait qu'il y ait un déséquilibre, qu'on soit dans le cadre de droit public ne veut pas dire que l'état peut faire tout ce qu'il veut, il a simplement le pouvoir de vous imposer un certain nombre de mesures mais pas de nous priver de nos droits, **ce n'est pas une dictature.***
- Personnalité morale de droit public souveraine: le **concept de souveraineté signifie que le droit va reconnaître le pouvoir à l'état,** la souveraineté c'est le pouvoir simplement la **souveraineté est un pouvoir particulier** on considère que la souveraineté est un pouvoir qui **se caractérise par deux éléments** le premier c'est un **pouvoir originaire** deuxième élément c'est un **pouvoir suprême.** Cela veut dire qu'il n'y a aucun pouvoir qui soit supérieur à la souveraineté de l'état, **la souveraineté existe sans même se poser la question des ses origines** il n'y a **aucun pouvoir antérieur ou supérieur à la souveraineté.**
- Personne morale de droit public souveraine et territorial: la **souveraineté s'exerce dans le cadre d'un territoire,** au delà de ce territoire c'est le lieu de la souveraineté d'un autre état donc **l'état n'existe que dans son territoire.**

=> à partir de cette définition il y a **deux concepts que l'on doit comprendre:**

**Le premier:** c'est le **concept de constitution,** qu'est-ce que la constitution sinon la **représentation écrite de l'état,** c'est le **texte constitutionnel qui va permettre à l'état d'exister en tant que personnalité morale de droit public souveraine et territorial,** la **constitution est un élément très important de l'institutionnalisation de l'état,** c'est un élément très important de la **transformation du pouvoir politique en l'institutionnalisation d'un état** ce qui explique *par exemple* qu'on commence à trouver des constitutions quand se constituent des états modernes, quand les états deviennent des institutions *par exemple* on estime que le **plus vieux texte constitutionnel écrit qui institutionnalise un état est un texte suédois qui date de 1634** et de ce point de vue là **la période clé des constitutions c'est le XVIII<sup>e</sup> siècle au moment de l'institutionnalisation des pouvoirs.** Dans la pensée politique et juridique la **constitution devient tellement importante au XX<sup>e</sup> siècle que l'on va voir arriver la théorie dite de l'état de droit,** théorie souvent très mal définie, posée par Kelsen. **Kelsen va dire que l'état est un ordre juridique c'est à dire la somme de l'ensemble des normes juridiques qui s'applique dans un état.** Kelsen

représente ces normes juridiques sous une forme pyramidal. Donc **pour Kelsen l'ordre juridique c'est la totalité de la pyramide et pour lui l'état se définit par le droit sans droit il n'y a pas d'état**, l'institution étatique se définit par les normes juridiques, ce sont les **normes juridiques qui vont donner à l'état son existence** = en quelque sorte **pour Kelsen l'état c'est le droit, les normes juridiques**.

07.10.13

## Section 2: les formes de l'état

Quand on parle des formes de l'état on va s'intéresser maintenant à **la forme organisationnelle de l'état**, comment l'état va **juridiquement structurer le territoire, quels vont être les modes d'organisations territoriales dans l'état**, sachant que **le choix des modes d'organisations territoriales n'est pas neutre** il est directement impacté par les **prises de positions idéologiques** et sur la **question des minorités**. C'est une approche technique.

- §1 Les différents types d'états

Il faut bien comprendre que **le droit constitutionnel de l'organisation des états peut être abordé autour de deux aspects**, selon deux perspectives:

- 1) La **présentation statique** c'est à dire qu'on va voir les **différentes possibilités sur l'organisation des états**
- 2) La **présentation plus dynamique** parce qu'on va se rendre compte que les **différentes solutions qui sont ouvertes par le droit constitutionnel se lisent aussi dans leur évolution** et très souvent **les solutions constitutionnelles sur l'organisation étatique procède d'une réaction par rapport à une situation sociale**. On adopte tel règle juridique parce que la société est organisée de telle ou telle manière. Mais **cette réaction peut très bien ne pas être suffisante et donc il faut régulièrement adapté la constitution à une situation sociale** d'où l'idée d'une perspective dynamique à l'organisation d'un état.

### A) La classification statique des formes de l'état

**Traditionnellement quand on parle des formes des états, le droit constitutionnel va distinguer deux catégories:** la première catégorie est **l'état unitaire** et la seconde catégorie est **l'état composé**. A partir de là, on va avoir à **l'intérieur de chaque catégorie des sous catégories**.

**Première catégorie:** on distingue **l'état unitaire centralisé** de **l'état unitaire décentralisé**

**Deuxième catégorie:** on distingue les **fédérations d'états** des **confédérations d'états**

=> ce cadre là est évidemment essentiel mais pour autant il est extrêmement simpliste, on va s'apercevoir notamment qu'**aujourd'hui ce qui est intéressant ce**

sont les formes intermédiaires.

### 1) L'état unitaire

→ **centralisé**

C'est un **état dans lequel il n'y a qu'un seul centre de souveraineté**, c'est un état dans lequel **l'ensemble du pouvoir est concentré dans le pouvoir central** et dans lequel les **pouvoirs régionaux et minoritaires sont extrêmement faibles**. Cet état unitaire centralisé, dans la pratique, **peut être organisé de deux manières**:

- Un **état centralisé-centralisé** il n'y a qu'un **seul lieu d'exercice du pouvoir**. Ce modèle là reste un modèle théorique car techniquement c'est quasi impossible, ça ne peut exister au fond que dans les tout petits états.
- Un **état qualifié de déconcentré** c'est un **état dans lequel tout le pouvoir appartient philosophiquement au gouvernement central** mais ce gouvernement central va nommer **dans les régions des représentants qui vont exercer l'autorité au nom du gouvernement central**. *Exemple concret*: cas de la France avant 1982, la France était un état centralisé déconcentré et l'institution caractéristique est le préfet qui représente l'état au sein des territoires et il avait le dernier mot et pouvait imposer sa volonté aux élus locaux.

=> **ce modèle là réserve très peu de place aux minorités**

→ **décentralisé**

Le système de la décentralisation consiste à dire que **le pouvoir appartient à l'état central il y a toujours un gouvernement, des représentants mais ce pouvoir central cohabite avec un pouvoir local qui lui est élu au suffrage universel**. Ce **pouvoir local dispose de compétence** qu'il peut exercer directement. Il y a une **sorte de partage du pouvoir sachant que la répartition des compétences est très inégalitaire** et que c'est la loi nationale qui va donner la liste des compétences locales et donc **l'étendue des compétences locales reste en quelque sorte contrôlée par le pouvoir central**. *Exemple*: la France après 1982, la décentralisation a été confirmée par une loi en 2003 et un troisième volet actuellement est entrain d'être étudié, voté par le parlement.

Il existe **deux formes de décentralisation**:

- La **décentralisation simple «à la française»** par laquelle les **pouvoirs locaux restent soumis à la loi** et n'ont **aucune autonomie** qui leur permettrait de déroger aux lois. C'est la **même loi pour toute la République**.
- Le système dit de **l'état autonome ou régional** c'est **juridiquement un état décentralisé mais l'étendue des compétences des entités régionales est considérablement plus importante que dans une décentralisation simple**. On peut parler au fond d'un **pouvoir normatif autonome** c'est à dire que pour faire simple **les régions peuvent adopter leur loi spécifique**, ici on a un quasi pouvoir législatif. *Deux exemples à connaître absolument*: **l'Espagne tout d'abord qui a créé depuis la fin du franquisme le système des communautés autonomes régionales avec des compétences considérables**



par exemple le choix du système d'éducation relève du choix des communautés autonomes régionales, le *second exemple* est **la Grande Bretagne qui a mis en place une politique de dévolution dans les années 1990 et donc on a des entités locales qui vont avoir de très grands pouvoirs** telles que l'Écosse, les Pays de Galle et l'Irlande du Nord. On a ici un **état qui reste unitaire la Grande Bretagne est le seul dépositaire de la souveraineté mais les entités locales vont avoir des pouvoirs extrêmement importants**. L'autonomie locale est un **mode de gouvernement de plus en plus apprécié**.

## 2) L'état composé

Le système de l'état composé est par certain coté plus technique, plus philosophiquement difficile à expliquer car **ici à priori on est dans un système de plusieurs états qui collaborent**, donc **plusieurs dépositaires de souverainetés** et le **système étatique repose sur une espèce de combinaison des souverainetés** on est est plus dans une souveraineté unique mais composée. Pour comprendre ce principe on va partir du système de la confédération.

### → **confédération**

On est dans un système où il y a **plusieurs états indépendants**, chacun des états **disposent de sa propre souveraineté** et **pour exercer en commun une partie des compétences souveraines ces états décident de créer des institutions communes** en conservant leur propres institutions pour gérer des compétences qu'ils ont décidé souverainement de mettre en commun. C'est pour cela qu'**on va parler ici de confédération**. (Il y a parfois des systèmes qui s'appellent confédération mais qui n'en sont pas). Souvent les institutions confédérales reposent sur **deux principes**: le premier généralement **il y a deux institutions différentes un conseil de gouvernement et une assemblée parlementaire**, le deuxième principe est **le plus important et détermine de façon radicale la confédération c'est le principe de la décision qui est l'unanimité**, quand on est membre d'une confédération on ne peut pas nous imposer une décision que l'on ne veut pas. **Chaque état membre conserve sa souveraineté, la confédération n'est pas en elle même souveraine elle est composée d'états souverains**.

### → **fédération**

Le système de la fédération est un **système exactement intermédiaire entre l'état régional et la confédération**. Intellectuellement intermédiaire car **l'état fédéral est un état qui est composé d'états**. **Des états disposant d'une certaine forme de souveraineté se mettent en commun, mettent en commun leur compétence et cette mise en commun de compétence aboutit à la création d'un nouvelle état**. Dans ce système là il y a un **partage assez équilibré des compétences entre l'état central et les états fédéraux**. Ici intellectuellement c'est sûrement la **forme la plus compliquée et la moins rigoureuse**. Le **problème** c'est que c'est certainement le **mode de gouvernement le plus répandue au monde**, il y a un très grand nombre d'états fédéraux, on trouve des états fédéraux dans tous les continents, tous les

systèmes politiques et aussi parmi les états les plus puissants du monde comme les USA, la Russie, l'Allemagne, le Brésil, l'Australie, etc. Donc c'est un **mode de gouvernement extrêmement important**.

## **B) L'approche dynamique des formes de l'état**

Cette classification correspond à une réalité, elle doit être non pas remise en cause mais en tout cas **complétée par une vision plus dynamique et cette vision plus dynamique repose sur trois idées**:

- 1) Aujourd'hui il faut bien comprendre que **ce système repose d'abord sur les formes intermédiaires** et on voit bien aujourd'hui qu'il n'y a **plus vraiment de différences fondamentales en terme de répartition du pouvoir entre les communautés autonomes régionales et les fédérations**. Du point de vue de la répartition des compétences au fond ce système que l'on vient de décrire est de plus en plus dépassé même si théoriquement et politiquement il reste important.
- 2) **Ce système est très fortement marqué par l'asymétrie constitutionnelle** c'est à dire qu'**un même état, un même pays peut se trouver placé à plusieurs endroits du système il peut être à la fois décentralisé de manière simple** *exemple de la France* les régions métropolitaines sont dans le cadre d'une décentralisation simple mais il existe certaines régions qui sont **plus autonomes** *par exemple la Polynésie française* a un statut d'autonomie qui lui donne **plus de pouvoir que toutes les régions métropolitaines**, on s'aperçoit aussi que la Nouvelle Calédonie est un territoire autonome donc **différent des régions métropolitaines mais dont l'autonomie est plus importante que les pouvoirs attribués à l'autorité polynésienne**. Il est aussi important dans le cadre régional certaines régions pouvant avoir des compétences plus importantes que d'autres *par exemple en Espagne* les quatre communautés autonomes Navarre, Galice, Basque et Catalogne disposent de compétences linguistiques que n'ont pas les autres communautés, et *dernière exemple en Grande Bretagne* l'autonomie de l'Écosse est plus importante que le pouvoir du Pays de Galle on a là encore un système d'asymétrie. **Il y a aussi des états fédéraux égalitaires où tout le monde a la même importance**, il y a des systèmes fédéraux asymétriques dans lesquels certains états ont plus de compétences comme la Russie par exemple. Donc on voit bien que **le phénomène de l'asymétrie est un des phénomènes les plus importants: pourquoi a-t-on mis en place des systèmes asymétriques alors qu'ils sont très compliqués?** C'est justement la **nécessité pour le droit constitutionnel de coller au mieux à la réalité sociale des territoires**, au fond tous les territoires composant un état n'ont pas le même degré de revendication, d'identité ou de spécificité. **Si on veut coller à la réalité sociale on doit faire une sorte de décentralisation à la carte ou de fédération à la carte et donner des pouvoirs adaptés**. Le problème c'est que **cette adaptation (élément profondément démocratique) soulève techniquement deux grandes difficultés**: une première difficulté c'est que le **système de droit va être**

**extrêmement complexe** et on risque parfois d'avoir des **situations délicates à régler** et politiquement cette **volonté d'adaptation peut tout à fait déboucher sur des aspirations à la dépendance ou de sécession, plus on va donner d'autonomie à un territoire plus il va pouvoir d'auto-gouverner plus il va pouvoir se séparer de l'état central.**

3) Ce système ne doit pas être lu de façon statique c'est à dire que **ce système s'intègre dans deux dynamiques possibles:**

- **La dynamique dite de l'agrégation, il existe des situations dans lesquelles les territoires se rapprochent de plus en plus (logique agrégative) et donc chaque stade est un stade intermédiaire qui mène les états vers de plus en plus d'union.** Le modèle type ce sont de petits territoires qui se regroupent qui **passent de la confédération à la fédération jusqu'à l'intégration.** *Par exemple les États-Unis* composés historiquement par les colonies britanniques et qui se regroupent de manière à aller dans une confédération. **Évidemment il existe parallèlement à cette logique une logique inverse de désagrégation un territoire juridiquement unitaire et centralisé qui a de plus en plus de mal à faire cohabiter ses peuples et pour éviter que l'état se coupe en morceaux on va tenter l'aventure de la décentralisation voire de la fédération.** *Exemple de fédéralisme par désagrégation* la Russie, la Belgique le **fédéralisme en Belgique étant aujourd'hui la dernière tentative pour la cohabitation.** Cette dernière notion est très importante. Cela pose la question sur l'Union Européenne, pourquoi? Parce que l'Union Européenne est **une confédération, des états souverains décident de mettre en commun des compétences économiques à travers plusieurs traités. Sauf que l'Union Européenne évolue vers de plus en plus de compétences, des institutions de plus en plus structurées et la question qui se pose c'est est-ce que l'Union Européenne n'est pas passée dans un système fédéral?** Question fondamentale car si nous sommes passés dans un système fédéral les états ne sont plus indépendants, ils deviennent des régions et c'est là la logique de l'Union Européenne.

- **§2 L'état fédéral**

Forme extrêmement sophistiquée d'organisation politique. Pour comprendre ce qu'est le fédéralisme il faut aborder la question à **deux niveaux:**

- 1) **D'un point de vue théorique le système de l'état fédéral repose sur trois principes:** le principe d'**autonomie**, le principe de **participation** et le principe dit de **superposition**.
  - **Premier principe:** le principe d'autonomie c'est que **dans un état fédéral le pouvoir est partagé entre deux entités l'état fédéral et les états fédérés** *par exemple* en Allemagne l'état fédéral est la RFA et les Landers vont constituer les régions allemandes, aux États-Unis c'est l'USA et les différents états. **Les entités fédérées disposent du principe d'autonomie c'est à dire du principe qu'elles ont des compétences clairement délimitées et qui ne peuvent pas être remis en cause par l'état fédéral** pour faire en sorte qu'elles ne puissent pas être remises en cause c'est **la constitution fédérale qui fait la répartition des compétences.** Généralement **dans les constitutions fédérales il y a un**

**article qui énumère les compétences de l'état fédéral (=central) et toutes les autres compétences relèvent des états fédérés. Il y a une séparation extrêmement claire entre les compétences de l'état fédéral et celles des états fédérés.**

- **Second principe:** le principe de participation c'est là que relève la **plus grande spécificité de l'état fédéral. Les états fédérés non seulement disposent d'une compétence autonome mais ils doivent absolument être associés à la prise de décision dans l'état fédéral**, ils sont représentés en tant que tel au sein de l'état fédéral notamment au sein du parlement et **certaines décisions fédérales ne peuvent pas être prises sans l'accord des deux tiers des états fédérés** car le but est de **ne pas imposer aux états fédérés des choses qu'ils ne veulent pas**. C'est cette participation qui caractérise l'état fédéral.
- **Troisième principe:** le principe de superposition c'est à dire que **quand on est un citoyen vivant dans un état fédéral on va en quelque sorte avoir deux citoyennetés en même temps** *par exemple* un allemand est citoyen allemand et citoyen de Bavière et donc à ce titre il sera soumis à deux systèmes juridiques différents coordonnés il lui faudra obéir aux lois fédérales dans certains domaines, aux lois locales dans d'autres domaines il aura la **superposition d'au moins deux entités juridiques**. C'est très compliqué.

15.10.13

- **La structure constitutionnelle de l'État fédéral**

Ce mode d'organisation de l'État va donc nécessairement avoir une structure constitutionnelle particulière. **L'objet de cette structure constitutionnelle c'est de permettre la réalisation des trois principes évoqués plus tôt c'est-à-dire permettre la représentation d'un État fédéral tout en assurant la participation effective des entités fédérés.** *Rappel du principe de l'État fédéral :* un seul État lui-même composé d'entités fédérés = **assurer à la fois le pouvoir de l'État fédéral tout en réservant des pouvoirs aux États fédérés**. Concrètement si on regarde le **pouvoir exécutif** c'est-à-dire le **gouvernement** et le **chef de l'État** on s'aperçoit que dans un **État fédéral classique la structure du pouvoir exécutif va à priori reproduire le fédéralisme**. Généralement on a dans les États fédéraux un **chef de l'État dit collégial** c'est-à-dire que le **pouvoir exécutif n'es pas confié à une seule personne mais à une institution composée de plusieurs personnes** généralement on appelle ça un **conseil fédéral** et généralement il y a **dans ce conseil un représentant par États fédérés**. Et normalement **si on applique jusqu'au bout la logique de l'État fédéral, ce conseil fédéral sera présidé par une présidence tournante** ce qui veut dire que tous les ans le conseil va être présidé par un des représentants c'est *par exemple* le modèle de la Suisse, de la Yougoslavie avant 1991 composé de six entités fédérales. Il y a un chef d'État collégial qui représente l'ensemble des entités fédérés. **Tous les États fédéraux dans le monde n'ont pas automatiquement cet exécutif, il y a des États fédéraux « imparfaits » dans lesquels on a un exécutif personnel, unique** c'est le cas des États-Unis d'Amérique, de la République fédérale allemande. La logique voudrait qu'un État fédéral est ce type de pouvoir exécutif collégial mais ce n'est pas toujours le cas. En revanche, **concernant le pouvoir législatif, tous les**

**États fédéraux dans le monde vont avoir un parlement spécial, de type fédéral, il présente un certain nombre de caractéristiques :**

- **Un parlement bicaméral c'est-à-dire composé de deux chambres distinctes. Il y a une chambre qui représente l'union des États c'est-à-dire l'État fédéral, l'unité de la population et une deuxième chambre va représenter les États fédérés c'est-à-dire les différents États fédérés qui composent l'État fédéral. Ce qui suppose que chacune des deux chambres va connaître un mode de désignation différent. Le parlement fédéral va généralement être représenté sur une base démographique c'est-à-dire que *par exemple* on va prendre un élu pour dix mille habitants imaginons un État fédéral composé de trois États fédérés A, B et C : dans le A on a dix mille habitants, dans le B également et dans le C cinquante mille habitants pour le A on aura donc un élu, pour le B un élu et pour le C cinq élus. De l'autre côté la deuxième chambre doit représenter les États fédérés, chaque entités fédérés aura exactement le même nombre de représentants *par exemple* dans le parlement américain on a un sénat qui va envoyer deux représentants par États quelque soit la taille de l'État. Le principe du fédéralisme c'est non seulement d'avoir deux représentations mais aussi que chacune des chambres est exactement le même pouvoir. Il faut pour qu'une loi passe qu'elle soit soutenu à la fois par la majorité de la population et par la majorité des États qui compose l'État fédéral. C'est une grande particularité de l'État fédéral. C'est pour ça qu'on dit que le fédéralisme est un état composé d'États.**

**=> Dans tous les États fédéraux il doit obligatoirement y avoir ce système là.**

- **L'existence d'une Cour suprême ou d'une Cour Constitutionnelle dont la mission est de contrôler le respect de la répartition des compétences inscrit dans la Constitution. La Constitution fait un partage des pouvoirs, on met en place une juridiction qui va s'assurer de faire respecter ce partage. Il faut qu'il y ait une structure neutre chargée de faire respecter la répartition des compétences.**

*Remarques:*

Le **fédéralisme** au fond c'est une **question d'équilibre**, il faut arriver **juridiquement à équilibrer le pouvoir de l'État central avec le pouvoir des États fédérés**. Toute la Constitution de l'État fédéral n'est faite que pour préserver cette équilibre entre les entités fédérés et l'État fédéral.

**Aujourd'hui le fédéralisme se trouve placé dans une posture particulière** car d'une part c'est un **mode de gestion des États qui est extrêmement développé de par le monde**, il y a énormément d'États fédéraux et d'autre part c'est un **mode de gestion des territoires qui est appelé à se développer encore plus** au moins pour **deux raisons** : la première c'est qu'il est peut être une **solution à des problèmes spécifique de séparatisme régionaux** *par exemple* si l'Écosse ne devient pas indépendante il est possible que la Grande-Bretagne aille vers un système fédéral, la **seconde raison** c'est que **l'UE est basée sur la logique de l'État fédéral**, on est aujourd'hui dans l'UE dans une **situation quasi-fédéral** les **gouvernements ne le reconnaissent pas mais on est bien dans cette logique**. Cette **idée de fédéralisme**

**peut être une solution à la fois pour préserver leur unité, leur indépendance et pour la gestion du continent européen.**

D'un autre côté les **États fédéraux aujourd'hui quand ils existent officiellement sont de moins en moins fédéraux.** Ça veut dire au fond qu'**aujourd'hui dans les États fédéraux même si les États fédérés gardent un très grand pouvoir** (sa propre constitution, son hymne, etc.) **le pouvoir central notamment sur des questions économiques à tendance à devenir de plus en plus important logiquement.** Il y a une logique de l'organisation des pouvoirs qui aujourd'hui fait que c'est l'exécutif fédéral qui a de plus en plus de pouvoir *par exemple* la chancelière allemande à aujourd'hui un pouvoir considérable. Cependant **pour comprendre le sens du fédéralisme,** il suffit d'observer la **situation actuelle des États-Unis** aujourd'hui l'**État américain est bloqué,** le budget n'est pas voté car le président américain n'a pas été capable de trouver un accord avec le parlement américain ce qui montre bien au fond le **paradoxe du fédéralisme** le **président américain est sûrement le chef d'État le plus puissant au monde à l'extérieur il n'empêche qu'à l'intérieur les États fédérés par le biais de leur représentants sont capables de le bloquer.**

## **Chapitre 2 : La limitation du pouvoir juridique dans l'État**

Nous sommes en train de réfléchir sur le **rôle que joue la Constitution par rapport à l'État** et nous avons vu au fond que la **Constitution dans un État peut d'abord définir le cadre territorial mais également les limites juridiques du pouvoir.** C'est une fonction très importante du droit constitutionnel que d'imposer une limitation juridique du pouvoir. **Avec la Constitution le pouvoir politique ne peut pas tout faire,** il va être obligé de respecter un certain nombre de règles. On va donc s'intéresser à la **capacité juridique de la Constitution de limiter le pouvoir politique.**

Pour bien comprendre cette fonction de limitation du pouvoir il faut savoir que le **droit constitutionnel organise cette limitation autour de deux idées :**

- 1) Cette fonction de limitation repose sur un certain nombre de **fondements juridiques.**
  - 2) Cette fonction de limitation s'exerce au moyen d'**instruments constitutionnels** c'est-à-dire au moyen de **procédures qui vont venir limiter le pouvoir.**
1. **Le fondement repose sur une idée simple :** la **Constitution** a un **statut juridique spécifique** qui va en faire une **loi spéciale, la norme la plus élevée dans l'État.** Pour que l'État soit limité par la Constitution il faut qu'elle est ce statut juridique spéciale.
  2. Il y a dans la constitution **deux séries d'instruments dont l'objet est de limiter le pouvoir de l'État :** le premier instrument est le **contrôle de constitutionnalité** et le deuxième instrument est ce qu'on va appeler la **notion de droits fondamentaux** (= série de droits reconnus aux personnes

individuelles que l'État n'a pas le droit de violer).

Il est indispensable pour comprendre cette **fonction de limitation** de comprendre qu'elle **s'exerce sur la base d'un fondement et sur la base de cette suprématie on met en place des instruments qui vont permettre de pouvoir limiter le pouvoir**. Il faut comprendre l'extrême interaction entre tous les éléments car sans statut juridique pas de norme suprême et ainsi de suite. Tout est rattaché à la même logique.

## **Section 1 : Les fondements de la limitation : le statut spécifique de la Constitution**

Pour que la Constitution puisse limiter le pouvoir il faut que les **titulaires du pouvoir ne puissent pas systématiquement changer le contenu de la Constitution**. C'est la règle de base, la **Constitution doit être difficilement changeable**, il faut une certaine forme de « **rigidité constitutionnelle** ». Il faut donc qu'il y ait des **règles spécifiques qui touchent à la fois son adoption et sa révision**. Le principe c'est qu'on ne peut pas adopter/modifier une constitution avec les mêmes règles que celle que l'on va prendre pour adopter/modifier une loi. **Les règles concernant la Constitution doivent être plus contraignantes**. A partir de ce schéma, de cette nécessité **le droit constitutionnel va donc établir des règles particulières pour l'adoption de la révision des Constitutions**.

- **§1 Les règles d'établissement des Constitutions**

*Comment adopte-t-on une Constitution ?*

Pour comprendre la notion d'adoption d'une Constitution il faut comprendre qu'en **droit constitutionnel la question de l'adoption de Constitution est à la fois une question théorique et une question pratique** et évidemment ces deux aspects sont extrêmement liés.

### **A) L'approche théorique de l'adoption de la Constitution**

Dans la théorie constitutionnelle, le **fait d'adopter une Constitution se rattache à un pouvoir spécifique qui est appelé le pouvoir constituant**. Ce concept de pouvoir constituant présente **deux caractéristiques** :

- 1) C'est un **pouvoir** qui est **consubstantiel à la notion de souveraineté**. La **souveraineté** c'est un **pouvoir de droit originaire et suprême**. Si c'est par la souveraineté que se crée l'État la **souveraineté s'exprime par l'adoption d'une Constitution**. C'est donc une **notion fondatrice du droit constitutionnel**.
- 2) Le **concept de pouvoir constituant se subdivise en deux éléments** nous allons distinguer d'une part le **pouvoir constituant originaire** et nous allons le distinguer d'autre part du **pouvoir constituant dérivé**. C'est une distinction importante : le **pouvoir constituant originaire est le pouvoir qui consiste à permettre l'adoption de la Constitution**, le **pouvoir constituant dérivé est le**

**pouvoir qui consiste à permettre de réviser la Constitution.**

Donc on va s'intéresser d'abord au **concept de pouvoir originaire** : le pouvoir originaire c'est le **pouvoir de créer une nouvelle Constitution**. En droit constitutionnel, le pouvoir constituant originaire ne connaît **aucune limite juridique**, dans une Constitution il fait ce qu'il veut. Ce qui n'est pas le cas pour le pouvoir dérivé limité par les dispositions de la Constitution.

**Le pouvoir constituant originaire est un pouvoir exceptionnel dans sa mise en place**, on ne fabrique pas une nouvelle Constitution totalement et tout le temps. Au vue de l'histoire constitutionnelle il y a **quatre situations où s'exercent traditionnellement le pouvoir constituant originaire** :

- 1) La situation de **création d'un État par le biais de la décolonisation ou plus globalement par le biais de séparation des États**. On va créer un nouvel État par séparation d'un seul État. Cette situation va donc entraîner la **création d'un nouvel État et donc l'adoption d'une nouvelle Constitution d'autant plus originaire que c'est la première Constitution du nouvel État**. Dans cette situation là l'adoption d'une **nouvelle Constitution n'est en théorie soumise à aucune limite puisque l'État apparaît en même temps que la Constitution**. Dans ce genre de situation, il y a quand même **deux facteurs politiques qui peuvent parfois venir limiter l'autonomie du pouvoir originaire**, qui viennent faire au fond que ceux qui rédigent la nouvelle Constitution ne soient pas complètement libre. **Premier cas** : il y a parfois pour ces nouveaux États le **besoin d'avoir un soutien international politique, économique, militaire c'est vital pour un nouveau pays** et souvent ce soutien international peut s'accompagner de **mesures dites de conditionnalités** = si vous ne respectez pas un certain nombre de points nous ne vous aiderons pas, nous ne vous soutiendrons pas. Juridiquement le pouvoir constituant est bien originaire et sans limite mais politiquement il peut apparaître certaines conditions. **Deuxième cas : exemple de la situation britannique souvent c'est la Grande-Bretagne qui a écrit la Constitution de l'État indépendant**, c'est une limitation très importante de pouvoir constituant originaire, c'est une **modalité de séparation progressive de l'État coloniale britannique avec ses entités fédérés**.
- 2) La **situation de création d'un État par agrégation** : des **territoires indépendants qui avaient déjà leur Constitution décident de se regrouper pour faire un seul État**, le cas notamment de la Suisse, et donc on va abroger les anciennes Constitutions locales pour **créer une Constitution nationale**.

A coté de ces deux exemples logiques on va avoir **deux autres situations un peu moins logiques de l'utilisation du pouvoir constituant originaire** :

- 3) La **transition démocratique** : Extrêmement présent dans l'actualité (révolutions arabes, Europe de l'est dans les années 90). C'est un **concept qui a considérablement révolutionné le droit constitutionnel**. C'est le processus qui **consiste à transformer un régime autoritaire en un régime démocratique**, il y a des historiens qui ont travaillé sur des transitions



démocratiques notamment **Samuel Huntington** professeur de sciences-politiques. Il a écrit *La troisième vague de démocratisation* : il représente **l'histoire du monde entre 1800 et 1990 comme une suite progressive du concept de démocratisation**, il fait un schéma et va inscrire le nombre d'États qui sont des démocraties sur la partie verticale et il va dire que **dans l'histoire du monde il y a des vagues qui ont vu des démocratisations accélérées**, les États se sont massivement transformés en démocratie. **L'intérêt de cette théorie** c'est le ressac le fait que **la chute d'une dictature n'entraîne pas obligatoirement la démocratie**. **Ce qui va caractériser le passage de l'État dictatorial à l'État démocratique c'est l'adoption d'une nouvelle Constitution** et on peut considérer qu'elle fait appelle au **pouvoir constituant originaire**. C'est assez **paradoxal** car **il y a déjà une Constitution mais on considère que la nouvelle Constitution est tellement différente que c'est comme si on revenait à la phase du pouvoir constituant originaire** parce qu'il s'agit au fond d'une **régénération de la Constitution**. On ne crée pas un nouvel État mais une **nouvelle démocratie**. Sur ce concept là **trois remarques**: la première c'est **aujourd'hui l'hypothèse la plus fréquente** de l'utilisation du pouvoir constituant originaire, il y a très peu de nouveaux États qui sont créés et la plupart des utilisations des pouvoirs constituants originaire ne viennent que par le fait de la transition démocratique (exemple des pays arabes). La seconde remarque : **il faut faire attention parfois dans cette hypothèse l'exercice du pouvoir originaire se fait au travers de procédures qui sont à priori des procédures de révision** c'est-à-dire que normalement le pouvoir constituant est originaire ou dérivé évidemment chaque type de pouvoir va correspondre à des techniques particulières dans le cas des transitions démocratiques pour atteindre le pouvoir originaire on a utilisé des moyens du pouvoir dérivé *exemple* de la **Constitution hongroise entièrement révisée**, l'intensité de la révision a été telle qu'on peut parler d'une adoption originaire. Troisième remarque qui touche à la **liberté du pouvoir constituant** : le pouvoir constituant originaire n'est **soumis juridiquement à aucune limite** à priori mais dans le cas de cette **hypothèse de transition démocratique on va s'apercevoir que la liberté du pouvoir constituant originaire est parfois limitée notamment par la société** c'est-à-dire qu'il arrive très fréquemment qu'après une transition démocratique on adopte une nouvelle Constitution et que cette Constitution bien que soutenue par la majorité de la population soit **contestée par une minorité significative ce qui risque parfois d'aboutir à une déstabilisation de la nouvelle Constitution**. *Par exemple* : la situation de l'Égypte jusqu'en 2011 elle a été une dictature extrêmement répressive, cette dictature a été renversée au printemps 2011 on va donc mettre en place des élections libres ce sont les premières élections libres depuis très longtemps, elles sont remportées par le parti des frères musulmans qui est un parti islamique à la suite de ça ils gagnent les élections présidentielles et Morsi est élu président et ils mettent en place une Constitution qui sera adoptée par référendum en 2012 => fin de la transition démocratique, il n'empêche que la Constitution égyptienne est contestée très vigoureusement par une partie de

l'opinion égyptienne qui lui reproche ses tendances islamiques. Ainsi il y a eu des manifestations populaires extrêmement fortes, le pouvoir militaire a pris le pouvoir et résultat aujourd'hui on a mis en place un comité de 50 juristes pour proposer une nouvelle Constitution. **Il a été montré en Égypte qu'on ne peut pas faire une nouvelle Constitution avec seulement l'approbation de la moitié du pays.**

- 4) C'est une hypothèse qui ne devrait pas exister, c'est **l'hypothèse française** : on a adopté un très grand nombre de Constitution, **chaque fois on repasse par la case du pouvoir constituant originaire notamment entre la IV<sup>o</sup> et la V<sup>o</sup> République, on a adopté la totalité de la nouvelle Constitution sauf qu'on a ni changer d'État ni de régime politique.**

17.10.13

## **B) L'approche pratique du pouvoir constituant originaire**

La notion de pouvoir constituant originaire renvoi à une **dimension technique**, procédural et à la question de savoir **comment juridiquement, techniquement va-t-on mettre en place l'exercice du pouvoir constituant, comment va-t-on adopter une Constitution.** Transcrire la souveraineté constituante dans la réalité passe par un procédé.

Pour parler des procédures qui permettent d'adopter une Constitution il faut d'abord faire **trois remarques** :

- 1) Il existe un **très grand nombre de procédures d'adoption des Constitutions qui dépendent fondamentalement de la nature du régime que nous voulons mettre en place par la Constitution.** Une Constitution démocratique ne s'adopte pas comme une Constitution totalitaire. **Nous allons nous intéresser ici au procédé démocratique d'une adoption de Constitution.** Le texte constitutionnel a pour objet de créer une démocratie et donc on va utiliser une **procédure démocratique.** En théorie on pourrait très bien imaginer que l'on veuille établir une Constitution démocratique c'est-à-dire une Constitution qui organise la démocratie avec des procédés qui ne sont pas démocratiques, intellectuellement c'est envisageable. Cela existe en théorie, il y a quelques exemples historiques mais globalement le **meilleur moyen de mettre en place une Constitution démocratique c'est d'abord de l'adopter avec un procédé démocratique.**
- 2) **Il n'y a pas dans le cadre des procédés démocratiques, c'est-à-dire au fond des procédés qui vont faire intervenir le peuple pour adopter une Constitution, de solution qui serait idéale.** Historiquement on s'aperçoit que les grandes démocraties n'ont **pas toutes eu le même procédé d'adoption de leur Constitution.** Même si on ne garde que les procédés démocratiques nous avons encore beaucoup de procédés différents.
- 3) Au fond, **la démarche consistant à vouloir adopter démocratiquement une Constitution suppose de résoudre une contradiction** : d'un côté **l'idéal démocratique impose nécessairement une intervention populaire dans le processus d'adoption de la Constitution** c'est-à-dire que le peuple intervienne

dans le processus d'adoption de la Constitution, le peuple doit intervenir, doit être consulté mais d'un autre côté à côté de cet idéal démocratique il y a un espèce d'**idéal technologique** c'est-à-dire que la conception d'une Constitution suppose un certain savoir, une certaine compétence il est très compliqué de rédiger une Constitution et donc nécessairement à un certain moment cela suppose une certaine **efficacité dans la rédaction de la Constitution**. La difficulté concrète est donc de **concilier ces deux impératifs d'efficacité et de démocratie**. Il faut pouvoir gérer cette contradiction fondamentale entre la **nécessité d'adopter une Constitution rationnelle et donc rédiger par des experts et la nécessité d'adopter une Constitution démocratique et donc accepter par le plus grand nombre**. => C'est LA difficulté concrète de l'adoption d'une Constitution, si il n'y a pas de méthode idéale c'est qu'on a jamais réussi réellement à résoudre cette contradiction.

Pour illustrer cette contradiction, nous allons étudier **trois modalités techniques de l'adoption d'une Constitution**, toutes les trois **tirées de l'histoire constitutionnelle française** :

- 1) La Constitution de 1875 (III<sup>o</sup> République)
- 2) La Constitution de 1946 (IV<sup>o</sup> République)
- 3) La Constitution de 1958 (V<sup>o</sup> République)

Les **trois régimes dont il est question** sont tout d'abord des **démocraties**, ce sont également des **républiques** c'est-à-dire que c'est le même type de régime politique. Et **pourtant** on va avoir **trois modalités différentes d'adoption de la Constitution** dont il est impossible de dire quelle est la meilleure.

### 1. L'adoption de la Constitution de la III<sup>o</sup> République

Pour adopter cette Constitution on va faire appel à une technique qu'est la **technique dite de « l'assemblée constituante souveraine »** c'est-à-dire que nous allons **faire voter les citoyens pour élire une assemblée constituante** (un parlement) et la **mission de cette assemblée est d'adopter la Constitution**. Les électeurs vont voter pour une assemblée dont on va dire qu'elle est constituante c'est-à-dire dont l'objet est de faire une Constitution. Donc **du côté des électeurs on trouve la démocratie et du côté de l'assemblée constituante on trouve l'efficacité**. Simplement **deux remarques** : la première **on parle d'assemblée constituante souveraine car elle est entièrement libre d'adopter la Constitution qu'elle désire** d'où sa souveraineté, la seconde remarque c'est que **cette technique de l'assemblée constituante souveraine est une des techniques la plus employée en droit constitutionnel**. De première abord c'est le modèle le plus intéressant. Pour comprendre **comment la Constitution a été adopté en 1875 il faut revenir en 1871** c'est-à-dire à la **fin du premier grand conflit franco-allemand (prussien)**. Ce conflit se caractérise par une **défaite extrêmement lourde de la France** et le régime politique qui existait en France va alors s'effondrer hors le régime en vigueur en 1871 est le second empire (Napoléon III) et on a une **espèce de vide politique**. Ainsi en **1871**, il va y avoir l'**élection d'une assemblée constituante**, le **résultat en apparence est extrêmement clair les deux tiers des élus sont des royalistes le tiers restant étant le tiers de la République**. La **logique aurait dû conduire cette assemblée constituante à adopter une**

**Constitution royaliste** mais finalement **on va adopter une Constitution républicaine** => Paradoxe : tout notre système de départ ne marche pas pourquoi ? La première raison c'est que le vote de 1871 est d'abord un **vote politiquement ambiguë** car certes **on va voter pour les royalistes mais les motivations de ce vote ne sont pas véritablement constitutionnelles** c'est-à-dire que l'on va voter pour les royalistes pour **deux raisons** : la première raison majeure c'est que **les royalistes sont pour la conclusion d'un accord de paix avec l'Allemagne** alors que les républicains sont pour la poursuite de la guerre or il est bien évident que **la France de 1871 aspire à la paix**, la seconde raison c'est que **la victoire royaliste est aussi la victoire de la campagne sur la ville**, la France de la campagne se méfie beaucoup de la France de la ville et notamment de Paris (présenté comme une expérience révolutionnaire). La deuxième raison qui va expliquer qu'au fond on va avoir ce résultat c'est que **ce parti royaliste se subdivise en deux** : il y a des **royalistes modérés** qu'on va baptiser les **orléanistes** (soutiennent la branche d'Orléan) et de l'autre côté il y a les **royalistes plus traditionnels** on va parler des **légitimistes** qui eux soutiennent le Comte de Chambord. Ils n'arrivent pas à se mettre d'accord car ils sont politiquement très différents et **vont mettre en place un gouvernement provisoire** c'est à cette époque que l'on va mettre en place le **système du septennat** sauf que **ce gouvernement provisoire dure extrêmement longtemps** et les monarchistes modérés se disent qu'à force d'attendre politiquement ils risquent de perdre le pouvoir, il va notamment y avoir un **coup d'état impérial**, ils vont donc **s'allier avec les républicains pour adopter une Constitution de compromis** qui sera **républicaine mais on s'aperçoit qu'elle pourrait tout de même se changer très facilement en Monarchie**. Et **c'est pour ça qu'en 1875 on va adopter une Constitution républicaine**.

=> Cette première modalité d'adoption de la Constitution (assemblée constituante souveraine) présente au fond **deux grandes lacunes** :

- Une lacune **démocratique** : la **Constitution n'est pas conforme au vote des français**.
- Une lacune **technologique, technique** : la Constitution telle qu'elle sera adoptée n'est **pas complètement le fruit d'une réflexion rationnelle**, on a pas écrit la Constitution autour d'une idée globale qu'on a du pouvoir mais on a fait une espèce de **compromis politique monarchiste/républicain**, chaque camp a adopté la Constitution en espérant la changer très rapidement.

=> Cette **première procédure n'est donc ni démocratiquement rationnelle, ni juridiquement rationnelle**. Première exemple de dysfonctionnement de ce mode d'adoption de la Constitution et ce **dysfonctionnement est largement explicatif du fait qu'en 1946 on va donc mettre en place un autre modalité d'adoption de la Constitution**.

## **2. L'adoption de la Constitution de la IV<sup>e</sup> République**

On va adopter un **autre modèle** c'est le modèle de l'**assemblée constituante non souveraine** c'est-à-dire que **les électeurs vont désigner une assemblée constituante mais cette assemblée constituante va adopter un projet de Constitution et ce projet de Constitution doit être approuvé par l'intermédiaire d'un référendum**. Ici la modalité est simple on a **d'abord une élection parlementaire, puis les**

**parlementaires adoptent un projet et enfin le peuple va venir confirmer le projet tel qu'il a été adopté. Donc ici deux remarques techniques** : la première c'est que **le peuple intervenait à deux reprises** et deuxième remarque c'est qu'**il était prévu un délai** l'assemblée nationale constituante devait proposer un texte dans un délai de **sept mois** et si au bout de sept mois elle n'avait pas adopté de Constitution prononçait la dissolution de l'assemblée et on recommence le processus. Avec ce processus on pensait que c'était absolument parfait car on avait à la fois un **processus rationnelle car c'était une assemblée élue avec un délai limité** et on avait à la fois un **processus démocratique double car le peuple votait deux fois**. Ce processus a permis l'adoption de la Constitution de 1946 pour autant ce **processus a très mal fonctionné** il a permis l'adoption d'une Constitution qui dès 1947 n'a pas été capable de s'appliquer correctement. Pourquoi un processus à priori parfait n'a pas permis une bonne adoption de Constitution ? Il faut s'intéresser au **contexte politique de l'époque** car c'est lui qui va considérablement expliquer les **raisons de l'échec** : En 1945 c'est la **libération de la France**, la fin de la 2<sup>nd</sup> guerre mondiale c'est donc une **situation de vide constitutionnel**. Parce qu'on est dans ce vide constitutionnel il va y avoir un **référendum pour tenter de donner à la France une structure de pouvoir**. Le 19 octobre 1945 on fait un référendum pour **demander aux français de faire une double opération électorale** : ils vont voter d'abord pour **élire une assemblée nationale** et ils vont voter ensuite pour un **référendum comportant deux questions** : la première « **voulez-vous que l'assemblée nationale soit une assemblée nationale constituante** » c'est-à-dire « **voulez-vous que les députés que l'on va élire aient pour mission de rédiger une Constitution ?** » **si le oui l'emporte deux possibilités s'offrent alors aux électeurs « voulez-vous que l'assemblée constituante soit souveraine ou voulez-vous que l'assemblée constituante ait des pouvoirs limités ?** ». Alors, à la première question le vote a été quasi unanime c'est-à-dire que **plus de 90% des électeurs ont souhaité que l'assemblée nationale soit une assemblée constituante**, à la deuxième question **40% des électeurs souhaitent qu'elle soit souveraine** et donc **60% qu'elle soit limitée**. On voit que déjà le **consensus politique** qui est **extrêmement large à la première question** va **éclater à la deuxième question**. On s'aperçoit que **trois partis politiques vont obtenir des résultats extrêmement fort** : le premier parti est le **parti communiste français qui va obtenir 26,5% des électeurs**, vient ensuite le **parti de la SFIO** (aujourd'hui parti socialiste) qui obtient **environ 25% des électeurs** et enfin vient le **MRP qui obtient environ 25% des voix**. Première remarque : le **score du parti communiste est très important** (1 M de militants) il doit sa force à plusieurs raisons notamment à son **implication extrêmement forte dans la résistance française**. Deuxième remarque : la **force de la gauche majoritaire en sièges au Parlement**. Ensuite le **M.R.P est un mouvement démocrate chrétien du centre gauche qui a un peu disparu aujourd'hui**, ce qui explique sa force c'est son **implication dans la résistance française mais aussi parce qu'il n'y a plus vraiment de droite en France**. Dernière remarque : le grand absent de cette assemblée nationale sont les **gaullistes** il n'y a pas encore parti gaulliste. Ces résultats nous explique globalement les résultats précédents les communistes sont plutôt pour une assemblée constituante souveraine et les deux autres partis pour une assemblée constituante limitée.

Cependant, **on va adopter une assemblée constituante limitée**, elle va fonctionner au mois de **mai 1946 on va adopter une Constitution**. L'assemblée nationale adopte un **premier projet** dans le délai de 7 mois qui est alors soumise à référendum le 5 mai 1946 le **résultat est sans appel le NON l'emporte à 53% contre 47%**. C'est une Constitution marxiste, très à gauche la droite s'y oppose, les gaullistes s'y opposent et donc on recommence une **nouvelle élection**, l'échec du processus constituant entraîne la dissolution de l'assemblée et donc l'organisation de nouvelles élections. C'est là que le **problème intervient** car au le **2 juin 1946 on organise donc les secondes élections législatives** mais le problème c'est qu'à **quelques voix près on a la même majorité**. On est dans une situation extrêmement compliquée car **les électeurs ne font pas preuve d'une très grande cohérence**. Finalement cette **nouvelle majorité va faire une sorte de consensus à trois et fait adopter une deuxième Constitution finalement validée par le référendum le 13 octobre 1946 le OUI l'emporte**. Le problème c'est que cette Constitution est **adoptée un peu par lassitude politique** mais aussi **avec une majorité extrêmement faible** puisque ce jour là il y a un gros tiers d'abstention, un second tiers qui vote non et un second tiers qui vote oui il y a donc **en réalité 30% des français qui votent pour cette Constitution**. Surtout la Constitution repose sur une alliance entre les trois partis mais cette alliance va très vite disparaître en 1947, les communistes vont très vite s'opposer au pouvoir.

=> Deux remarques : on voit bien combien le **droit constitutionnel est intimement lié à la vie politique** puisque comme en 1871 et même plus ce sont les raisons politiques qui permettent de comprendre pourquoi les choses se passent ainsi. On ne peut pas faire de droit constitutionnel sans avoir une connaissance importante de l'histoire politique. De plus, **ce mode d'adoption de la Constitution qui pouvait nous apparaître comme le meilleur mode possible celui qui combinait le mieux démocratie/efficacité en dépit de ses qualités ce mode va échouer**. On adopte pas une bonne Constitution et le soutien démocratique est extrêmement faible. Donc finalement ce mode va dysfonctionner également. **C'est pour cela qu'en 1958 on va aboutir à une troisième modalité d'adoption de la Constitution**.

### 3. L'adoption de la Constitution de la V<sup>o</sup> République

Le **modèle du référendum constituant** c'est-à-dire que la **Constitution est proposée par le gouvernement et celui-ci sera soumis au référendum des électeurs**. On a fait ici au fond **disparaître** (grande rupture dans l'histoire constitutionnelle française) **l'étape du parlement**, c'est la **première Constitution républicaine pour laquelle le parlement n'aura pas à se prononcer**. Énoncé de cette manière le modèle est assez simple mais les choses sont un peu plus compliquées. Pour comprendre comment on a adopté cette Constitution il faut **remonter en 1956. En 1956 il n'y a pas de gouvernement en France** car on arrive pas à trouver un gouvernement qui puisse avoir durablement le soutien d'une majorité, c'est une grande période d'instabilité et **c'est d'autant plus compliqué qu'en 1956 la France est confrontée à un problème très important : la guerre d'Algérie**. A l'époque les **territoires d'Algérie sont des territoires français**, ce sont des départements où se trouvent certes une majorité autochtones mais aussi une minorité forte de français. **Dans ces territoires les**

**autochtones mènent une guerre pour accéder à l'indépendance et la minorité francophone se bat de façon extrêmement forte également pour ne pas partir.** Cette minorité francophone a la sensation qu'au fond Paris est en train de l'abandonner. On est dans une **situation où la France est confrontée à une crise politique extrêmement grave** et d'un autre côté il n'y a **plus de parti politique capable de résister.** Le **13 mai 1958 la population française d'Algérie aidée par l'armée française prend le pouvoir en Algérie** c'est-à-dire chasse le représentant du gouvernement français et prend le pouvoir en disant « nous voulons rester français ». **Ce que demande les français d'Algérie c'est que le général de Gaulle retiré de la vie politique revienne au pouvoir,** à la tête de de l'État. **Entre le 13 mai et le 3 juin 1958 la France est confrontée a une véritable période de coup d'État.** Coup d'état car l'armée prévient que si le général de Gaulle n'est pas nommé elle **interviendra pour renverser le pouvoir à Paris,** il y a des chars d'assaut à Paris, il y a une pression considérable faite sur les constitutions légales. **Le 1er juin 1958 de Gaulle est nommé 1er ministre.** Le **3 juin 1958 le Général de Gaulle, 1er ministre, obtient du parlement le vote d'une loi,** connu sous le nom de la loi du 3 juin 1958, qui lui donne pour mission d'adopter une nouvelle Constitution et cette loi prévoit une procédure particulière d'adoption de la nouvelle Constitution qui met en place le système déjà évoqué (adoption du texte final par référendum) mais cette loi prévoit également deux autres choses : la première c'est la mise en place de toute une série de comités pour préparer le texte qui sera soumis à référendum et la deuxième chose c'est que la loi élimine le parlement du processus d'adoption de la Constitution, les parlementaires en tant que tel ne seront pas associés à la rédaction du texte constitutionnel. **Ce qui est intéressant ici c'est que finalement l'exclusion du parlement** (révolution dans l'histoire constitutionnelle) est provoquée par les parlementaires eux-mêmes (sorte de suicide) car ils sont confrontés à un choix : le vote ou l'arrivée de l'armée pour prendre le pouvoir par la force.

22.10.13

**La loi du 3 juin 1958 va prévoir entre le projet gouvernemental et la soumission au référendum un certain nombre d'étape dont l'objet est de préparer au mieux le travail gouvernemental.**

Elle va donc d'abord prévoir sous l'impulsion de Michel Debret la **réunion d'un comité d'experts** qui va faire une sorte d'ébauche constitutionnelle, il va travailler dès le mois de juin 1958 bien évidemment au sein du parti gaulliste on avait déjà commencé à travailler dessus, ensuite **ce comité d'experts va transférer le projet à un conseil ministériel** composé de six personnes 4 ministres d'État représentant les quatre principaux partis politiques français sauf les communistes et on a deux juristes issus du conseil d'État qui vont venir assister le conseil ministériel il s'agit de Raymond Jannot et René Cassin. **Puis le texte est transféré à un organe créé à l'occasion il s'agit du comité consultatif constitutionnel** il est composé de 39 personnes dont une partie issue du parlement c'est en quelque sorte la **manière qu'on va utiliser pour associer les parlementaires.** Ce comité va travailler sur le texte à partir de la mi-juillet la principale phase de travail est du 29 juillet au 17 août **puis le texte va être renvoyé au conseil d'État et enfin le texte revient au gouvernement**

**pour un arbitrage final** début septembre puis **une fois l'arbitrage final terminé le texte est soumis au référendum le 28 septembre 1958** il obtient pratiquement **80% de OUI**. Adopté fin septembre il **rentre en application le 4 octobre 1958**. Bilan de cette procédure : **en apparence il semble qu'on est trouvé la formule idéale ou du moins la formule qui répondrait au problème soulevé par les méthodes précédentes car le texte a été adopté rapidement** (délai relativement bref) **de plus le procédé utilisé semble être démocratiquement le plus acceptable car le vote des français a été massif la Constitution de 1958 est considérablement mieux adoptée démocratiquement que celle de 1946**, de plus le taux de participation est très important puisqu'il n'y a que 16% d'abstention, enfin **le processus tel qu'il a été mis en place a permis l'intervention de spécialistes de la question constitutionnelle** que ce soit dans le comité d'experts, que ce soit dans conseil interministériel avec la participation de Jannot ou de Cassin, que ce soit au sein du comité constituant constitutionnel, etc. **Il faut toutefois nuancer ce premier bilan pour trois raisons :**

- **L'élimination du parlement** : le parlement a été complètement éliminé du processus or **il était à l'époque élu au suffrage universel et donc parfaitement légitime pour participer**
- **Concernant la participation** : les chiffres sont très bons mais la participation est en grande partie le **résultat du contexte algérien et de la guerre d'Algérie** (ambiance de coup d'État en France) dans ce contexte là évidemment beaucoup de français ont été voté avec cette **pression latente de ce coup d'État militaire**. Le choix laissé au français était voter pour la Constitution ou risquer le coup d'État militaire.
- **Il faut se poser la question de l'intérêt du référendum en matière d'adoption de la Constitution** : d'un coté le référendum s'impose en raison de son caractère démocratique mais de l'autre coté le **référendum apparaît être une technique particulièrement mal adaptée à la Constitution** parce que d'abord **au fond il n'y a qu'une réponse à apporter à 90 questions une méthode véritablement démocratique consisterait pour les électeurs à pouvoir accepter certains articles et à en rejeter d'autre**. La réponse unique est une réponse très limitante, de plus **la capacité réelle des électeurs à pouvoir apprécier la Constitution, à pouvoir véritablement comprendre le contenu des questions constitutionnelles** il s'agit de se dire qu'au fond le droit constitutionnel est quelque chose de relativement compliqué et que **les gens qui n'ont aucune connaissance à ce sujet ne peuvent pas comprendre les articles constitutionnels**. C'est donc une sorte d'escroquerie intellectuelle, ainsi finalement puisque les gens ne comprennent pas et qu'ils n'ont qu'une seule réponse pour des problèmes très diversifiés et bien la réponse à la question en matière référendaire est bien plus conditionnée par l'auteur de la question que par le contenu même de la question **si les gens votent oui c'est parce que De Gaulle leur demande de voter oui et que chacun des partis leur demande de voter oui également**.

**=> le référendum n'est pas non plus idéal pour l'adoption de la Constitution ainsi juridiquement il n'y a pas de matière idéale pour l'adoption de la**



**Constitution ce qui montre bien que le droit constitutionnel n'est pas une science exacte.**

- **2§ La révision des Constitutions**

**Le pouvoir constituant dérivé soulève au fond deux grandes séries d'interrogations :**

- 1) Les interrogations **théoriques et philosophiques** très importantes pour la compréhension du phénomène.
- 2) Les interrogations **techniques** : comment mettre en place concrètement une procédure de révision des Constitution

**A) Les questions théoriques de la révision des Constitutions**

Le pouvoir constituant dérivé est organisé dans la Constitution, c'est le pouvoir constituant originaire qui a prévu l'exercice du pouvoir constituant dérivé.

La question qui va se poser c'est la **question théorique d'abord de la relation qui va exister entre le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé** ou plus exactement c'est la question de la **limitation du pouvoir constituant dérivé**. Est-ce qu'on peut limiter le pouvoir de révision de la Constitution ? Est-ce qu'on peut dire que certaines dispositions constitutionnelles ne peuvent faire l'objet de révision ? **Toute la Constitution peut-elle être révisée ? Pourrait-on imaginer qu'à l'intérieur de la Constitution figure une hiérarchie entre des normes qui seraient révisables et d'autres qui ne le pourraient pas ?**

A cette question extrêmement importante on va avoir **une première réponse qui va opposer deux auteurs :**

- 1) Cette première réponse est **donnée par Kelsen** qui affirme que oui certaines dispositions constitutionnelles peuvent être considérées comme irrévissables sous entendue **le pouvoir dérivé peut être limité mais la condition que pose Kelsen c'est qu'il faut que la Constitution indique explicitement les dispositions qui ne peuvent pas faire l'objet de révision** si elle ne le dit pas il ne peut y avoir de dispositions qui soit irrévissables sans que la Constitution l'ait prévu.
- 2) Or, il va y avoir une **seconde réponse donné par Karl Schmidt**, auteur contemporain de Kelsen, qui répond également que **oui il y a des dispositions irrévissables et elles sont irrévissables par nature, elles le sont en elles mêmes**. Il veut dire au fond qu'**une Constitution, quelque soit le régime dans lequel elle se trouve, comporte des éléments fondamentaux et des éléments accessoires qui ne sont que la conséquence technique des dispositions fondamentales**. Toute constitution détermine un régime politique elle a donc des éléments fondamentaux et des éléments accessoires. **Imaginons une Constitution qui détermine une monarchie la présence du roi est fondamentale les règles de successions sont accessoires**. Schmidt parle de **Constitution au sens strict du terme pour les dispositions fondamentales et**

de **lois constitutionnelles pour les dispositions accessoires**. A partir de là la position de Schmidt est extrêmement claire **ces dispositions fondamentales sont irrévissables en raison de leur nature mais si on veut les changer il faut revenir au pouvoir constituant originaire** c'est-à-dire adopter une nouvelle Constitution, quant aux dispositions accessoires elles peuvent faire l'objet d'une révision.

=> Cette polémique est surtout intéressante parce qu'au fond elle va renvoyer à des problèmes plus concrets :

- 1) **Première illustration de cette polémique : le fait qu'une Constitution puisse venir déclarer que certaines parties sont irrévissables**. C'est une pratique relativement courante dans les Constitutions, **il y a beaucoup de Constitution qui prévoit qu'un certain nombre de chapitres ne pourront pas faire l'objet de révision**. *Deux exemples* : le premier c'est la **Constitution de la République Fédérale Allemande l'article 79 alinéa 3 prévoit que la révision constitutionnelle ne peut pas toucher à un certain nombre de domaines** notamment on **ne peut pas remettre en cause le caractère fédéral de l'État allemand, le caractère démocratique ni la protection des libertés ; autre exemple la Constitution française de 1958 organise sa révision par l'intermédiaire de l'article 89**, cet article prévoit notamment que **l'on ne peut pas réviser « la forme républicaine du gouvernement »** il peut y avoir des révisions constitutionnelles mais elles ne peuvent pas remettre en cause la forme républicaine du gouvernement. **On est ici totalement dans une présentation Kelsenienne il n'y a pas de dispositions irrévissables**. Cependant, les deux Constitutions présentent **deux organisations différentes: la Constitution allemande va jusqu'au bout de la logique juridique** puisqu'elle prévoit non seulement l'interdiction de ses révisions mais elle prévoit que le juge constitutionnel vienne contrôler que l'on ne porte pas atteinte aux points évoqués dans l'article 79 contrairement à la France si on regarde l'article 89 qui prohibe de toucher à la forme républicaine du gouvernement il n'y a strictement aucune procédure chargée d'assurer le contrôle du respect de cet article, aucun juge n'est compétent pour venir empêcher une révision constitutionnelle qui irait à l'encontre de l'article 89. **La comparaison entre les articles 79 et 89, au delà du fait qu'il y a un juge en Allemagne et non en France, va mettre en évidence deux autres contradictions** : (1) ces deux articles qui prévoient précisément ce qu'on ne peut pas réviser sont **rédigés de façon tellement générale qu'il est difficile de savoir ce qu'on a le droit de faire ou pas faire**, même dans la Constitution allemande qui est certainement la Constitution la plus précise on a pas une liste détaillée, très précise de ce qu'on peut ou de ce qu'on ne peut pas toucher, idem pour la France que signifie le principe énoncé à l'article 89 ? => premier problème **l'imprécision du champ des normes irrévissables**. (2) **L'objectif de l'article 79 comme celui de l'article 89 est d'empêcher constitutionnellement un certain nombre de révision** il n'est pas possible de remettre en cause certain principes, de plus **l'adoption de ces deux articles tant en France qu'en Allemagne va correspondre à un contexte historique**

- particulier ce sont des dispositions juridiquement et politiquement très importantes pourtant il est extrêmement difficile sans violer la Constitution de ne pas les respecter, comment faire pour ne pas appliquer ces articles ? Tout simplement on révisé ces articles, on révisé la procédure de révision pour pouvoir par le respect de la Constitution supprimer la protection mise en place.** La vision de Kelsen ne fonctionne pas jusqu'au bout puisque se pose la question de la révision de la révision et il y a très peu de Constitutions dans lesquelles il y a écrit explicitement qu'on n'a pas le droit de réviser la procédure de révision. Ce qu'il faut comprendre c'est que **ce problème de la révision de la révision n'est pas qu'un problème théorique et il s'est posé à deux reprises dans l'histoire constitutionnelle française récente : par deux fois on a révisé la procédure de révision en adoptant des articles qui donnaient le droit à des personnes nommément identifiées de rédiger non pas une révision mais une nouvelle Constitution, c'est-à-dire qu'on utilisait le pouvoir constituant dérivé pour venir dire telle personne doit préparer une nouvelle Constitution = > portée extrêmement paradoxale et dangereuse on transférait à une personne le pouvoir constituant originaire.**
- ***Le premier exemple : la loi adoptée le 10 juillet 1940 par le parlement français*** on est en juillet 1940 les allemands sont largement entrés sur le territoire nationale le gouvernement français s'est réfugié en province, les parlementaires français sont à Vichy, la pression allemande est très forte mais les institutions françaises sont légales, les parlementaires qui siègent à Vichy sont les parlementaires qui avaient été élu légalement en 1936 (80%), le gouvernement de la République a été constitué légalement et c'est tout à fait légalement, conforme à la République qu'au mois de juin 1940 le président de la République a nommé le Maréchal Pétain premier ministre, choix confirmé par le parlement. **Le Maréchal Pétain fait savoir qu'il ne veut pas gouverner avec la Constitution en vigueur c'est-à-dire celle de la III<sup>e</sup> République. Il existe dans la Constitution de 1875 une procédure de révision et le gouvernement va utiliser cette procédure pour adopter une loi le 10 juillet 1940, loi qui sera adoptée à une très large majorité par le parlement. Cette loi du 10 juillet 1940 a un article unique qui dit « l'assemblée nationale donne tout pouvoir au gouvernement de la République, sous l'autorité et la signature du Maréchal Pétain, pour adopter une nouvelle Constitution de l'État français, cette nouvelle Constitution devra respecter les droits du travail, de la famille et de la patrie ».** Si on prend la peine de regarder cette loi on peut en faire deux lectures : (1) une lecture **légaliste positiviste la loi a respecté la procédure qui existait**, cette loi est formellement légale ; (2) en revanche **cette loi soulève trois problèmes** le premier c'est qu'il s'agit **d'adopter une nouvelle Constitution et pas de réviser l'ancienne on passe du pouvoir constituant dérivé pour aller vers le pouvoir constituant originaire**, le second problème c'est que **le pouvoir constituant est en parti confié à une seule personne le Maréchal Pétain** et enfin troisième problème **le régime dont on prévoit la mise en place n'est pas un régime républicain puisque'on parle de l'État français et pas de la République et on évoque la**

**devise travail famille patrie pour répudier celle de liberté fraternité égalité. On est vraiment ici dans un détournement de la Constitution il y a un respect formel mais par contre il y a une violation très strict de l'esprit de la Constitution. La loi du 10 juillet 1940 est manifestement une fraude à la Constitution, on viole l'esprit même du constitutionnalisme.**

- **Le second exemple** : politiquement plus compliqué la **loi du 3 juin 1958** basé sur le même modèle que celle du 10 juillet 1940. C'est la **loi par laquelle le parlement français va réviser la révision de la Constitution de 1946 pour donner au général De Gaulle le soin de préparer une nouvelle Constitution c'est le même modèle techniquement que celle de 1940.** Cette loi présente quand même **deux différences** : (1) **différence formelle le nom du général de Gaulle n'est pas explicitement mentionné** en revanche la formulation est assez hypocrite puisqu'on confie « au gouvernement désigné le 1er juin le droit de faire une Constitution » or ce gouvernement du 1er juin est sous l'autorité du général de Gaulle, (2) **la loi du 3 juin 1958 vient limiter l'exercice du pouvoir constituant originaire parce qu'on prévoit des éléments dans la loi du 3 juin que la nouvelle Constitution ne peut pas remettre en cause c'est-à-dire qu'on a le droit de faire une nouvelle Constitution mais que dans cette nouvelle Constitution on a pas le droit de remettre en cause 5 principes** : le **suffrage universel**, la **séparation des pouvoirs**, le fait que le régime doit être un **régime parlementaire**, l'**indépendance de la magistrature** doit être respectée et enfin l'**organisation des pouvoirs des relations entre métropole et peuples issus des colonies.** Donc la **loi du 3 juin 1958** vient obliger la nouvelle Constitution à respecter un certain nombre de principes qui sont des principes issus de la tradition républicaine et démocratique française. On ne peut pas bâtir un nouveau régime contrairement au Maréchal Pétain qui en a eu la possibilité c'est la principale différence entre la loi du 10 juillet 1940 et celle du 3 juin 1958. **La loi du 3 juin 1958 d'un point de vue juridique est assez surprenante et si on avait à l'analyser comme juriste elle présenterait deux lacunes** : la première c'est qu'une fois encore on a pas été jusqu'au bout de la logique on a **posé cinq points devant être respectés mais on a pas prévu de procédure chargée de vérifier que ces 5 points ont bien été respectés** ; deuxième lacune la **loi du 3 juin 1958 est intellectuellement une aberration il s'agit de faire une nouvelle Constitution donc il s'agit d'aller au pouvoir constituant originaire ce pouvoir constituant originaire est un pouvoir souverain et par essence il est illimité et là ce pouvoir constituant originaire se voit assorti de cinq limites.**

Donc **les problèmes de théories constitutionnelles** c'est-à-dire ceux qui touchent notamment au pouvoir constituant **sont des problèmes toujours à la limite entre d'une part le droit et d'autre part la politique.** Les problèmes de théories constitutionnelles sont des problèmes extrêmement proches de la politique, **adoption et révision de la Constitution sont des problèmes plus politiques que juridiques.**

## **B) Les problèmes techniques de la révision constitutionnelle**

**Comment techniquement, concrètement on va organiser le pouvoir de révision ?**

*Exemple de la V<sup>o</sup> République : l'article 89 de la Constitution française prévoit la révision constitutionnelle dans la Constitution.*

**Trois remarques préalables : c'est un article qui repose sur la base de la Constitution rigide** c'est-à-dire qu'il met en place une procédure de révision plus contraignante que celle qui préside à l'adoption de la loi. **Seconde remarque : c'est un article important dans l'histoire constitutionnelle française car il a été fréquemment utilisé il a permis l'adoption d'environ 25 révisions constitutionnelles** ce qui est considérable notamment dans le contexte politique français car si on regarde les République précédente on s'aperçoit que jusqu'en 1958 on révisé très peu les Constitutions, **à partir de l'article 89 se crée une pratique de révision constitutionnelle c'est donc un article qui a bien fonctionné.** Troisième remarque : **l'article 89 est au fond le symbole du paradoxe de la Constitution française actuelle** parce que **dans la Constitution c'est le seul article prévu pour la révision constitutionnelle, il n'empêche dans la pratique constitutionnelle d'autres articles ont aussi été utilisé pour réviser la Constitution alors même que la Constitution ne l'autorisait pas et notamment une des plus grandes révisions constitutionnelles intervenue en 1962 qui a permis l'élection du président au suffrage universel n'a pas été adopté sur la base de l'article 89 mais sur la base de l'article 11 de la Constitution : on est sûrement le seul État dans lequel il peut y avoir ce genre de pratique, on révisé la Constitution par moyen inconstitutionnel.**

24.10.13

**Il existe en France deux chambres parlementaires : l'assemblée nationale et le sénat.** L'idée c'est que **pour qu'une loi soit adoptée il faut qu'elle soit votée par les deux chambres elle doit obtenir 50+1 et 20+1 sachant que le gouvernement peut très bien privilégier l'avis de l'assemblée nationale.**

**On va maintenant voir comment les choses se passent pour l'article 89 dont l'objet est la révision de la Constitution et qui organise la révision constitutionnelle autour de trois étapes :**

- 1) **Juridiquement on parle de l'étape de l'initiative de la révision : il faut savoir que le principe de la procédure est une initiative partagée puisque les parlementaires peuvent déposer une proposition de révision alors que l'exécutif va déposer un projet de révision** (l'exécutif c'est le président de la république sur proposition du premier ministre) donc d'un coté un parlementaire peut déposer une proposition de révision d'un autre coté le président de la république sur proposition du premier ministre peut déposer un projet. Il faut bien **retenir la distinction entre proposition et projet car les régimes juridiques ne sont pas les mêmes.** De plus **quand l'initiative de la révision vient du pouvoir exécutif il faut donc l'accord politique du président de la république et du premier ministre si le premier ministre ne fait pas de proposition le président ne peut pas seul déclencher la**

**procédure** mais en revanche même s'il y a une proposition du premier ministre il est bien évident que le président dispose ici d'une sorte de droit de veto il n'est pas obligé de donner suite à la proposition du premier ministre.

- 2) **L'étape de discussion ou « d'adoption »** : le principe est simple **le texte de la révision doit être adopté en terme identique par l'assemblée nationale et par le sénat**. Trois remarques sur cette deuxième phase : tout d'abord **les seuils de majorité sont les mêmes que pour la loi c'est-à-dire qu'il faut une majorité simple des parlementaires (50+1)**, seconde remarque **le texte doit être adopté en terme identique** c'est-à-dire que **ni l'assemblée nationale ni le sénat ne peuvent voter sur des textes différents** il faut qu'il y ait un accord sur le contenu et surtout troisième remarque **dans le cadre de cette procédure de l'article 89 le sénat dispose toujours d'un droit de veto c'est-à-dire que les sénateurs doivent être d'accord**.
- 3) **L'étape dite de la ratification** : c'est la **phase la plus compliquée mais la plus symbolique de la révision constitutionnelle**. Imaginons que le texte ait été voté il revient sur le bureau du président mais il faut qu'il puisse être ratifié. La procédure est plus compliquée car **si le texte émane d'une proposition (c'est-à-dire d'origine parlementaire) alors il doit être ratifié ensuite par référendum** c'est-à-dire qu'avant que le texte soit applicable il faut que le texte voté par les parlementaires passe par un référendum populaire **en revanche si le texte est un projet de révision c'est-à-dire si il trouve son origine dans un texte gouvernemental alors ici le président de la république a juridiquement le choix soit d'organiser un référendum c'est-à-dire la même chose que pour les propositions soit de réunir ce qu'on va appeler le congrès c'est-à-dire l'assemblée nationale et le sénat et pour que le texte soit adopté il faut qu'il obtienne une majorité des 3/5ème c'est-à-dire plus large que celle requise lors de la dernière phase**.

**Il faut surtout comprendre la troisième phase extrêmement importante car on a ici l'exact illustration de ce qu'est une Constitution rigide c'est-à-dire une Constitution pour laquelle les révisions sont beaucoup plus lourde que le vote d'une simple loi**. La Constitution va donc se trouver doter d'un statut spécifique dans la pyramide des normes car elle dotée d'un pouvoir constituant originaire et de l'article 89.

**Sur l'article 89 quelques remarques** : l'article 89 tel qu'il est organisé prévoit un certain nombre de **limitations** c'est-à-dire qu'il **prévoit des cas dans lesquels la révision constitutionnelle est impossible** deux situations : le premier cas **on ne peut pas toucher à la forme républicaine du gouvernement** et deuxième cas l'article 89 énumère un **certain nombre de circonstances dans lesquelles la révision constitutionnelle est impossible il y a trois circonstances** : quand on est en présence d'un **président de la république par intérim** (lorsqu'un président décède par exemple le président remplaçant ne peut pas réviser la constitution), il ne peut pas non plus avoir de révision constitutionnelle **quand on applique l'article 16 de la Constitution c'est une sorte de dictature légale c'est une phase durant laquelle le président en cas de crise grave le président peut prendre tous les pouvoirs sans**

**qu'il y ait de révision constitutionnelle** et enfin il ne peut pas y avoir de révision **quand une partie du territoire est occupée et cette limitation est directement une réponse à la loi du 10 juillet 1940**. Hormis ces trois limitations l'article 89 s'applique comme on l'a expliqué ci-dessus. **Dernière remarque : l'article 89 a été très souvent utilisé à ce jour il a autorisé 24 révisions de la Constitution et la très grande majorité des cas a été d'utiliser l'application de la procédure par le congrès** il n'y a eu dans l'histoire constitutionnelle française qu'un seul référendum sur la base de l'article 89 c'est le référendum qui a été organisé en 2000 pour la réduction du mandat présidentiel de 7 ans à 5 ans. Deux remarques là dessus : la première **il existe dans la Constitution française un autre article de la Constitution l'article 11 qui prévoit lui aussi la tenue de référendum législatif** c'est-à-dire qu'il prévoit la tenue de référendum pour adopter des lois **il est déjà arrivé que l'on utilise le référendum de l'article 11 pour réviser la Constitution notamment en 1962** cette révision par le biais de l'article 11 est clairement inconstitutionnelle mais l'utilisation de l'article 11 pour réviser la Constitution à la place de l'article 89 soulève une autre **question fondamentale pour le pouvoir constituant : la question du référendum** on voit bien au fond que **pour adopter la Constitution on a fait un référendum en 1958 pour la réviser on peut faire un référendum sur la base de l'article 89 pour modifier une loi on peut faire un référendum sur la base de l'article 11 => le référendum de l'article 11 n'a pas moins de légitimité démocratique que les autres référendums** = on est ici à la limite de la rigueur législative et la politique qui va venir affirmer que peu importe la procédure pourvu qu'on est des référendums => construction juridique rationnelle / construction politique un peu moins rationnelle = confusion des genres toujours possible.

**L'adoption et la révision toutes ces procédures vont faire de la Constitution une loi un peu à part et supérieure. Mais ça ne suffit pas.**

**Section 2 : Les instruments juridiques de limitation du pouvoir**

Ce statut juridique supérieur de la Constitution tel qu'il résulte du pouvoir constituant originaire et dérivé ne suffit pas en lui même pour imposer la Constitution aux gouvernants. **La suprématie constitutionnelle n'est pas à elle seule suffisante**. Pour que les gouvernants respectent la Constitution **il faut qu'il y ait dans la Constitution des instruments spécifiques dont l'objet est de forcer les institutions à respecter la Constitution**. La suprématie de la Constitution a besoin de mécanismes pour la mettre en place. **En droit constitutionnel il existe deux instruments spécifiques très important chargés d'assurer la suprématie constitutionnelle** : d'une part le **contrôle de constitutionnalité** et d'autre part ce sont **les droits fondamentaux** l'un et l'autre étant vraiment des instruments absolument nécessaires pour que la Constitution s'impose.

- **§1 Le contrôle de constitutionnalité**

**La notion de contrôle de constitutionnalité c'est la fonction qui consiste à vérifier**

**que les textes infra-constitutionnels** (inférieur à la Constitution) **c'est-à-dire la loi principalement et les principaux actes administratifs soient conformes à la Constitution**. L'idée c'est de les invalider si ces actes n'étaient pas conforme à la Constitution. Ce concept de contrôle de constitutionnalité au delà de cette simplicité apparente soulève **deux séries de questions** :

- 1) Des questions **philosophiques** : Quelles sont les justifications à l'existence du contrôle de constitutionnalité ? Pourquoi existe-t-il un contrôle de constitutionnalité ?
- 2) Des questions plus **techniques** : Comment doit-être exercé le contrôle de constitutionnalité ?

### **A) Les interrogations philosophiques du contrôle de constitutionnalité**

Questions posées ici: **Quelles sont les justifications à l'existence du contrôle de constitutionnalité ? Pourquoi existe-t-il un contrôle de constitutionnalité ?**

**Si on pose la question de l'intérêt du contrôle de constitutionnalité c'est qu'au fond il a été rejeté dans son principe** par un certain nombre d'auteurs et ces auteurs sont majoritairement des français ce qui explique que le contrôle de constitutionnalité en France se soit mis en place avec beaucoup de retard *par exemple* les citoyens français ont obtenu en 2010 la procédure de contrôle de constitutionnalité tandis que les citoyens autrichiens l'ont depuis 1930, les espagnols depuis 1978 et les polonais en 1986 alors que le régime communiste était toujours en place.

La question qui se pose c'est donc **quels sont les arguments invoqués pour justifier l'existence d'un contrôle de constitutionnalité ?**

Classiquement pour répondre à cette question on estime qu'il y a **deux séries d'arguments qui vont justifier cette création des arguments d'abord juridiques puis politiques** :

- Les **arguments juridiques** : ils sont tirés de la pensée du juriste de **Hans Kelsen** (le créateur du contrôle de constitutionnalité en Europe) et au fond il va justifier l'**existence du contrôle de constitutionnalité** comme étant la **conséquence logique de la notion même du droit**, de l'idée qu'il y ait du droit dans un État. Kelsen part d'une notion qui est l'**ordre juridique** il considère qu'**un ordre juridique c'est l'ensemble des normes juridiques applicables dans un espace donné. Pour que ces textes juridiques quel qu'ils soient puissent véritablement s'appliquer il faut que l'ordre juridique détermine le rapport qui existe entre les textes**, l'ordre juridique doit établir une **classification** une organisation de ces textes **pour qu'ils ne se contredisent pas et qu'ils soient totalement rationnels**. Il propose de bâtir l'ordre juridique pour des raisons notamment d'efficacité autour d'un principe de hiérarchie. **L'ordre juridique c'est réunir dans un ensemble hiérarchisé tous les textes applicables sur un territoire donné. Chaque étage de la pyramide reproduit du droit et tout en en produisant. C'est toute la pensée**



kelsenienne avec ce système aucune norme ne va se contredire pour Kelsen c'est la logique même du droit que d'organiser rationnellement la société par la combinaison harmonieuse des normes juridiques. Donc il y a chez lui l'idée de reproduction et de production. **A partir du concept d'ordre juridique Kelsen affirme que pour que ce concept d'ordre juridique soit réellement opérant il faut donc placer des processus de contrôle dont l'objet est de garantir la fonction production/reproduction.** A chaque étage de cette pyramide on va mettre un juge dont la fonction est de **vérifier que les normes infra constitutionnelles reproduisent et ne violent pas les normes supra.** C'est ce que Kelsen va appeler **l'État de droit c'est-à-dire un État dans lequel le droit permet d'organiser l'État.** Dans cette perspective kelsenienne normativiste l'existence du contrôle de constitutionnalité est une conséquence de la supériorité de la Constitution et la supériorité de la Constitution se justifie pas la logique inhérente à l'ordre juridique. La justification kelsenienne est technique le **contrôle de constitutionnalité est la dernière étape qui vient garantir le fonctionnement du système.** Pour Kelsen c'est la seule justification possible.

- Les arguments **politiques** : Ils ne sont pas en opposition avec les arguments juridiques c'est l'idée de dire que **non seulement la logique kelsenienne est inattaquable intellectuellement et parfaitement rationnelle mais qu'en plus au delà de la logique juridique la théorie kelsenienne produit de effets politiques favorables et qui viennent compléter les arguments en faveur du contrôle de constitutionnalité.** Cela veut dire que pour un grand nombre d'auteurs **respecter la pensée de Kelsen c'est aussi améliorer la qualité démocratique d'un régime politique.** Un régime politique organisé tel que Kelsen le présente est non seulement logique juridiquement mais il est plus démocratique que n'importe quel autre. **La pensée de Kelsen est une pensée très complexe et Kelsen lui même est un personnage très complexe** qui va commencer sa carrière universitaire après 1918 étant juif il va quitter l'Autriche, l'Allemagne et l'Europe et au fond sa pensée c'est de **trouver le système juridique le plus favorable pour protéger les droits de l'Homme** car il a été lui même une victime. La réponse de Kelsen c'est de dire que **le système le plus protecteur de la démocratie c'est un système qui repose exclusivement sur une logique juridique c'est presque un système mécanique** la loi viole la Constitution la loi disparaît il n'y a pas à se poser la question. Ainsi si on applique la logique de Kelsen on va avoir des avantages démocratiques ce qui veut dire que certains auteurs vont considérer le fait qu'**exercer le contrôle de constitutionnalité va produire un certain nombre d'avantages démocratiques** : le premier avantage démocratique du contrôle de constitutionnalité c'est la **protection des minorités** pour comprendre ce concept : **50% des électeurs peuvent changer la loi par l'intermédiaire des parlementaires et 3/5ème des parlementaires pour changer la Constitution,** jusque dans les années 20 en Europe on considérait que la démocratie c'était la majorité qui passait par les bulletins de votes mais désormais la majorité n'a plus tous les droits à partir du moment où **la Constitution s'impose à la**

**majorité**, autre fonction démocratisante c'est que **le contrôle de constitutionnalité va permettre de transformer un régime vers plus de démocratie** on s'est aperçu que **dans toutes les transitions démocratiques la première mesure mise en place c'était de créer une cour constitutionnelle** un tribunal *par exemple* en Allemagne il a été créé après la chute du nazisme, en Espagne après la chute du franquisme et dans les pays de l'est avec la chute du pouvoir communiste, en Afrique du sud la première cour a été mise en place par Nelson Mandela, autre intérêt démocratique du contrôle c'est qu'il **permet l'actualisation de la Constitution l'applicabilité de la Constitution** car si on prend l'*exemple* de la Constitution française il y a dans la Constitution française des textes anciens par exemple un texte date de 1789 ce texte de 1789 a été marqué par le contexte de son écriture or il est toujours applicable aujourd'hui parce que par l'intermédiaire du contrôle de constitutionnalité il est en permanence réinterprété dans un contexte moderne le juge qui va devoir le faire respecter va devoir l'interpréter au regard du contexte moderne, l'actualiser en quelque sorte et donc de ce point de vue là ça crée un **concept de droit vivant** c'est-à-dire qu'il réadapte le droit ancien à la société moderne, dernière fonction c'est un **mécanisme dit de régulation des alternances** c'est-à-dire il faut imaginer un État dans lequel il y a une majorité de droite au pouvoir et imaginer que celle ci perde les élections et qu'arrive une nouvelle majorité si il y a un contrôle de constitutionnalité la nouvelle majorité pourra faire des réformes mais ne remettra pas en cause l'existence même de la droite et si la droite revient au pouvoir elle pourra faire des réformes mais pas tout remettre en cause la droite et la gauche seront tenues de respecter la même constitution **l'alternance politique est un phénomène normal et ne débouchera pas sur une déstabilisation excessive, l'alternance ne sera pas la révolution, ici on a une fonction de régulation des divergences politiques.**

=> Tout ça va faire que le **contrôle de constitutionnalité présente un très grand nombre d'avantages et explique qu'il y ait un développement très important du contrôle de constitutionnalité dans le monde** et qu'aujourd'hui on en fait pratiquement partout.

Mais pour autant il faut savoir qu'**en dépit de ces avantages il reste toujours des courants de pensées qui sont opposés au contrôle de constitutionnalité. Au concept d'État de droit c'est-à-dire le concept qui justifie le contrôle de constitutionnalité ils vont opposer le concept du gouvernement des juges.** Ce concept est une **invention française sous l'appui d'Edouard Lambert dans les années 20** ce concept consiste à dire que **le contrôle de constitutionnalité serait au contraire une remise en cause de la démocratie parce qu'il permettrait à des personnes qui ne sont pas élues (généralement des juges) de venir s'opposer, sanctionner des lois votées par des personnes (sénateurs, députés) elles-mêmes élues au suffrage universel. Les représentants du peuple à l'assemblée nationale verrait leur légitimité remise en cause par des personnes non élues on serait un**

**système de gouvernement des juges et non des élus donc on ne serait pas dans un système démocratique.** Pour les tenants de cette école le contrôle de constitutionnalité est anti démocratique. **On désigne cette école en France sous le nom de « légicentrisme »** et c'est une école qui est restée extrêmement importante en France notamment dans la classe politique c'est une école qui consiste à dire que **le juge n'est pas un représentant du peuple.** L'argument du légicentrisme qui est un argument très contestable et dangereux par certains côtés est quand même intéressant car il **montre bien qu'en droit constitutionnel on a toujours une tension un affrontement entre deux légitimités d'une part la légitimité politique de la démocratie un phénomène est légitime parce que démocratique et d'autre part la légitimité juridique la constitution est une norme juridique elle repose sur une logique juridique et donc il doit y avoir un contrôle de constitutionnalité.** Il y a en permanence une tension entre ces deux légitimations : la logique du droit constitutionnel est une logique démocratique ou juridique ? Dans quelles mesures elles s'opposent ou se rencontrent ? => débat actuel

05.11.13

Le **contrôle de constitutionnalité** est **contestée** en ce sens qu'il **remet en cause l'élection des parlementaires, contrôler la loi c'est contrôler et limiter la démocratie.** Cette conception est caractérisée en France autour du concept de **légicentrisme** c'est-à-dire le fait qu'**en raison de son origine démocratique la loi est placée au centre du système juridique.** Cette conception est théoriquement héritée de l'œuvre de la pensée de **Jean Jacques Rousseau.** La pensée de Rousseau est une pensée extrêmement importante en droit constitutionnel et c'est au nom de cette conception que l'on va rejeter en France le contrôle de constitutionnalité. Ce rejet peut théoriquement s'admettre mais il est aujourd'hui historiquement dépassé parce qu'il s'appuie sur une conception de la loi qui n'existe plus. **Aujourd'hui notamment on distingue la loi au sens strict du terme de la Constitution alors qu'à l'époque de Rousseau la loi et la Constitution sont un ensemble extrêmement mêlées** c'est pourquoi cet argument a été à un certain moment justifié. Derrière cet argument juridique, la loi au centre du système, il y a un **argument surtout imminement politique** c'est que les **majorités parlementaires n'acceptent pas de voir un contrôle qui s'exerce sur elles.** On accepte pas ou très difficilement quand on est dans la majorité parlementaire de voir un juge venir limiter son pouvoir. *Un exemple* pour mieux comprendre la portée presque psychologique de ce blocage : en 1982 la gauche arrive au pouvoir c'est la première fois depuis 23 ans que les partis de gauche gagnent les élections en France et donc ils vont s'engager dans des réformes importantes notamment autour des nationalisations et un certain nombre de ces réformes adoptées sous forme législative sont déclarées non conformes à la Constitution. Il va y avoir deux réactions au sein du PS face à cette déclaration d'inconstitutionnalité : la première émane de Pierre Joxe qui est à l'époque député de l'assemblée nationale, il va demander « que pèse les neufs membres du conseil constitutionnel face aux 15 M de français qui ont voté pour François Mitterrand ? » et la deuxième réaction émane d'André Laignel qui va avoir une formule encore plus

dire « nous avons juridiquement raison parce que nous sommes politiquement majoritaire ». Ces deux formules parfaitement absurdes et parfaitement décalées sont très caractéristiques de ce rejet français du contrôle de constitutionnalité. Dans les théories juridiques il y a la **théorie dite du gouvernement des juges** mise en place par un **juriste français Lambert en 1921** qui consiste à dire que **quand il y a un contrôle de constitutionnalité ce sont les juges qui gouvernent et ces juges ne sont pas élus au suffrage universel**, ils ne sont donc **pas légitimes pour gouverner**. Au delà de cette polémique sur la majorité ou la légitimité constitutionnelle, cette réaction française illustre bien la complexité du droit constitutionnel, complexité au sens littéral du terme c'est-à-dire composée de plusieurs éléments. **On voit bien qu'au sein du droit constitutionnel vont cohabiter deux logiques :**

- 1) Une logique **politique** : le droit constitutionnel est le droit du pouvoir politique et donc l'indice de mesure de la légitimité du pouvoir politique c'est la démocratie. Donc en droit constitutionnel plus un pouvoir sera démocratique plus il sera légitime d'où la position française de dire que c'est aux élus de gouverner.
- 2) Une logique **juridique, normative** : le droit constitutionnel c'est le droit de la Constitution en tant que norme juridique, en tant qu'acte juridique et ici l'indice de mesure de la légitimité juridique c'est le respect de la Constitution. Pour que le droit constitutionnel s'applique la Constitution doit être respectée ainsi le contrôle de constitutionnalité s'impose dans cette logique.

=> Au sein du droit constitutionnel il y a donc cohabitation de ces deux logiques : **l'une repose sur la démocratie, l'autre sur la pyramide des normes, l'État de droit**. Il n'y en a pas une qui s'impose à l'autre, **ces deux éléments doivent cohabiter et le contrôle de constitutionnalité est la charnière entre ces deux éléments politiques et juridiques**. *Exemple* : CEDH décision rendu contre l'Espagne

## **B) Les implications institutionnelles du contrôle de constitutionnalité**

→ Comment organiser le contrôle de constitutionnalité ?

C'est une notion très importante d'abord parce que évidemment elle **conditionne la réalité du contrôle** il ne suffit pas décider que ça existe il faut faire en sorte que ça fonctionne bien mais c'est aussi important car **la manière dont est organisé le contrôle de constitutionnalité** va être aussi **très importante au regard de la théorie du gouvernement des juges**. Il faut faire **attention** que le contrôle puisse exister sans aller trop loin, **les juges ne doivent pas avoir trop de pouvoir pour qu'ils ne remplacent pas les parlementaires**. Ces questions techniques sont très importantes, on va distinguer **trois questions** :

- 1) **Qui exerce le contrôle de constitutionnalité ?**
- 2) **Comment va être exercé le contrôle de constitutionnalité ?**
- 3) **Jusqu'où va-t-on exercer le contrôle de constitutionnalité ?**

1. Il y a en droit constitutionnel **deux types d'organes qui ont été dépositaires de cette mission** : **un organe politique** *par exemple* une commission parlementaire et **le juge**. Par rapport à ces deux possibilités : **aujourd'hui en**

**droit constitutionnel la doctrine est assez unanime pour reconnaître que le contrôle de constitutionnalité pour exister réellement doit être confié à un juge.** Pourquoi ? Pour deux raisons : la première c'est la **compétence juridique du juge**, on estime que le contrôle de constitutionnalité est une activité complexe et qu'il faut donc un haut niveau juridique pour pouvoir remplir cette mission et ce sont les juges qui sont les mieux formés pour exercer cette mission ; la seconde raison est l'**indépendance**, le juge est considéré comme politiquement indépendant et c'est cette indépendance qui lui permet de contrôler de façon objective les lois, il n'est pas dans le débat politique donc il est tout à fait neutre pour pouvoir exercer le contrôle. **Au nom de toutes ces considérations aujourd'hui on estime que les organes politiques doivent être écartés.** Globalement c'est vrai, cependant ce choix du juge appelle **deux remarques** : la première c'est que certes le juge est juridiquement compétent ne serait-ce que par sa formation mais le **contrôle de constitutionnalité est une activité qui nécessite à la fois des connaissances juridiques mais nécessite également de bien connaître le monde politique** *par exemple* de bien connaître le mode d'adoption de la loi, le fonctionnement du parlement et donc parfois des juges qui ne seraient que de très bons juristes risquent d'être un peu déconnectés de la réalité du droit constitutionnel ; la seconde remarque c'est que certes le juge est structurellement indépendant, son indépendance est garantie et protégée notamment contre les influences extérieures mais **rien ne vient juridiquement garantir la neutralité personnelle du juge**, rien ne peut empêcher un juge d'agir de façon purement idéologique. *Exemple* du mariage pour tous : très vive polémique en France, le Conseil Constitutionnel a été amené à statuer sur la constitutionnalité du mariage pour tous il est extrêmement difficile pour un juge de faire abstraction de ce qu'il pense personnellement, de ses convictions. Ainsi le juge n'est pas un organe parfait c'est peut être le « moins mauvais » des deux choix mais il n'est pas non plus à l'abri des critiques.

2. Partons d'un postulat : le contrôle est confié à un juge. Mais **quel type de juge ?** Dans la doctrine du droit constitutionnel il y a **deux types de juges compétents** pour exercer le contrôle de constitutionnalité on va parler de **deux modèles juridictionnels** de contrôle de constitutionnalité. On va distinguer le **modèle dit américain de la Cour Suprême** et on va distinguer le **modèle dit européen de la Cour Constitutionnel**. Pour bien comprendre la différence première qui existe entre ces deux modèles : le modèle de la **Cour Suprême** consiste à dire que le **contrôle de constitutionnalité est confié à l'ensemble des juridictions ordinaires du pays sous l'autorité de la Cour Suprême** (cette cour étant la plus haute juridiction ordinaire du pays). Ici le juge de la constitutionnalité n'est pas un juge spécialisé c'est le juge ordinaire qui a intégré la compétence de contrôle. De l'autre côté, le **modèle européen de la Cour Constitutionnel** est basé sur des bases strictement inverses car le **contrôle de constitutionnalité est exclusivement confié à une seule juridiction qui est spécialisée** dans l'exercice du contrôle, elle est en dehors des autres juridictions et ne statue que sur des questions de contrôle de

constitutionnalité. On a ici un **juge unique et spécialisé**. Dans le **modèle américain on va parler de contrôle diffus** c'est à dire qu'il se diffuse dans l'ensemble du système juridique et dans la **modèle européen on va parler de contrôle concentré** c'est-à-dire que le modèle est concentré dans une seule juridiction. De plus, le **modèle américain** s'appelle ainsi car il est **né aux États-Unis en 1803** et il est **né par une décision de la Cour Suprême** il n'existait pas dans la Constitution c'est la Cour Suprême qui a décidé de le créer c'est **l'arrêt Marbury VS Madison** qui fait apparaître le contrôle. C'est important de le savoir car **l'arrêt Marbury VS Madison est très caractéristique de l'esprit du contrôle de constitutionnalité** c'est-à-dire que cette affaire est une affaire juridiquement simple mais politiquement compliquée car elle **oppose les démocrates aux républicains** et juridiquement ce sont les gens de l'opposition qui auraient du gagner la loi donnait raison à ceux qui étaient dans l'opposition, la **Cour Suprême va chercher le contrôle de constitutionnalité pour pouvoir écarter la loi afin de ne pas entrer en conflit avec le pouvoir politique**. De plus, le contrôle de constitutionnalité n'est **prévu dans aucune procédure en 1803** il est **inventé par la Cour Suprême dans un cas précis** donc c'est un modèle qui n'a fait l'objet d'**aucune espèce de théorisation préalable** on n'a pas pensé le contrôle avant de l'appliquer donc la formation du modèle est une formation exclusivement construite par les tribunaux, ils vont progressivement **organiser le contrôle en le faisant au cas par cas en le complétant à chaque décision nouvelle** c'est ce qu'on appelle **des décisions jurisprudentielles**. C'est un modèle extrêmement pragmatique. De l'autre côté, on parle de **contrôle européen** car il va **naître en Autriche en 1921** sous l'**impulsion de Hans Kelsen** et **Kelsen va rédiger la Constitution autrichienne** et **créer dans la Constitution un tribunal constitutionnel** dont il sera d'ailleurs le vice président. Mais ce qu'il faut comprendre c'est que quand Kelsen favorise et demande la création du tribunal constitutionnel il a déjà élaboré sa théorie de la pyramide des normes, il a pensé tout le droit et comme sa conception impliquait la création d'un tribunal constitutionnel il n'a fait que le demander. **Le modèle européen est un modèle théorisé, il repose sur une théorie préalable, il est prévu dans la loi et c'est un modèle dans lequel les juges sont considérablement moins autonomes qu'aux États-Unis**. Le modèle de la **Cour Suprême** : **toutes les juridictions américaines peuvent exercer le contrôle de constitutionnalité** et in fine le **dernier mot appartient** à la juridiction la plus importante qui est la **Cour Suprême**. La Cour Suprême des États-Unis est un **organe fédéral** qui a **deux missions** : la première c'est de **contrôler les décisions rendues par les Cours des États fédérés** et la deuxième c'est de **contrôler les actes du pouvoir fédéral**. La Cour Suprême est une institution **composée de neuf membres nommés par le président des États-Unis** mais doivent être approuvés par le Congrès, ils sont alors **nommés à vie** ils peuvent simplement prendre leur retraite à partir de 70 ans et évidemment on ne nommera un nouveau membre de la Cour Suprême que lorsqu'un poste sera vacant. **L'origine politique du président va avoir une conséquence très importante**

**sur les conceptions politiques du juge qu'il va nommer** c'est donc pour cela qu'à la Cour Suprême on distingue les **juges conservateurs des juges libéraux**. Il n'y a aucune règle sur la représentation des minorités mais traditionnellement il y a toujours au moins depuis les années 1990 un juge de couleur au sein de la Cour Suprême le premier noir a été nommé en 1967 et depuis 1981 il y a toujours au moins une femme. **La Cour Suprême est présidé par un président on parle ici de « Chief justice » il a un impact extrêmement important sur la jurisprudence**. De plus la Cour Suprême a une **indépendance extrêmement protégée** d'ailleurs le fait que les juges soient nommés à vie est une mesure qui vise à garantir leur indépendance puisqu'ils vont restés bien plus longtemps que le président qui les a nommé et donc on peut considérer que la Cour Suprême est peut être la juridiction la plus indépendante des pressions extérieures, si elle fait de la politique elle le fait d'elle même. **Comment fonctionne la Cour Suprême et comment fonctionne le contrôle de constitutionnalité ?** Le modèle américain est donc un **modèle diffus** mais il est aussi un **modèle concret** et un **modèle par voie d'exception**. Un **modèle concret** car aux Etats-Unis on va faire du **contrôle de constitutionnalité** non pas en tant que tel mais **à l'occasion d'affaires concrètes**. Un **modèle par voie d'exception** qui découle du modèle concret car quand le juge estime que la loi qui vous est appliquée n'est pas conforme à la Constitution, il ne va pas faire disparaître globalement la loi il va simplement écarter l'application de la loi dans votre affaire. Donc **le juge quand il estime que la loi n'est pas conforme à la Constitution écarte la loi pour l'affaire dont il est question il va donc faire une exception**. Bien sur une fois que le juge a fait ça une fois la loi sera écarté dans toutes les autres juridictions mais pour autant elle n'est pas annulée et restera virtuellement en application. Enfin **si on fait l'historique du contrôle de constitutionnalité depuis 1803 jusqu'à aujourd'hui** on peut faire trois remarques : la première c'est que le **contrôle de constitutionnalité s'est développé d'abord quantitativement** c'est devenu une des **activités majeures de la Cour Suprême** américaine ; la seconde c'est que c'est devenu également très important **qualitativement** et c'est d'autant plus important que la **Constitution américaine n'a pas été changée** c'est le même texte que celui du XVIII<sup>e</sup> siècle il y a simplement eu des amendements mais **80% du droit constitutionnel américain date du XVIII<sup>e</sup> siècle** donc évidemment ce droit ancien pour être appliqué aujourd'hui **doit être interprété et traduit dans un nouveau contexte**, celui qui interprète la Constitution américaine c'est la Cour Suprême donc on peut considérer au fond que c'est la **Cour Suprême aujourd'hui qui écrit l'actualisation de la Constitution américaine** parce qu'elle fait du contrôle de constitutionnalité elle est perpétuellement amenée à dire ce qu'il y a dans la Constitution ; pour finir la troisième remarque c'est que si on observe la **jurisprudence de la Cour Suprême américaine depuis 1803** on va s'apercevoir que la jurisprudence de la **Cour Suprême oscille entre plusieurs orientations**, il n'y a pas d'évolution linéaire mais plusieurs contradictions : **il y a des époques où la Cour Suprême va interpréter la Constitution de façon**

**quasi littéral, extrêmement stricte et il y a d'autres époques où la Cour Suprême va interpréter la Constitution de manière beaucoup plus créatrice en se posant la question de savoir ce que devrait dire le texte dans l'époque actuelle.** Il y a donc des juges très stricts et des juges très créateurs. Mais surtout, deuxième contradiction, la jurisprudence de la Cour Suprême peut être extrêmement conservatrice et parfois extrêmement libérale. *Exemple de deux arrêts de la Cour Suprême* : la **première décision rendue en 1896** est la décision de **Plessy VS Ferguson** il s'agissait de la **disposition législative qui organisait la ségrégation raciale** la Cour Suprême est saisi et la question qui lui est posée est « est-ce que la ségrégation raciale est conforme à la Constitution ? » à cette question la Cour Suprême a répondu que oui la **ségrégation raciale est conforme à la Constitution** car elle est basée sur le principe créé par la Cour Suprême « **Seperate but Equal** » sous entendu la ségrégation sépare deux groupes mais ne remet pas en cause l'égalité entre les deux ; quelques années se passent et en **1954** la même affaire est jugée par la Cour Suprême dans une **jurisprudence Brown** et **cette fois la Cour Suprême va estimer que la clause « Seperate but equal » n'est pas viable**, n'est pas conforme à la Constitution la **ségrégation raciale n'est pas conforme au principe d'égalité**. C'est intéressant car c'est le même texte, rien n'a changé dans les textes américains en vigueur **la seule chose qui a changé c'est l'interprétation des textes par les juges** : Oui parce qu'on avait une Cour plutôt à droite – Non parce qu'on avait une Cour plutôt à gauche. **Et ce qui a changé aussi c'est le contexte américain**. Il y a ici au fond à la fois tout l'intérêt du modèle américain mais toutes ses limites : l'intérêt c'est qu'il s'adapte et qu'effectivement la **société américaine de 1896 n'est pas la même que celle de 1954** en revanche ce sont bien les **juges qui décident si la Constitution a changé ou non** on est tout à fait ici dans ce qu'on appelle le **gouvernement des juges**.

07.11.13

Le modèle de la Cour Constitutionnel est basé sur des modalités extrêmement différente de la Cour Suprême car globalement le **modèle européen repose sur l'idée que le contrôle de constitutionnalité est affecté à une juridiction unique qui dispose du quasi monopole de cette activité** et c'est pour ça qu'ici on va parler d'un contrôle concentré par opposition au contrôle diffus de la Cour Suprême. Ainsi ce modèle européen est donc **né en Europe** dans les années 1920 **sous l'impulsion du juriste autrichien Hans Kelsen** et il présente la particularité d'être un modèle qui **repose sur une théorisation préalable** c'est-à-dire qu'on a pensé le concept de contrôle de constitutionnalité avant de créer la juridiction. On est vraiment dans une démarche complètement inverse du modèle américain. On ici peut mettre en évidence **deux éléments** : le premier c'est que le **modèle de la Cour Constitutionnelle a connu un développement quantitatif extrêmement important** alors que le modèle de la Cour Suprême est resté globalement limité au monde américain. Le modèle européen s'est développé partout dans le monde, **aujourd'hui on trouve des Cours Constitutionnelles dans l'ensemble des continents, dans tous les États d'Europe**, dans pratiquement tous les États d'Asie, dans tous les États africains, en Océanie et



également dans l'Amérique latine. Aujourd'hui on même vu arrivé des création de Cour Constitutionnelle dans le monde arabe. Le critère important pour comprendre les étapes de ce développement quantitatif c'est qu'au fond le plus souvent la **création d'une Cour Constitutionnelle est consécutive soit à un changement de régime** (dictature → démocratie) en créant une démocratie le plus souvent on crée une Cour Constitutionnelle *par exemple* la Cour allemande apparaît après la 2<sup>nd</sup> guerre mondiale, **quand ce n'est pas le cas les Cours Constitutionnelles apparaissent dans des États qui renforcent leur démocratie** *par exemple* la France. Le développement du modèle européen de justice constitutionnelle est corrélatif du développement de la démocratie. Seconde remarque, en dépit du grand nombre de Cour Constitutionnelle (plus d'une centaine dans le monde aujourd'hui) il est toujours possible d'identifier les éléments constitutifs du modèle européen ou plus exactement en dépit de la diversité des cours il reste une espèce de noyau dur qui constitue le fondement d'une Cour Constitutionnelle. **Le modèle de la Cour Constitutionnelle se caractérise au fond par trois éléments, au delà des différences nationales :**

- **Quant à la structure même de la Cour :** tout d'abord la Cour Constitutionnelle est une Cour à part qui se **situe en dehors de l'appareil juridictionnel de l'État et qui n'intervient pas dans le fonctionnement normal de la justice d'où l'idée de sa spécialité.** Enfin, la **composition de la Cour Constitutionnelle** reflète assez bien la spécificité du modèle car quel que soit le nombre de juges qui vont la composer **les juges de la Cour Constitutionnelle présente généralement deux caractéristiques :** première caractéristique **leur nomination** est spécifique c'est-à-dire que pour être nommé juge à la Cour Constitutionnelle on applique pas les mêmes critères que pour nommer les autres juges, le plus souvent la nomination des juges constitutionnels est une **nomination politique** ce sont des organes politiques qui vont choisir les juges de la Cour Constitutionnelle. *Par exemple :* en France trois juges sont choisis par le président de la république, trois par le président de l'assemblée nationale et trois par le président du sénat **sans aucune exigence de diplôme juridique particulière même si le plus souvent ce sont des juristes confirmés qui sont nommés.** Deuxième caractéristique, **ces juges sont protégés par une indépendance consacrée par la Constitution,** c'est la Constitution qui va déterminer les modalités de protection des juges et au delà même de cette protection **c'est la Constitution qui va poser le statut de la Cour Constitutionnelle,** on passe par la Constitution **pour éviter qu'une loi puisse faire disparaître la Cour, on protège les juges d'une intervention législative.** Cette ambivalence et presque cette contradiction entre la nomination et l'indépendance montre bien au fond que la Cour Constitutionnelle est en quelque sorte ici organisée comme un organe mixte ou intermédiaire. **C'est à la fois un organe juridique et juridictionnel ce sont de vrais juges, c'est une vraie juridiction mais en même temps cette juridiction spécialisée et atypique en dehors du système juridictionnel remplit une fonction politique parce que le contrôle de constitutionnalité est évidemment une activité politique.**

- Le deuxième élément du modèle européen : concernant le **pouvoir attribué à la Cour Constitutionnelle**. Ici il faut faire plusieurs remarques : la première c'est que si on regarde l'ensemble des Cours Constitutionnelles qui existent en Europe et dans le monde et si on s'intéresse notamment à l'étendue de leur compétence on se rend compte que **l'étendue des compétences des Cours Constitutionnelles peut être extrêmement diversifiée**. Chaque juridiction a presque sa propre compétence. Cette diversification va faire *par exemple* que **certaines Cours Constitutionnelles ne font pas que du contrôle de constitutionnalité** *par exemple* elles vont aussi être juges du contentieux électoral, d'autres peuvent être juges de la légalité des partis politiques. Deuxième remarque, **dans l'exercice même du contrôle de constitutionnalité il peut y avoir des différences très importantes entre les Cours Constitutionnelles** certaines ont un champ de compétences **très limité** elles ne contrôlent qu'un seul type d'acte au travers d'une seule procédure et d'autres au contraire ont des champs de compétences **extrêmement étendue** et elles contrôlent tous les actes juridiques du pays avec plusieurs types de procédures de contrôle. Ainsi il y a une très grande diversité de répartition des compétences. Toutefois au delà de cette diversité, **le modèle européen de la Cour Constitutionnelle impose que soit remplie deux conditions tenants aux compétences de la Cour** et si ces conditions ne sont pas remplies on est pas dans le cadre de la Cour Constitutionnelle : la première condition c'est que **la Cour Constitutionnelle doit se voir dotée du monopole de contrôle de constitutionnalité des lois** certaines cours contrôlent également les actes de l'administration mais pour qu'il y ait une Cour Constitutionnelle il faut qu'elle ait le monopole du contrôle de constitutionnalité des lois. Le deuxième élément c'est que quand on parle des pouvoirs de la Cour Constitutionnelle notamment au regard du contrôle de constitutionnalité des lois **les décisions rendues par la Cour Constitutionnelle doivent être définitives et in-susceptibles de tout recours contre elles**. Quand la Cour affirme que la loi est inconstitutionnelle **la loi doit cesser d'être appliquée sans qu'aucune autorité ne puisse contester cette décision**. Si ce n'est pas le cas on est pas en présence d'une Cour Constitutionnelle. **L'autorité de la Cour ici n'est en quelque sorte que la transposition de l'autorité de la Constitution**. Les Cours reproduisent en quelque sorte l'autorité de la Constitution. **Le seul moyen de contester une décision de la Cour Constitutionnelle est de réviser la Constitution**. Parfois dans certaines dictatures on a créé des Cours Constitutionnelles notamment pour satisfaire les demandes occidentales, pour essayer de faire croire que la dictature n'en était plus une mais le plus souvent ces Cours se caractérisent par le fait que leur décision n'est pas définitive c'est-à-dire que le pouvoir politique peut parfois écarter les décisions de la Cour et dans ce cas là on est pas dans une Cour Constitutionnelle.
- Le troisième élément caractérisant le modèle européen : le fait que la **Cour**

**Constitutionnelle utilise des techniques de contrôle spécifiques.** Le modèle de la Cour Constitutionnelle est un **contrôle concentré, abstrait et d'action**. Concentré car une seule juridiction. C'est un contrôle **abstrait c'est-à-dire que dans le modèle européen on a pas besoin d'un cas concret pour contester la Constitutionnalité d'une loi**, il est tout à fait possible d'aller voir le juge pour évoquer directement la question de constitutionnalité d'un acte juridique. **Le contrôle est dit parfois d'action parce que la décision d'inconstitutionnalité entraîne non pas la mise de coté de la loi comme dans le modèle américain mais entraîne la disparition totale et définitive de la loi pour l'ensemble du système juridique.** On est dans un modèle totalement différent du modèle américain. **Pour conclure ici deux remarques :** tout d'abord il faut dans le modèle de la Cour Constitutionnelle connaître une **autre distinction** : le **contrôle a priori du contrôle a posteriori**. La **Cour Suprême ne fait que du contrôle a posteriori** mais la **Cour Constitutionnelle peut faire les deux**. Cela signifie que **dans le modèle européen la loi peut être contrôlée à deux moments** : il peut s'exercer **avant son entrée en application** donc la loi est votée par le parlement mais n'est pas encore en application on parle ici de **contrôle a priori** mais il peut s'exercer aussi **après son entrée en vigueur** lors de son application et là on parlera de **contrôle a posteriori**. La loi va être votée par le parlement puis ensuite il y aura l'étape de la promulgation, étape importante car c'est l'entrée en vigueur de la loi, **le contrôle a priori a lieu avant la promulgation** c'est *par exemple* le cas de la France avec l'article 61, et **le contrôle a priori intervient après la promulgation**. Quelques remarques sur cette distinction qui n'est pas que technique. Première remarque **dans le modèle européen la très grande majorité des Cours Constitutionnelles pour ne pas dire la totalité pratique le contrôle a posteriori** la dernière grande Cour a avoir résisté à ce contrôle est la France. Seconde remarque qu'on peut faire c'est que si on préfère le contrôle a posteriori c'est parce qu'on estime que le contrôle a posteriori est **sûrement le contrôle le mieux à même pour garantir le respect de la Constitution**, c'est le contrôle le plus efficace **parce qu'il va s'exercer durant un délai beaucoup plus long mais aussi parce que souvent l'inconstitutionnalité d'une loi va se révéler lorsqu'elle sera en application**, en vigueur c'est à la pratique que l'on va voir si la loi produit des effets inconstitutionnels. Enfin, dernière remarque, **parfois une loi qui n'était pas inconstitutionnelle peut éventuellement le devenir parce que la société a changé**. Donc toutes ces raisons vont faire qu'on préfère le contrôle a posteriori, **toutefois le contrôle a priori n'est pas sans intérêt**. Il présente **deux grands intérêts** : le premier c'est un **intérêt diplomatique** il y aura **moins de conflit entre les juges et les parlementaires si la loi est déclarée inconstitutionnelle avant son entrée en vigueur**, le deuxième intérêt est un **intérêt de sécurité juridique** le contrôle a posteriori peut parfois entraîner des problèmes socialement déstabilisant et c'est pour ça que **parfois une**

**annulation préventive donc a priori a beaucoup moins d'impact sociale qu'une annulation a posteriori.** Dernière remarque sur les compétences des Cours Constitutionnelle : le schéma (*ci-dessous*) reste structurant des deux modèles mais il faut savoir qu'**aujourd'hui la situation du contrôle de constitutionnalité n'est pas aussi claire et aussi simple que ce que le tableau laisse supposer.** Aujourd'hui on s'aperçoit que **les deux modèles vont emprunter des procédures à l'autre** il y a du contrôle par voie d'action au sein de la Cour Suprême et surtout il y a beaucoup de contrôle concret de la procédure de la Cour Constitutionnelle.

<b>COUR SUPREME</b> (Contrôle a posteriori)	<b>COUR CONSTITUTIONNELLE</b> (Contrôle a priori ou a posteriori)
Diffus	Concentré
Concret	Abstrait
Exception	Action

3. Aujourd'hui le contrôle de constitutionnalité est devenu une activité très importante en droit constitutionnel et la question qu'on doit se poser au fond c'est : **est-ce que l'importance prise par le contrôle de constitutionnalité ne vient pas donner raison à ceux qui défendaient la théorie du gouvernement des juges ? Est-ce que le contrôle de constitutionnalité n'a pas aujourd'hui pris trop de place dans le droit constitutionnel ?** Pour répondre à cette question il faut prendre en considération deux éléments : tout d'abord **d'un point de vue quantitatif la réponse est non** certes il y a énormément de décisions rendues par le juge constitutionnel (depuis 2010 le Conseil Constitutionnel a rendu plus de décision qu'il n'en avait rendu depuis sa création en 1959) mais **cette inflation n'est pas constitutif du gouvernement des juges tout simplement parce que le développement quantitatif des décisions du contrôle de constitutionnalité correspond au développement du droit dans la société.** En revanche d'un **point de vue qualitatif** la question qui se pose c'est : **est-ce que le juge ne devient pas un nouveau législateur ?** Cette question du juge qui remplace le parlement avait été engagé par **Kelsen dès 1920 il s'était posé la question de savoir ce qui distinguait le juge du parlement.** Il avait alors répondu que le juge comme le législateur va créer du droit, soit la création d'un droit par l'adoption soit par l'annulation. En revanche la création du droit par le juge est différente de la création du droit par le législateur parce que d'un coté le législateur crée librement du droit alors que de l'autre coté le juge n'est pas libre de sa création du droit. Le juge ne peut créer du droit que par négation et que s'il est saisi pour le contrôle du droit. Pour Kelsen, cela crée une **différence fondamentale** c'est pour cela qu'il va distinguer le **législateur positif** qui est le **parlement** du **législateur négatif** qui est le **juge.** **Ils sont bien tous les deux législateurs car créateurs de droit mais le législateur parlementaire est un législateur positif parce que libre alors que le juge n'est pas libre.** A partir de cette théorie, le juge ferait du

gouvernement des juges que lorsqu'il devient un législateur positif c'est-à-dire lorsqu'il crée librement du droit. Ainsi, **est-ce que le juge, parfois, devient législateur positif ?** Non globalement le juge dans la plupart de ses décisions reste du bon coté en revanche parfois oui il passe du coté du législateur positif. Il y a **deux techniques juridictionnelles qui parfois amènent le juge à faire du contrôle positif** : la première c'est la **question de l'interprétation**, c'est l'idée que pour qu'un juge dise si *par exemple* l'article 40 est compatible avec la loi il doit définir ce que dit l'article et la loi mais qu'est-ce que c'est qu'interpréter un acte ? Comment le faire, par la connaissance ou par la création ? *Exemple* du droit à la vie et de l'IVG. La **pratique de l'interprétation consubstantielle de l'activité de juger amène parfois à substituer la volonté juge à celle du législateur**. Le juge peut parfois être amené à se substituer au parlement par le biais de l'interprétation des normes. Une **autre technique juridictionnelle** pose la question du législateur négatif c'est ce qu'on va appeler le **contrôle de constitutionnalité en carence** c'est **quand la loi est inconstitutionnelle n'ont pas en raison de ce qu'elle dit mais en raison de ce qu'elle ne dit pas, en raison de ses lacunes**. *Par exemple* une loi autorise l'avortement sans donner un certain nombre de garantie au respect du droit à la vie. Dans cet exercice là le **juge devient un législateur positif car il va dire au législateur qu'il aurait du écrire un certain nombre de chose qu'il n'a pas écrit et c'est pour cela qu'il va déclarer la loi inconstitutionnelle sous entendu qu'il écrit la loi à sa place**. Là c'est de la législation positive. Ce concept de gouvernement des juges est un concept extrêmement compliqué, important qui reste toujours d'actualité c'est une des grandes questions du droit constitutionnel : **jusqu'où le juge peut aller ?** Autant ce débat est très important en Europe autant **aux Etats-Unis c'est un fait acquis le juge a presque tous les pouvoirs**.

14.11.13

- **§2 La protection des droits fondamentaux**

Dans les Constitutions il y a un certain nombre de matières qui sont traitées et notamment dans ces matières il y a l'**idée que la Constitution garantit des droits que l'on va qualifier de droits fondamentaux**. Ce sont des libertés qui sont accordées aux citoyens et **ces libertés sont protégées par le fait qu'elles sont inscrites dans la Constitution** et sont donc **bénéficiaires en quelque sorte de la garantie des normes constitutionnelles**, notamment au travers du contrôle de constitutionnalité. Ces droits fondamentaux constituent donc un **élément de limitation du pouvoir de l'État** et évidemment c'est la **limitation la plus importante dans la mesure où elle touche aux libertés des citoyens**. Cette catégorie des droits fondamentaux est devenu un élément très important du droit constitutionnel. On va l'étudier autour de deux idées :

- 1) **Les Constitutions définissent les droits fondamentaux**

- 2) **Les Constitutions vont venir organiser des mécanismes juridiques**

**spécifiques de protections des droits fondamentaux** c'est-à-dire qu'au sein du contrôle de constitutionnalité il va y avoir en quelque sorte des procédures spéciales qui vont venir protéger les droits fondamentaux.

Par certain coté les droits fondamentaux sont les dispositions constitutionnelles les mieux garanties parce que **généralement il y a des mécanismes spéciaux au sein du contrôle de constitutionnalité qui vont protéger particulièrement les droits fondamentaux**. Les droits fondamentaux bénéficient d'une sorte de **double protection**.

### **A) La Constitution détermine le champ des droits fondamentaux**

Ici l'idée de base c'est de dire que **dans toutes les Constitutions modernes on trouve désormais un catalogue des droits fondamentaux** c'est-à-dire **une liste de droits qui sont affirmés et qui visent à protéger les citoyens**.

Cette idée de catalogue des droits fondamentaux introduit dans la Constitution c'est une **idée extrêmement ancienne**. Le premier texte date de 1215 c'est la « Magna Carta » britannique, en 1689 « Bill of Rights » britannique également, en 1776 « la Déclaration d'Indépendance » des Etats-Unis et enfin le 26 août 1789 « La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen ». On peut même aller plus loin, beaucoup d'historien font remonter cette idée d'insertion des catalogues de droits fondamentaux à la tradition judéo-chrétienne et des dix commandements. Ce qui est clair c'est qu'**aujourd'hui toutes les Constitutions au monde ont des catalogues de droits fondamentaux**.

Cette présence systématique de catalogues de droits fondamentaux soulève deux questions :

- 1) **La question de la complexité des droits fondamentaux**
- 2) **La question des contradictions pouvant exister au sein des droits fondamentaux**

On va essayer d'illustrer ces deux questions autour de deux exemples tirés de la Constitution française du 4 octobre 1958.

**Les droits fondamentaux garantis par la Constitution française se trouvent placés avant l'article 1 dans le préambule** et ce texte a une valeur constitutionnelle.

*Une remarque tout d'abord la Constitution française utilise le préambule mais d'autres Constitutions intègrent les droits fondamentaux dans le texte même de la Constitution.*

Le texte du préambule est intéressant en France car **sur la base du préambule**, texte très court, on va s'apercevoir qu'**en France il y a plusieurs textes qui sont introduit dans la Constitution** et **chacun de ces textes comportent des droits fondamentaux** et chacun de ces textes sont donc introduit indirectement dans la Constitution.

**Le premier texte auquel le préambule fait référence c'est la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen ce texte a été écrit le 26 août 1789.** C'est assez classique qu'une Constitution moderne réintroduise un texte ancien en matière de droits fondamentaux. **Le deuxième texte auquel le préambule fait référence c'est le préambule de la Constitution de 1946** (de la IV<sup>e</sup> République). Là encore c'est assez classique. **Le dernier texte figurant dans le préambule c'est la charte pour l'environnement introduit en 2004 par une révision constitutionnelle.** Cette charte rédigée avant 2004 est le fruit d'une commission d'expert qui a proposé un texte donnant un certain nombre de droits et de libertés comme par exemple le principe de précaution consistant à dire qu'il faut faire attention aux conséquences écologiques de certaines mesures.

Premier constat : lorsqu'on parle de complexité des droits fondamentaux la France illustre bien cette complexité puisque **trois textes sont introduits dans le préambule et ces trois textes font référence à une certaine catégorie de droits fondamentaux. Le seul véritable apport de la Constitution de 1958 c'est la charte de l'environnement** puisque les autres textes ont été écrit respectivement en 1789 et 1946.

Les trois textes que l'on vient de voir permettent d'avoir une idée assez réduite de la complexité des droits fondamentaux. **La complexité vient du fait que le préambule de 1946 est lui même composé de trois parties qui font référence à trois textes différents.** Ainsi il y a en réalité cinq textes de droits fondamentaux dans la Constitution de 1958.

**Le premier de ces trois textes intégrés dans le préambule de 1946 c'est la DDHC de 1789** c'est-à-dire que lorsqu'on a rédigé le préambule de 1946 on a déjà voulu intégrer la DDHC. Cette double citation n'a pas de conséquence juridique particulière c'est simplement symbolique. En revanche **le préambule va créer deux autres catégories de droits fondamentaux :**

- La première ce sont des « **principes Politiques, Économiques et Sociaux particulièrement nécessaires à notre temps** » écrit en 1946. Ces principes sont listés et ce sont des droits fondamentaux. Il y a 18 articles.
- La deuxième ce sont des « **Principes Fondamentaux Reconnus par les Lois de la République**, écrit en 1946. Ce ne sont pas les mêmes que les principes politiques, économique et sociaux.

Ainsi il y a dans le préambule de 1946 trois textes de droits fondamentaux : DDHC, PES et PFRL. Donc **on peut considérer que dans la réalité font partis de la Constitutions de 1958 ces trois textes intégrés dans le préambule de 1946.** Les droits fondamentaux en France c'est donc trois textes qui font référence en réalité à cinq textes et d'ailleurs ces textes même s'ils sont tous juridiquement ré-adoptés en 1958 ont été rédigés à des périodes très différentes : 1789, 1946, 2004.

**La complexité ne s'arrête pas là.** Il y a plus complexe. **On va maintenant s'intéresser aux PFRLR parce qu'ils ont un statut particulier.**

**La Constitution de 1946 puis de 1958 détermine qu'il y a bien une catégorie de**

**PFRLR sauf que la Constitution ne fait pas la liste de ces principes.** Elle dit qu'ils existent mais ne dit pas ce qu'ils sont. Pendant longtemps, on enseignait que ces principes n'existaient pas : Quelles lois ? Quelles républiques ? Mais ce n'est plus possible car **le 16 juillet 1971 le Conseil Constitutionnel a rendu une décision extrêmement importante** c'est peut être la décision aujourd'hui la plus importante. **Il était saisi d'une loi, très politique, qui avait été adopté pour empêcher la création d'un journal qui s'appelait « La cause du peuple »,** journal d'extrême gauche dirigé par Jean Paul Sartre, il était **lui même l'émanation d'une association « les amis de la cause du peuple »** mais ce journal n'était **pas au pouvoir à l'époque donc le journal est interdit par l'adoption d'une mesure administrative.** Le préfet puis le ministre de l'intérieur interdisent cette association par conséquent **les tenants de cette association vont saisir le tribunal administratif en affirmant que l'acte du préfet n'est pas légal,** le juge administratif a alors affirmé qu'**effectivement l'acte n'est pas légal donc il disparaît.** Mais, **le ministère de l'intérieur fait voter une loi qui en quelque sorte permet l'interdiction de cette association.** Mais la loi est alors **déférée au Conseil Constitutionnel car elle ne paraît pas conforme à la Constitution pour certain.** Ainsi **le 16 juillet 1971 le Conseil Constitutionnel va examiner cette fameuse loi par rapport à la Constitution.** Il faut savoir que c'est une affaire extrêmement politique et que le Conseil n'a jamais été très indépendant politiquement jusqu'alors. Mais cette fois, **la loi est déclarée inconstitutionnelle et disparaît** sur le motif du **préambule et notamment sur les PFRLR.** L'argument du Conseil Constitutionnel c'est de dire que **la liberté d'association est un principe fondamental reconnu par les loi de la République et comme les PFRLR sont dans le préambule de la Constitution si on porte atteinte à ces principes on viole tout simplement la Constitution.** Cette décision de 1971 est doublement importante : elle est d'abord importante parce qu'elle **fait triompher la Constitution sur la majorité** c'est la première fois qu'en France le juge s'oppose au pouvoir politique mais pour nous elle est d'autant plus importante qu'elle **affirme l'existence juridique des PFRLR.** On ne pourra plus dire que ces principes n'existent pas puisque le juge s'en est servi. Mais la **décision de 1971 rend d'autant plus important le besoin de définir ces principes.**

La décision impose donc de réfléchir sur le contenu de ces principes. Mais comment faire ? **Généralement, lorsqu'on veut interpréter un texte, lorsqu'on veut comprendre le contenu d'un texte dont on ne sait pas trop ce qu'il y a dedans on va s'interroger sur ce que les auteurs du texte ont voulu dire** c'est-à-dire qu'on va **aller voir dans les débats parlementaires ce qu'on voulait écrire à ce moment là.** Donc on va aller voir en 1946 qui et pourquoi on a créé cette catégorie. Lorsqu'on fait ça on s'aperçoit en fait que **les PFRLR ont été inscrit dans la Constitution sous l'impulsion d'un député du Mouvement des Républicain Populaire : Maurice Guérin.** Le MRP était un **parti démocrate chrétien.** M. Guérin dit que les **principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ont pour objet de garantir l'œuvre sociale de la III<sup>ème</sup> République** c'est-à-dire qu'il fait référence à des lois adoptées tout au long de la République où on a adopté des **lois très importantes du point de vue social** (loi sur la liberté syndical, loi sur les congés payés, sur l'interdiction du travail le dimanche etc). M. Guérin affirme que ces lois sont



tellement importantes et comportent des **principes tellement importants qu'il faut les mettre dans la Constitution**. Donc **à priori quand on veut savoir ce qu'il y a dans les PFRLR on va chercher dans les lois sociales**. Sauf que M.Guerin utilise cet argument des lois sociales mais **pense en fait à d'autres libertés et notamment à une loi adoptée en 1931 qui fait de la liberté d'enseignement un principe essentiel de la République**. Cette liberté d'enseignement c'est le **droit de créer des écoles privées d'enseignement et la plupart du temps confessionnelles**. **M. Guerin fait parti du MRP il est donc attaché à la religion**. Ainsi, s'il a menti c'est parce que la majorité était socialiste, communiste et donc plus attachée aux lois sociales qu'à la religion. C'est vraiment une **tactique politique**. **Le problème c'est qu'aujourd'hui il est impossible de savoir ce qu'on a voulu mettre dans les PFRLR puisque l'auteur a admis avoir menti**, on ne peut pas rationnellement de ce que l'auteur a voulu dire. La question qui se pose c'est comment déterminer le contenu des PFRLR. **La seule réponse juridique valable c'est que les principes fondamentaux sont ceux que le juge constitutionnel a décidé**, c'est le conseil constitutionnel qui va déterminer si tel ou tel principe fait parti des PFRLR. **Pour caricaturer : il fait ce qu'il veut**. Ainsi, **régulièrement le Conseil Constitutionnel va créer ou découvrir depuis 1971 des nouveaux principes fondamentaux**.

**Aujourd'hui on peut donner une définition des PFRLR** : « ce sont des principes essentiels consacrés de manière continue par le législateur républicain jusqu'en 1946 et qui concernent le domaine des libertés individuelles ». Le Conseil constitutionnel a donné **trois critères : principes essentiels, reconnus de manière régulière et touchant à la liberté**. Mais cette définition présente deux caractéristiques : c'est une **définition a posteriori** c'est-à-dire qu'on la bâtie après que le conseil est rendu suffisamment de définition pour en faire une synthèse et enfin c'est une **définition jurisprudentielle** on a exactement ici la définition du **gouvernement des juges** c'est-à-dire le fait que c'est ici dans la réalité le juge qui gouverne puisqu'il écrit le texte.

=> on voit ici l'extrême complexité des droits fondamentaux.

**La définition constitutionnelle n'est pas uniquement complexe mais est aussi porteuse de contradictions**. Il y a **deux grandes contradictions dans les Constitutions** à propos des droits fondamentaux :

- 1) Est-ce que la Constitution a le monopole de l'affirmation des droits fondamentaux ? Sous entendu, **est-ce que le critère de fundamentalité réside exclusivement dans l'inscription dans la Constitution ?**

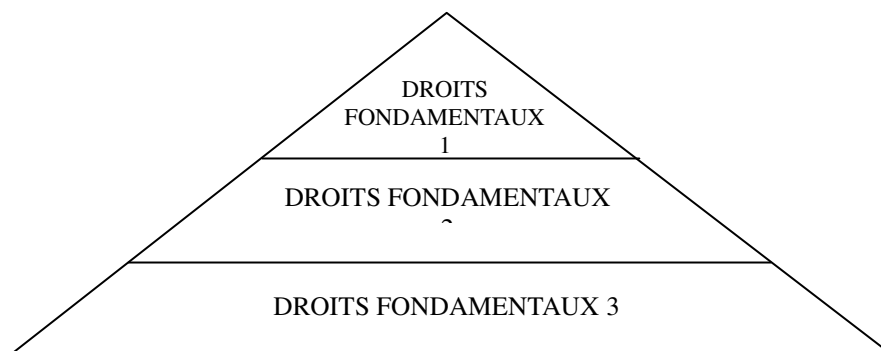
Cela soulève deux questions :

- **Est-ce que tous les droits fondamentaux sont dans la Constitution ?** La réponse à cette première est claire **a priori NON** car il y a des **textes internationaux qui garantissent des droits fondamentaux** à coté des Constitutions comme *par exemple* la CEDH. Donc à coté des droits fondamentaux constitutionnels il y a ce qu'on va appeler des **droits**

**fondamentaux conventionnels. De plus, rien ne vient garantir que tous les droits fondamentaux sont inscrits dans la Constitution, sous entendu le constituant peut très bien avoir voulu oublier ou écarter certains droits fondamentaux dans la Constitution** puisqu'il est complètement maître de ce qu'il met dans la Constitution. Il y a des droits fondamentaux qui peuvent très bien ne pas être dans la Constitution, elle peut très bien ne pas suffire. **Donc l'hypothèse de fundamentalité ne réside pas exclusivement dans l'inscription de ces droits dans la Constitution.** Il peut y avoir des droits fondamentaux par nature quand bien même la Constitution ne les reconnaît pas.

- **Est-ce que tous les droits constitutionnels sont véritablement des droits fondamentaux ?** Est-ce qu'il suffit d'être inscrit dans la Constitution pour être considéré comme un droit fondamental ? La réponse est compliquée parce que **intellectuellement NON mais juridiquement OUI** parce qu'à partir du moment où un droit même s'il apparaît ridicule est dans la Constitution aucune loi ne pourra remettre en cause ce droit.

Ceci explique pourquoi **parfois certaines Constitutions vont créer une espèce de hiérarchie à l'intérieur des droits fondamentaux.** Zoom sur l'étage constitutionnel : droits fondamentaux de premier niveau, droits fondamentaux de deuxième niveau et droits fondamentaux de troisième niveau.



**Chaque niveau de droits se voit affecté d'un mécanisme spécifique de protection.** Ainsi, **ce système permet au législateur d'introduire beaucoup de droits dans la Constitution tout en établissant une hiérarchie très stricte** c'est *par exemple* le cas de la Constitution espagnole qui prévoit trois catégories de droits. Mais c'est le constituant et le constituant seul qui décide comment se hiérarchisent les différents droits fondamentaux.

**Donc la première grande contradiction c'est le critère de contradiction de fundamentalité.** Tous les droits fondamentaux ne sont pas automatiquement reconnus par la Constitution et tous les droits constitutionnels ne sont pas **a priori** automatiquement fondamentaux. Il y a des droits fondamentaux extra-constitutionnel mais il peut très bien y avoir des droits constitutionnellement garantis dont on peut penser qu'ils n'ont pas exactement le niveau de la fundamentalité.

**Dernière remarque :** si l'on revient à l'origine historiquement des textes ce sont des

**textes qui sont adoptés alors que le contrôle de constitutionnalité n'existe pas** ce qui veut dire que les grands textes de référence en matière de droits notamment la DDHC de 1789 quand on les adopte on a eu une **portée plus philosophique et politique que juridique**. Dans la DDHC il y a une symbolique quasi religieuse donc on ne sait pas vraiment posé la question de savoir comment le juge allait le faire respecter, le droit n'est venu que dans un deuxième temps, **la juridictionnalisation des droits fondamentaux n'est venue qu'après**. La DDHC s'adresse à tous les Hommes, de tous les pays et de tous temps.

- 2) Les **droits fondamentaux reconnus par une même Constitution peuvent très bien porter des valeurs opposées et donc qui se contredirent**. Plus il y a de droits fondamentaux plus il y a de risque qu'ils se contredisent surtout s'ils ont été rédigés à des périodes et des personnes différentes voire opposés.

**Cette deuxième contradiction est très importante, notamment en France avec des textes de 1789, de 1946, de 2004 c'est-à-dire des textes qui témoignent grosso modo de toute l'histoire de France il y a donc un risque très important de contradiction.**

19.11.13

La portée du problème : on a **dans la même Constitution un ensemble de textes porteurs de valeurs différentes**. Ces différences sont très facilement explicables un texte a été adopté en 1789, un autre en 1946 et un autre en 2004 ainsi la **sensibilité politique des rédacteurs des textes est relativement très différentes**. Le problème c'est que ces différences de contenu devraient pouvoir être dépassées dans la mesure où elles interviennent dans le même texte constitutionnel et que ce texte doit être appliqué par le même juge. **Que va faire le juge si les deux textes 1789/1946 sont incompatibles ?** C'est une question extrêmement complexe d'autant plus que les **différences qui vont séparer la DDHC de 1789 et le préambule de 1946 sont de deux natures :**

- 1) D'abord il y a une différence quant au **fond du texte c'est-à-dire que le texte de 1789 dans son contenu repose sur le concept de liberté, le texte de 1946 lui repose sur le principe d'égalité**. Le texte de 1789 est un **texte économiquement libéral** qui fait notamment beaucoup de place au **droit de propriété**, le texte de 1946 est **au contraire plus fondamentalement un texte socialiste** par certains égards quasi marxiste et qui insiste lui beaucoup plus sur le **monde du travail et sur la position du citoyen au travail**. In fine, le texte de 1789 **protège le propriétaire**, le texte de 1946 **protège le travailleur employé par le propriétaire**. Ce ne sont pas les mêmes principes qui sont défendus.
- 2) La **deuxième série de divergence porte sur la protection et le rôle de l'État dans cette protection**. En 1789 l'État est désigné de deux manières : **tout d'abord l'État est un danger potentiel pour les libertés il convient donc de limiter son rôle** et à la suite de cette désignation de l'État comme danger potentiel des libertés **on affecte à la loi une mission de garantie des libertés la loi devant préserver la liberté**. En 1946, c'est l'inverse l'État est présenté

**comme un instrument nécessaire et indispensable à la réalisation des libertés, sans État il n'y a pas de liberté ni de droits et la loi dans ce prolongement là est présentée comme un instrument non plus de garantie de la liberté mais comme un instrument nécessaire d'établissement des conditions sociales permettant l'usage de la liberté.**

Dans le détail :

Le **texte de 1789 est composé de 17 articles**, il a été rédigé par les États Généraux qui se sont transformés en assemblée nationale constituante dans les premiers jours de la révolution française. **La rédaction de ce texte est donc très marquée par le contexte historique, elle est d'abord marquée car rédigée principalement par les représentants du tiers États** (grande bourgeoisie industrielle et paysanne) et elle est **rédigée dans un contexte extrêmement tendu puisque au cours de l'été 1789 on a plusieurs journées révolutionnaires et notamment la tentative du roi de s'opposer à la révolution**. Les rédacteurs du texte de 1789 sont entre deux feux : ils doivent se battre contre l'absolutisme royal car la monarchie française ne veut pas céder son pouvoir mais ils doivent également faire attention aux révoltes populaires qui commencent à se mettre en place. Ainsi, la bourgeoisie libérale va adopter le texte de 1789, dans l'urgence, et décide notamment de ne pas reclasser les articles dans un ordre logique car les rédacteurs pensent qu'ils auront le temps par la suite de revenir dessus ce qui ne sera pas le cas donc c'est un texte **inachevé** et cela indique qu'il ne faut pas tenir compte de l'ordre du texte. Dans cette déclaration il y a **trois points qui sont très importants** :

- La DDHC repose sur le **principe du droit naturel** c'est-à-dire que pour les rédacteurs du texte les **Droits de l'Homme sont considérés comme inhérents à la personne humaine et à la nature humaine**. Ce n'est pas l'État ni la société qui donnent aux Hommes des droits, la seule chose que peut faire l'État et la société c'est de découvrir ces droits et les reconnaître aux Hommes. Ces **droits sont imprescriptibles et fondateurs de l'humanité, personne n'a le droit de les remettre en cause**. => On est dans un fondement libéral.
- Le texte de 1789 est bâti autour d'une **dualité** : il organise son principe autour du **concept des Droits de l'Homme distingué du Droits des Citoyens**. Les **droits de l'Homme sont les droits les plus importants car inhérents à la nature humaine** ceux avec lesquels l'humain apparaît et les **droits du citoyen sont les prolongements des droits de l'homme dans la société** c'est un peu le mode d'emploi des droits de l'Homme dans une société donnée. **L'article le plus important de la DDHC est assurément l'article 2** car c'est celui-ci qui définit quels sont les droits de l'Homme, ces **droits sont qualifiés de droits naturels et imprescriptibles** et l'article 2 va donner en la liste ainsi il y a quatre droits de l'Homme : **la liberté, la sûreté, la propriété et la résistance à l'oppression**. On constate d'emblée que ne figure pas l'égalité dans cette liste. Ensuite, les **droits du citoyen développés dans différents articles ne sont que le prolongement social des droits de l'Homme, que sa définition juridique** *par exemple* l'article 2 dit que la propriété est un droit naturel et

imprescriptible et l'article 17 dispose que nul ne peut être privée de propriété sauf exceptions nécessité publique, loi qui le constate, juste et préalable indemnité. C'est l'article 2 qui va commander l'existence de l'article 17 et il en va de même pour tous les autres principes à savoir la sûreté, la liberté et la résistance à l'oppression. **De ce point de vue là, c'est un texte remarquable par sa technique et sa logique juridique.**

- Il y a dans le texte des **instruments qui n'ont pour seul objectif que de permettre l'existence et le respect des Droits de l'Homme et du Citoyen.** Par ailleurs, ces instruments n'ont d'intérêt que comme **vecteur permettant la réalisation des Droits de l'Homme.** Dans ces dispositions de réalisations deux méritent d'être particulièrement mis en évidence, le premier c'est **l'article 1 qui pose le principe de l'égalité « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit »** mais il ne s'agit que d'une **égalité juridique** de naissance et l'égalité n'est pas un droit de l'Homme c'est un instrument juridique permettant la réalisation des droits de l'Homme. **Cette égalité juridique n'est en rien une aspiration à l'égalité sociale.** Il était d'ailleurs prévu un article dans lequel il était affirmé que « l'inégalité des propriétés est une suite naturelle de l'inégalité des talents » sous entendu on a le droit de bâtir une société en soit inégalitaire. Ainsi, **ce que l'article 1 prohibe c'est la noblesse.** La deuxième notion importante c'est **l'article 5 de la déclaration qui dispose « la loi n'a le droit d'empêcher que des actions nuisibles » ce qui signifie que la loi n'a pas le droit de faire des actions positives.** On est tout à fait ici dans la traduction juridique du libéralisme ce qu'on appellera un peu plus tard « l'État gendarme » celui qui régule et empêche des actions nuisibles. Ce texte de 1789 est extraordinairement cohérent c'est un **texte libéral politiquement, économiquement, sociologiquement.** Il n'a pratiquement jamais été modifié, la seule modification est celle de l'article 17 à cause de sa grammaire, sa formulation.

**Le texte de 1946 est un texte un peu basé sur le même modèle, il est composé de 18 articles.** Son contexte historique est évidemment extrêmement différent, il est **adopté lors des débats constitutants de 1946 par une majorité extrêmement à gauche dominé par le parti communiste et un parti socialiste marxiste,** il est en plus largement inspiré d'un document qui est le programme du conseil national de la résistance (adopté pendant la guerre) texte lui aussi extrêmement social et engagé. De plus, le texte de 1946 est **adopté dans un environnement international et social compliqué puisqu'il est adopté après la 2<sup>nd</sup> guerre mondiale** c'est-à-dire où l'Union Soviétique bénéficie d'un pouvoir international considérable et la situation sociale compte tenu de la guerre est une situation de très grandes misères (cf : plan Marshall). **Le texte de 1946 repose lui aussi sur plusieurs éléments et notamment sur trois :**

- Le premier élément c'est que le texte de 1946 se présente comme la **continuation historique du texte de 1789** d'ailleurs il cite expressément dans son article 1 le texte de 1789 et un des projets de ce texte c'est d'**actualiser les droits des citoyens, de donner une coloration plus moderne** *par exemple* le

principe de sûreté est défini comme le droit d'asile pour les combattants de la liberté sur le territoire de la République, dimension qui n'existait pas en 1789 mais on peut considérer que c'est une continuation moderne, autre prolongement le **principe d'égalité juridique défini en 1789 va être actualisé en 1946 avec l'égalité homme/femme proclamée dans l'article 2 du texte.** Ainsi, ce premier élément est une actualisation de la DDHC.

- Le deuxième élément c'est que le **texte de 1946 s'appuie, développe des droits spécifiques au monde du travail, c'est une véritable rupture car la DDHC ne l'envisageait pas du tout, par exemple** il développe le droit syndical, le droit de grève (article 7), la possibilité pour les travailleurs de participer à la gestion des entreprises (article 8), il développe également l'assurance chômage, la formation professionnelle continue, etc. **Il va donc donner un certain nombre de droits qui ne sont pas rattachables à la DDHC de 1789, c'est un texte écrit par des marxistes, des partis de gauche qui souhaitent protéger spécifiquement les ouvriers, les travailleurs.** On commence à entrer en rupture avec le texte de 1789, **ce ne sont plus des droits conférés aux propriétaires mais aux travailleurs.**
- Enfin, le troisième élément structurant c'est que le **préambule de 1946 assigne à l'État et à la loi un rôle extrêmement différent** de celui qui lui était assigné en 1789 d'abord parce que le texte de 1946 **accorde des droits de créances c'est-à-dire des droits que l'État doit satisfaire, par exemple le droit au travail, au logement, à l'éducation = l'État a le devoir de pourvoir du travail aux citoyens, l'État a le devoir de mettre en place le système éducatif.** On est ici dans une mécanique intellectuelle très différente. Dans le texte de 1946 et dans le prolongement de ce rôle spécifique de l'État **la loi est définie de façon extrêmement différente l'article 10 dispose « la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement » et l'article 11 dispose « la Nation garantie à tous notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence. ».**

Ces articles 10 et 11 sont à mettre en parallèle avec les articles 1 et 5 évoqués plus haut car les articles 10 et 11 de 1946 présentent **trois grandes différences** :

- le **rôle de l'État** qui n'a le droit d'interdire que des actions nuisibles qui **doit être un gendarme en 1789** alors qu'en **1946 l'État a le devoir d'intervenir pour des conditions normales d'existence** ;
- les **domaines d'interventions** en **1789 l'État doit laisser faire il y a donc des domaines qui lui sont interdits** en **1946 il n'y a aucun domaine de la vie sociale qui ne relève pas de la vie étatique** puisque **l'État doit assurer les repos et les loisirs** ;

- la **définition de l'égalité** en 1789 et en 1946 sont deux éléments très différents mais surtout très opposés en **1789 on a une égalité juridique** et en **1946 on a une égalité sociale**, l'État en 1789 doit constater l'égalité juridique, l'État en 1946 doit bâtir l'égalité sociale. Les deux textes sont au fond basés sur le même modèle de raisonnement **on affirme le principe d'égalité et on vient énoncer presque un certain nombre d'exceptions, de dérogations possibles** mais en **1789 l'affirmation de l'égalité est immédiatement tempérée par l'autorisation d'inégalité pour les plus talentueux, les plus vertueux et les plus utiles**, en 1946 c'est le même mode de raisonnement **on pose le principe de l'égalité et on vient affirmer les dérogations aux principes d'égalité cette fois explicitement elles ne visent plus les plus forts mais les plus faibles ceux qui sont socialement menacés**, en 1946 on affirme que c'est à la loi de donner plus aux faibles qu'aux autres.

•

**Entre ces deux articles on a toute la différence philosophique, sociale et politique, ces deux textes s'opposent en tout. Le problème c'est qu'ils sont dans la même Constitution** et sont également applicables au titre du contrôle de constitutionnalité. Ce n'est **pas un problème théorique** *par exemple* nationalisation des entreprises en 1989 interdiction de le faire en 1789, autorisation en 1946. **Le juge constitutionnel va devoir gérer ces contradictions et il n'y a aucun moyen juridique permettant de résoudre ces problèmes** même si certain on voulu établir une hiérarchie entre les deux textes en fonction de leur date cela n'a pas de valeur car la seule chose qui compte c'est la Constitution de 1958 car ces deux textes sont en quelque sorte ré-écrit dans la Constitution de la V<sup>ème</sup> République et n'ont donc plus vraiment de date. En même temps, **il ne faut pas voir dans la situation actuelle une situation qui n'est qu'illogique bien sur juridiquement ça l'est mais cet illogisme juridique doit être nuancé par un autre élément**. Si on regarde la structure du préambule de 1958 : un texte date de 1789, des PFRLR surtout adopté par des lois entre 1875 et 1946, le texte de 1946 et depuis 2004 la charte de l'environnement. Si on traduit : **on a des textes libéraux, républicains et laïques, socialistes et écologistes c'est-à-dire qu'on a des textes dans le préambule qui incarnent toutes les grandes tendances de pensées de l'histoire et de la société française**. Chacun de ces textes vont incarner une conception politique de la France. Ce n'est donc pas illogique car aujourd'hui la **pensée politique de la France est à la fois libérale, républicaine, laïque, socialiste et écologiste**, il n'est pas anormal que la **Constitution reflète les contradictions et l'identité de la France**. Il y a bien une France socialiste, il y a bien une France républicaine, il y a bien une France extrêmement libérale et une France écologiste.

La question qu'on peut se poser alors est la suivante : **est-ce qu'il vaut mieux une Constitution juridiquement cohérente mais socialement et historiquement artificielle ? ou est-ce qu'il faut une Constitution socialement et historiquement cohérente au risque qu'elle puisse être juridiquement moins rationnelle ?**

## **B) Les mécanismes constitutionnelles de protection des Droits Fondamentaux**

Ici la question qui se pose est finalement assez simple : **Comment sont protégés juridiquement les textes qui viennent garantir la présence des Droits Fondamentaux ?**

Il y a une double réponse à donner :

- 1) Puisque les DF sont dans la Constitution ils **bénéficient de la protection du statut de la Constitution** c'est-à-dire qu'ils vont être **protégés par le contrôle de constitutionnalité** comme n'importe quel autre texte constitutionnel. C'est donc le juge constitutionnel qui va faire respecter les DF.
- 2) Beaucoup de systèmes constitutionnels vont **accorder aux DF un statut particulier c'est-à-dire vont reconnaître aux DF des mécanismes de protection spécifiques** qui viennent en quelque sorte s'ajouter au contrôle de constitutionnalité global.

A partir de ce constat de l'idée qu'il y ait des mécanismes spécifiques il va donc exister **un droit spécial de la protection des DF, des règles spéciales chargées de les faire respecter**. Pour comprendre ces règles il faut comprendre deux principes :

- La garantie juridique des DF présente conceptuellement un certain nombre de particularités. Il y a **trois particularités au droit de la garantie des DF**: la première c'est que souvent **à l'intérieur d'un État la garantie des DF n'est pas exclusivement un problème de juge constitutionnel** cela veut dire que le juge constitutionnel est évidemment prioritairement concerné par cette protection mais que **les autres magistrats peuvent également être amenés à protéger les DF** c'est le cas pour le juge judiciaire et pour le juge administratif. Par exemple : le juge administratif qui va contrôler un acte de l'administration peut très bien se poser la question de savoir s'il est conforme à la Constitution. **Donc la garantie des DF dépasse le contrôle de constitutionnalité.**
- La garantie des DF n'est **pas exclusivement un problème national sous entendu** : il y a des garanties internationales. La France a notamment signé la CEDH, texte adopté au niveau du Conseil de l'Europe, ce qui veut dire qu'un citoyen français peut demander la protection de ses DF contenus dans la CEDH.
- Le **contrôle juridictionnel de la garantie des droits fondamentaux peut s'assimiler au contrôle de constitutionnalité** parce qu'il s'agit de faire respecter des droits contenus dans une Constitution **mais ce contrôle est généralement une modalité particulière du contrôle de constitutionnalité**. En effet, très souvent le contrôle de la constitutionnalité des DF **s'opère a posteriori et non pas a priori car pour contester une violation il faut d'abord qu'elle soit effective** et c'est aussi très souvent **un contrôle concret car on part d'une violation effective concrète**. Le contrôle de la constitutionnalité des DF est un contentieux constitutionnel spécial basé sur un contrôle a posteriori et concret.



## **Le contrôle constitutionnel de la garantie des DF s'articule autour de deux procédés :**

- Une **procédure de contrôle direct** : les citoyens peuvent saisir le juge constitutionnel quand ils estiment que leurs DF ont été violés. C'est le cas en Allemagne, en Espagne, en Italie, etc.
- Une **procédure de contrôle indirect** : les citoyens vont devant un juge ordinaire pour une affaire à l'occasion de celle-ci ils peuvent évoquer la violation des DF et le juge peut très bien saisir la Cour Constitutionnelle dans le cadre de ce qu'on appelle une question préjudicielle c'est-à-dire que le juge ordinaire va interroger le juge constitutionnel sur le respect ou l'irrespect des DF.

**Ces deux procédures existent dans le droit constitutionnel européen mais il existe des solutions intermédiaires** *par exemple* le système de la **Question Prioritaire de Constitutionnalité** est un système intermédiaire dans la mesure où il **débuté comme lors d'une procédure de contrôle indirect mais le conseil constitutionnel va statuer au delà de cette affaire et la décision s'appliquera à tout le monde.**

26.11.13

### **Partie 2 :**

Cette organisation du pouvoir par les Constitutions s'articule autour de deux idées :

- 1) **La Constitution va déterminer le détenteur du pouvoir** c'est-à-dire les autorités et les forces sociales qui disposent du pouvoir
- 2) **La Constitution va déterminer les modes d'exercices du pouvoir**

Cette première distinction est extrêmement importante car elle renvoie à deux questions fondamentales en droit constitutionnel :

- 1) Qui a le pouvoir ? Autrement dit, c'est la **question juridique de la souveraineté.**
- 2) Comment est exercé le pouvoir ? Autrement dit, c'est le **concept de la séparation des pouvoirs.**

### **Chapitre 1 : le détenteur du pouvoir**

→ Qui détient le pouvoir dans l'État ?

Juridiquement la question du détenteur s'exprime au travers du concept de souveraineté. **La souveraineté est un pouvoir de droit originaire et suprême** ce qui veut dire que c'est le pouvoir fondateur de l'État et donc la question qui se pose c'est **qui va être détenteur de la souveraineté ?**

Cette question, est une question simple dont la réponse est plus compliquée et tient à trois éléments :

- 1) Il peut y avoir énormément de possibilité d'attribution de la souveraineté et c'est la Constitution qui l'établit. Il n'y a **pas une seule réponse**.
- 2) La réponse à la question va évidemment avoir des **conséquences très importantes sur la nature du régime politique mis en place**. Selon que le pouvoir est attribué à un roi, au peuple, à un parti, etc.
- 3) La nature du régime politique va conditionner le **mode d'exercice du pouvoir** ou plus exactement il va y avoir des **règles constitutionnelles spécifiques** selon le type de régime politique qui a été retenu.

La question de la souveraineté repose sur une sorte de mécanisme à trois temps :

- **Qui ? La Constitution**
- **Constitution conditionne la nature du régime politique**
- **La nature du régime conditionne l'organisation constitutionnelle**

Pour chaque réponse possible il y aura un type de régime différent et un mode d'organisation différent.

Enfin dernière remarque, il faut aussi faire attention à une chose. Quand on regarde la pratique constitutionnelle on s'aperçoit que les modèles théoriques essentiels à la compréhension de la Constitution confrontés à la réalité sont plus compliquée. Cette **relation théorie/pratique est aussi extrêmement importante**, c'est une manière de rentrer dans la réalité constitutionnelle.

## **Section 1 : Les théories de la souveraineté**

→ *Qui a le pouvoir dans les Constitutions ?*

En droit constitutionnel, il existe toute une multitude de théories qui vont attribuer la souveraineté à des forces différentes.

**Le premier mode de classification de ces différentes théorie peut s'opérer par une première distinction** : les théories **démocratiques** et les théories **non démocratiques**. Certaines théories considèrent que le **pouvoir doit appartenir au peuple ce sont des théories démocratiques** mais il existe d'**autres théories qui au fond considère que le peuple ne doit pas exercer le pouvoir** et qu'il doit être d'abord confié à d'autres institutions.

- **§1 Les théories non démocratiques**

Dans les Constitutions qui s'appuient sur ces théories le **peuple n'a pas le pouvoir**. A partir de là, il peut être opéré une seconde distinction entre **les théories qui refusent tout pouvoir au peuple (A)** et **les théories qui vont limiter le pouvoir du peuple en choisissant de donner le pouvoir à une partie spécifique du peuple (B)**.

### **A) Les théories qui refusent le pouvoir au peuple**

Dans ces théories le peuple n'a pas le pouvoir donc le plus souvent c'est une

**approche dite théocratique** c'est-à-dire que le **pouvoir n'est pas attribué aux Hommes car il est considéré comme une essence divine**. Le **pouvoir sera exercé au nom de Dieu** et généralement **au travers d'un représentant de Dieu sur la terre**.

Sur la théorie de la théocratie il faut noter plusieurs choses.

1) Tout d'abord, **historiquement la théocratie renvoie à la notion de droit divin**. Le droit est d'essence divine. Mais ces concepts de théocratie ne **débouchent pas sur une confiscation totale du pouvoir** dans la mesure où généralement les sociétés théocratiques séparent le pouvoir de Dieu du pouvoir des Hommes. Elles considèrent que **tout le pouvoir vient de Dieu mais que les Hommes peuvent exercer ce pouvoir**. Ainsi, l'essence du pouvoir est divine mais les Hommes peuvent exercer le pouvoir.

2) **Ces sociétés théocratiques connaissent aujourd'hui, sinon un renouveau, mais continues à exister dans le constitutionnalisme moderne**.

Généralement, la survivance de ce type de société débouche sur des **régimes assez paradoxales car d'une part c'est Dieu qui est désigné comme le titulaire du pouvoir mais d'autre part ce sont les Hommes qui exercent le pouvoir au nom de Dieu**. Prenons trois exemples : (1) **l'Irlande**, un État européen, démocratique, dont la Constitution dans son article 6 dispose que **« les pouvoirs du gouvernement proviennent, après Dieu, du peuple »** cet article montre tout le paradoxe du régime contemporain théocratique, il y a une espèce de **concession**. (2) **Israël**, État né le 14 mai 1948, dont la première tâche a donc été d'adopter la Constitution qui finalement n'a toujours pas été adopté car il est **considéré qu'il ne peut y avoir de texte suprême hormis le texte religieux de la Torah** et donc Israël n'a pas de Constitution car il ne veut pas placer un texte civil au sommet du texte religieux. En 1950, le parlement israélien a adopté une résolution Harabi qui est une sorte de compromis car **pour être fidèle à la Torah les israéliens ont décidé qu'ils n'adopteraient pas un texte global de Constitution mais des lois dites fondamentales** qui vont venir organiser le pouvoir de manière à structurer l'État israélien sans pour autant qu'il y ait au sommet de l'État une Constitution. En 1992 ont été adoptées les deux dernières lois constitutionnelles. Régulièrement dans la vie politique israélienne des revendications de partis religieux se font entendre pour que la Torah soit intégré dans le droit. On est dans **État qui associe droit laïque et droit religieux**. Le pouvoir appartient fondamentalement à Dieu il n'empêche que **pour avoir un bon fonctionnement il faut utiliser un système constitutionnel**. (3) **l'Iran** dont la Constitution a été adopté en 1979 et révisé en 1989, selon cette Constitution **« le gouvernement de l'Iran est une République islamique qui s'exerce sur la base de sa foi séculaire dans la Coran »**. On a bien une affirmation du caractère sacré du pouvoir. A partir de cet article 1, **l'article 2 pose le principe du Dieu unique et dispose de l'exclusivité de législation**. On est toujours dans le système théocratique mais à la suite de cet article 2 un certain nombres de principes sont mis en place et notamment un **certain nombres de points que le gouvernement est tenu de mettre en application il est rendu obligatoire d'éliminer toute forme de despotisme et d'assurer les libertés dans le cadre de la loi**. Là encore,

l'organisation de la Constitution iranienne est finalement assez caractéristique des mêmes difficultés et aménagements rencontrés précédemment car elle **pose le principe de l'islam comme source exclusive du pouvoir mais dans le prolongement de cette désignation de l'islam elle organise un pouvoir qui doit permettre d'assurer les libertés, d'organiser les élections**. Ce qui est peut être le plus symptomatique du compromis de cette Constitution c'est tout simplement qu'il y ait une Constitution. **L'idée de Constitution en tant que source du pouvoir est même contestable**.

Historiquement, ces pouvoirs théocrates correspondent à un mode de formation de l'État à l'origine anti-démocratique. **Progressivement, la théocratie s'est modernisée, s'est adaptée à la structure globale des sociétés** et aujourd'hui la théocratie fait un certain nombre de **concessions au constitutionnalisme** car il ne devrait pas y avoir de Constitution et à **la démocratie** car le peuple est amené à un moment ou un autre à participer.

## **B) Les théories qui limitent le pouvoir du peuple**

Dans ces théories, le **peuple n'est pas désigné comme le titulaire du pouvoir, le titulaire du pouvoir est généralement une partie limitée du peuple** et en général ces théories assument que cette répartition du pouvoir est une théorie d'affrontement. On considère que la société est traversée par un conflit dans lequel il y a un camp qui est considéré comme celui qui détient la vérité et un camp qui est considéré être dans l'erreur. C'est pour cela qu'on parle de **théorie d'affrontement car une partie du peuple a le pouvoir contre l'autre**. *Prenons deux exemples* : dans les deux cas on considère que la **société est un groupe humain dans lequel une partie de la société a le droit d'exercer le pouvoir au détriment de l'autre partie du peuple**.

**Premier exemple** : les **théories raciales** vont estimer que le **groupe se distingue par rapport à des critères raciaux**. C'est l'exemple des **régime d'apartheid** qui vient de **l'Afrique du Sud**, ancienne colonie britannique devenue indépendante au début du **XX<sup>ème</sup>** siècle. C'est un pays dans lequel la **plus grande majorité des habitants sont noirs** et dans lequel se trouve aussi une **minorité blanche issue de la période coloniale elle-même coupé en deux camps** : les **anciens colons britanniques** (minoritaires chez les blancs) et les **colons d'origines allemandes et hollandaises appelés les afrikaners** (majoritaires). De cette structure très complexe est né un **affrontement très fort entre les britanniques descendant de la puissance coloniale et les afrikaners qui ont pris le pouvoir en s'appuyant sur leur domination** et mettent en place un régime dit **apartheid -développement séparé des races-** qui va faire que la **minorité blanche va exercer le pouvoir et que la majorité noire va s'en trouver privée**. Il faudra attendre les années 1990 pour voir le renversement de l'apartheid. La **souveraineté appartient aux blancs qui ont le droit de l'exercer de façon illimité au détriment des noirs**. Une race est considéré supérieure et a le droit d'exercer son pouvoir au détriment d'une minorité supérieure. Le droit constitutionnel du sud de l'apartheid non seulement prévoyait la **supériorité des blancs sur les noirs mais organisait aussi l'impossibilité pour les deux races**

**de se mélanger** (interdiction des mariages, des rapports sexuels, des lieux et d'activités communes). On a ici une organisation de la société qui traverse tous les modes de la société, pas seulement le droit de vote.

**Deuxième exemple** : les théories sociales vont estimer que le groupe va se distinguer par rapport à sa place sociale. C'est l'exemple de l'URSS. Le régime soviétique s'est installé dans l'Empire Russe à partir de 1917 et a perduré jusqu'en 1991. Le système soviétique n'est pas un système raciste mais au contraire il se base sur un système de lutte des classes. Ce système consiste selon l'organisation marxiste que la société est considérée par une classe sociale, un groupe sociale constitué sur la base d'une solidarité économique et pour Marx l'histoire du monde c'est l'histoire de la lutte des classes. Pour lui, l'État est un instrument aux mains d'une classe sociale qui lui permet de dominer une autre classe sociale. Il estime donc que la révolution c'est ce renversement des bourgeois et des prolétaires. L'État marxiste soviétique c'est juste la classe sociale et prolétarienne qui est sensé exercer tout le pouvoir au détriment de la classe bourgeoise c'est la dictature du prolétariat. Ce qui revient à dire que le pouvoir appartient à la classe sociale qui a fait la révolution et donc une partie dispose de la souveraineté à l'encontre d'une autre.

- §2 Les théories démocratiques

Ce sont évidemment les théories les plus importantes. Ce qu'il faut savoir c'est qu'il existe deux grandes théories démocratiques de la souveraineté. On va distinguer entre la souveraineté populaire (A) et la souveraineté nationale (B). Elles sont à priori extrêmement différentes.

### A) La souveraineté populaire

C'est la plus simple de ces deux théories et c'est aussi la plus démocratique. Dans la théorie de la souveraineté populaire dont l'artisan intellectuel est le philosophe Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) tout le pouvoir appartient au peuple. Rousseau est un des deux auteurs les plus importants en droit constitutionnel c'est le père de toute la notion de démocratie moderne. Il va écrire un ouvrage appelé *Le contrat social* (1762) dans lequel il va élaborer la théorie de la souveraineté populaire. Rousseau prend un exemple et affirme que si dans un État il y a dix milles citoyens chacun dispose d'un dix millièmes de la souveraineté. C'est un théorie extrêmement démocratique qui implique de façon consubstantielle le suffrage universel et d'ailleurs Rousseau détermine le suffrage par le terme d'électorat droit, principe inhérent à la nature humaine, droit fondamental des droits de l'Homme. Pour Rousseau, le meilleur exemple de la démocratie directe est celui d'Athènes et celui qu'on peut trouver dans les cantons suisses où tous les électeurs peuvent être réuni sur une place pour participer directement.

Rousseau va utiliser, pour définir la théorie de la souveraineté populaire, le concept

**de volonté générale.** Il estime que la volonté générale est la **conséquence de la souveraineté populaire**, dans la pensée rousseauiste une erreur est souvent faite à propos de la volonté générale : on a tendance à considérer que pour Rousseau la volonté générale est la majorité. **Pendant longtemps, a été reproché à Rousseau d'organiser la dictature de la majorité sur la minorité**, la volonté générale considérée comme la volonté du plus grand nombre. **En réalité, si on lit bien l'ouvrage de Rousseau on s'aperçoit que le concept de volonté général est un concept plus qualitatif que quantitatif.** Qualitatif car quand Rousseau parle de volonté générale **il faut entendre l'intérêt général** et estime que **quand le citoyen vote il doit individuellement faire prévaloir l'intérêt de la société au détriment de son intérêt personnel.** Il y a dans la démocratie rousseauiste une dimension extrêmement altruiste, quasiment idéale de faire prévaloir l'intérêt de tous au détriments des intérêts particuliers.

**La théorie de la souveraineté populaire, au delà de son caractère incontestablement démocratique, est marquée par une contradiction fondamentale** qui n'a pas encore été résolu aujourd'hui entre la **démocratie et le droit des minorités** : c'est une **opposition majorité/minorité** encore aujourd'hui structurelle du droit constitutionnel, **comment faire en sorte qu'un régime soit démocratique tout en respectant le droit des minorités ?** « Pour que les hommes se gouvernent seuls il faudrait qu'ils soient des Dieux » sous entendu la **démocratie est aussi un régime de responsabilité et de devoir : avoir le droit de vote nécessite qu'on en fasse un usage raisonnable.** C'est une question qui reste d'actualité.

## **B) La théorie de la souveraineté nationale**

En raison des difficultés de la souveraineté populaire va apparaître à la fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle la théorie de la souveraineté nationale. Le grand auteur est **l'abbé Sieyès**, archétype de la pensée libérale française, pensée sur laquelle s'appuie le très grand intellectuel **Montesquieu**. Ce sont les deux **pères de la théorie de la souveraineté nationale.**

Pour comprendre cette théorie il faut comprendre le **compromis intellectuel entre le droit divin et la souveraineté populaire.** Qu'est-ce que le droit divin ? C'est attribuer la souveraineté au roi. Qu'est-ce que la souveraineté populaire ? C'est prendre la souveraineté du roi pour la donner au peuple.

**La théorie de la souveraineté nationale consiste à prendre la souveraineté au roi mais de la donner à la Nation** au lieu de la donner au peuple. Le problème c'est que la **Nation ça n'existe pas c'est une fiction intellectuelle.** La Nation est une **création intellectuelle, une représentation de l'âme du pays, de son identité** (cf Ernest Renan). **Pour que la Nation existe physiquement, des représentants vont être désignés par le peuple.** C'est en cela qu'on peut dire que la **souveraineté nationale reste une théorie démocratique.**

Quelques remarques :

- Ce schéma repose sur une **fiction intellectuelle**, il n'est pas logique. La fiction c'est de considérer que la **Nation n'existe que parce qu'elle est représentée alors qu'intellectuellement c'est l'inverse les représentants n'existent que parce qu'il y a quelque chose à représenter**. C'est une espèce de contradiction, d'ambiguïté fondamentale parce que la Nation n'existe pas.
- **Si le peuple est désigné comme l'organe pouvant déterminer les représentants de la Nation ce pouvoir est doublement limité**. D'abord parce qu'en aucun cas le peuple n'incarne la Nation, **il n'y a en aucun cas dans la théorie de Sieyès et de Montesquieu une capacité d'incarnation par le peuple de la Nation**. Puis, ici on parle d'**électorat fonction** ce qui veut dire que le **suffrage universel n'est pas une nécessité ainsi le droit de suffrage va souvent être attribué à une seule partie du peuple** (la plus riche). *Par exemple*, en 1791 ne pourront voter que des citoyens qui payent un impôt correspondant à un certain nombre de journées de travail.

Qu'est ce qui permet de comprendre la formation de ce modèle ? Il y a deux raisons :

- 1) La **pensée libérale et non démocrate** et notamment la pensée de **Montesquieu**. Il considère que **le peuple ne sait pas et ne veut pas se gouverner**. Il considère donc que **le peuple est une quantité négligeable qui est, éventuellement, capable de nommer des représentants**.
- 2) La **souveraineté nationale est créée après les journées révolutionnaires de 1789** et à l'origine historique on a des auteurs qui sont des **grands bourgeois** et qui veulent le pouvoir politique sans perdre le pouvoir économique, ils ne veulent pas perdre leur droit de propriété. C'est pour cela qu'ils construisent un **système intermédiaire leur permettant de prendre la souveraineté au roi sans la donner au peuple**.

Ce système là présente l'avantage d'être **extrêmement pragmatique** et permet un **gouvernement relativement efficace**.

=> Ces théories sont essentielles pour la compréhension du droit constitutionnel moderne ce qu'il faut comprendre c'est que **ces théories existent encore aujourd'hui mais ont évidemment évolué**. On arrive aujourd'hui à **un système assez mixte par exemple la Constitution française actuelle dispose que « la souveraineté nationale appartient au peuple »**.

28.11.13

**Ces théories de la souveraineté vont avoir des implications directes sur la nature et l'organisation des régimes politiques**. Cela veut dire que selon le type de théorie de souveraineté à laquelle l'État va adhérer sa Constitution ne sera pas organisée de la même manière.

## **Section 2 : Les implications constitutionnelles des théories de la souveraineté**

Le principe consiste à dire que **selon le choix opéré en terme de souveraineté c'est-**

à-dire une souveraineté démocratique – non démocratique / populaire – nationale le **régime politique sera différent**. Évidemment les **conséquences constitutionnelles des choix de souveraineté vont d'abord être extrêmement importantes selon qu'on est une théorie démocratique et une théorie non démocratique** mais même à l'intérieur des théories démocratiques la distinction entre souveraineté nationale et souveraineté populaire va conduire à des différences très importantes en matière de Constitution.

- **§1 Les implications constitutionnelles des théories non démocratiques**

Tout d'abord, les **théories non démocratiques entraînent des Constitutions dans lesquelles la démocratie est limitée**. Mais, cette limitation de la démocratie peut revêtir des formes très différentes : **certaines étant totalement incompatibles avec la démocratie d'autres étant plus compatibles avec la démocratie**.

**Premier exemple :** Il est possible de **limiter le droit de vote** c'est-à-dire que parce qu'on a adopté une Constitution non démocratique vont être mis en place des mécanismes pour que tout le monde n'ait pas le droit de voter. **Puisque la souveraineté n'appartient pas à tout le monde, voire à personne, le droit de vote va être limité**. C'est le cas *par exemple* de la **Constitution d'Afrique du Sud** adoptée en 1983 : elle prévoyait une **double limitation pour le droit de vote** la première étant que **les citoyens étaient classés en groupe raciaux** elles prévoyaient l'existence de **quatre groupes les blancs, les métisses, les asiatiques** (surtout des indiens) **et enfin les noirs**. Ainsi la première mesure constitutionnelle était que la **population noire était exclue du droit de vote**. On voit bien ici le lien constitutionnelle entre le choix de la souveraineté et l'exclusion d'une population sur critères raciaux. De plus, le **parlement sud africain est un parlement tricaméral** c'est-à-dire avec trois chambres **également constituées sur des critères raciaux la chambre des blancs, des métisses et des asiatiques** ainsi **pour achever la détermination raciste de la souveraineté on appliquait la règle du 4, 2, 1** c'est-à-dire que **un député métisse, deux députés asiatiques et quatre blancs**. Les blancs disposaient donc au sein de ce parlement tricaméral d'une majorité absolue. Donc, d'une part on exclut une partie raciale du droit de vote et d'autre part on restructure l'usage de la Constitution du parlement et des règles de majorité sur des critères raciaux. C'est le cas aussi de **l'URSS de 1977**. La Constitution soviétique est la dernière des Constitutions soviétiques et il faut savoir qu'**entre 1917 et 1991 il y a eu quatre Constitution adoptées en Union Soviétique**. La première en **1918**, la seconde en **1924**, la troisième en **1936** et enfin la quatrième en **1977**. On s'aperçoit que les soviétiques eux aussi ont tiré les conséquences constitutionnelles du choix de souveraineté qu'ils avaient adopté. Ils vont le faire de façon différentes : **les deux premières Constitutions vont limiter explicitement le suffrage universel en excluant du droit de vote un certain nombre de catégorie sociale** c'est-à-dire que ne pouvait voter que les prolétaires (=ouvrier, paysans et soldats de l'armée rouge) on avait donc une **limitation quantitative du droit de vote, dans les deux Constitutions suivantes des modes de limitations de démocratie ont été adoptés**



**différemment parce que ces deux Constitutions rétablissent le suffrage universel** c'est-à-dire qu'à partir de 1936 tous les citoyens soviétiques sont sensés pouvoir voter en revanche la **limitation va s'opérer quant au choix des candidats qui sont potentiellement éligibles**. A l'époque soviétique et notamment dans le cadre de la Constitution de 1977 certes on a bien un suffrage universel mais **le choix des candidatures aux élections est limité dans la mesure où seules trois institutions peuvent choisir des candidats qui peuvent se présenter** : la première ce sont les **organisations sociales** (syndicats, mouvements de la jeunesse, ...) ; la deuxième institution sont les **collectifs de travailleurs** c'est-à-dire des assemblées de travailleurs sur le lieu de travail et enfin la troisième sont les **assemblées militaires**. Il faut bien comprendre qu'il n'y a **pas de place pour les candidatures individuelles** de plus ces **institutions sont contrôlées par les autorités**. Enfin, une **conférence préélectorale de circonscription** va être organisée ensuite c'est une conférence qui se réunit avant les élections et **a pour objet de déterminer un candidat**, elle doit aboutir à une **candidature unique** et les **citoyens au suffrage universel vont voter pour approuver cette candidature unique souvent choisit sur des critères sociaux**. Le droit de vote est ici limité par la limitation du choix des candidats. Il n'empêche que le choix de l'Union soviétique est totalement compatible avec le choix de souveraineté non démocratique.

**Il faut savoir que la limitation de la démocratie par le choix de souveraineté va aussi pouvoir s'exprimer par un autre mécanisme.**

**Deuxième exemple** : Il va y avoir un **suffrage universel direct qui va désigner des institutions** *par exemple* un président, un parlement mais le **pouvoir de ces institutions issues du suffrage universel est généralement limité par une autre institution qui a un droit de contrôle sur leur action et qui elle n'est pas désignée au suffrage universel** mais est la **représentante de forces sociales à qui la Constitution accorde la totale souveraineté**. On a ici l'aménagement de **deux Constitutions en une : démocratique et non démocratique**. C'est *par exemple* le cas de la **Constitution de 1979 de la République islamique d'Iran**. C'est un **régime dans lequel il existe un président, un parlement et évidemment un gouvernement, ces trois institutions étant élues au suffrage universel direct**. Encore récemment les élections présidentielles ont eu lieu le 14 juin 2013 et c'est le président H.Rohani qui a été élu au premier tour avec 50,71% des voix il devance six autres candidats et le taux de participation est un taux de 72%, de plus sa victoire est un peu surprenante dans la mesure où c'est le candidat le moins conservateur du panel. De même d'ailleurs que le parlement iranien également élu au suffrage universel -200 députés-. Le problème c'est que le **pouvoir du parlement et du président est assujéti par tout une série d'institution et notamment par l'institution d'un président « bis » qui s'appelle le guide de la révolution**. Ce guide est un **religieux**, il est **désigné par une assemblée des experts** donc ce sont également des religieux. Ce qui est intéressant c'est que **l'assemblée des experts est élu au suffrage universel direct mais cette élection est limitée dans la mesure où ne peuvent être élus que des religieux de Oran**. Le **pouvoir du guide de la**

**révolution c'est de définir les grands axes de la politique iranienne c'est-à-dire que c'est *par exemple* lui qui contrôle l'armée, c'est également le chef du pouvoir judiciaire et globalement les grandes décisions fondamentales y compris la suspension de la Constitution relèvent du guide de la révolution.** Par conséquent, ici il n'y a pas de limitation du suffrage universel mais une limitation dans l'exercice du pouvoir car les institutions civiles du pouvoir ne disposent pas d'un pouvoir total car soumis à des institutions religieuses. Ce mécanisme là a une logique constitutionnelle c'est le choix de souveraineté opéré dans la Constitution, il y a une **logique entre le choix de la souveraineté qui est une logique philosophique et idéologique que la Constitution incarne et les choix opérés dans l'exercice du pouvoir qui ne sont que la conséquence logique.**

De ce point de vue là, la Constitution c'est une philosophie qui s'incarne dans les normes, dans la philosophie il y a le choix de la souveraineté et dans les normes il y a l'exercice du pouvoir.

- **§2 Les implications constitutionnelles des théories démocratiques**

**Les théories démocratiques de la souveraineté populaire comme nationale vont avoir des conséquences constitutionnelles très importantes.** De plus, en dépit du fait que les régimes politiques qui vont être mis en place soient l'un et l'autre des démocraties ces démocraties vont être extrêmement différentes techniquement mais presque aussi philosophiquement. Elles vont aboutir à **deux régimes politiques fondamentalement différents** qui sont toujours aujourd'hui extrêmement importants car cela permet de comprendre le droit constitutionnel moderne.

Première distinction :

- **La souveraineté populaire** débouche sur le **système de la démocratie directe.**
- **La souveraineté nationale** débouche sur le **système de la démocratie représentative**

**A l'origine, XVIII<sup>ème</sup>, ces deux modèles sont incompatibles et traduisent un rapport très différent au peuple et au mode de gouvernement.** Chacun de ces deux régimes politiques va avoir son **propre instrument constitutionnel.** La **démocratie directe c'est la démocratie du référendum,** la **démocratie représentative c'est la démocratie de l'élection.** Aujourd'hui, la **différence entre les deux types de régimes s'est considérablement estompée et très souvent on retrouve un mixte dans la même Constitution des deux types de régimes** (cf : l'article 3 de la Constitution française). Il n'empêche qu'au delà de cette « réunification » entre démocratie directe et démocratie représentative la distinction entre ces deux modèles reste très importante et parfois la cohabitation dans une même Constitution entre démocratie directe et démocratie représentative est le symbole d'un certain nombre de contradictions fondamentales.

## A) Le régime de la démocratie représentative

Ce régime est donc **lié à la notion de souveraineté nationale**. Le **pouvoir appartient à la Nation, celle-ci n'existe que par ses représentants**. Ainsi, on parle ici de **démocratie représentative**. La base du régime politique c'est la **représentation de la Nation par des représentants**. Dans ce schéma le peuple ou une partie va désigner les représentants de la Nation. Toute l'organisation constitutionnelle va reposer sur cette notion de représentation. Ici, la démocratie représentative repose sur un principe relativement simple à énoncé : **les représentants de la Nation ne représente pas le peuple, ils n'ont donc aucun lien de subordination avec le peuple qui les a élu, ils ne sont pas responsables devant ceux qui les ont désigné puisqu'ils représentent la Nation**. Condorcet, un des intellectuels de la révolution française, père de la démocratie française et partisan de la souveraineté nationale a dit : « **le peuple m'a envoyé à l'assemblée nationale pour exprimer mes idées et certainement pas les siennes** ». On voit bien là encore, la cohérence intellectuelle puisque les **représentants ne représentent que la Nation il n'est pas nécessaire de mettre en place un suffrage universel direct**.

De ce régime de base va découler la **théorie du mandat**. C'est le mandat qui va lier la Nation aux représentants. Le mandat de la souveraineté nationale présente deux caractéristiques :

- C'est un **mandat collectif : chaque parlementaire, représentant de la Nation représente collectivement toute la Nation**, il est un représentant parmi d'autre de l'intégralité de la Nation française peu importe l'endroit où il a été élu. C'est un député français.

Cette théorie en 1871 la France perd la guerre contre la Prusse et la conséquence du traité signé : deux provinces françaises sont rattachés à l'Allemagne Alsace et Lorraine, dans ces deux territoires des députés avaient été élu et siégeaient au parlement français. Ils ont alors présenté leur démission mais celle-ci a été refusé car ils ne représentent pas l'Alsace et la Lorraine, ils représentent collectivement la Nation française qui elle existe toujours.

- C'est un **mandat dit représentatif : il n'existe aucune responsabilité spécifique entre le député et ses électeurs**, d'ailleurs le député représentant l'intégralité de la Nation française n'a pas à **obéir aux quelques électeurs qui l'ont désigné aux élections**. Il n'y a **aucun moyen de pression contre lui** jusqu'à la fin de son mandat il est parfaitement indépendant.

Ce régime est donc extrêmement logique. Quelques remarques:

**C'est toujours le régime français appliqué depuis 1958**, le régime de la Vème république est un **régime représentatif, où le mandat impératif est interdit et où l'on parle de souveraineté nationale**. En revanche, ce régime représentatif a **considérablement évolué : à l'origine quand ce régime politique a été mis en**

**place en France la logique avait été tiré jusqu'au bout c'est-à-dire qu'il n'y avait pas de suffrage universel** et de ce point de vue là c'est beaucoup plus simple et cohérent d'affirmer que le député ne représente pas ses électeurs, de plus à l'origine ce régime ne prévoyait pas la réélection c'est-à-dire que le représentant de la Nation ne pouvait l'être qu'une seule fois ce qui était beaucoup plus simple pour prôner l'indépendance des représentants. **Au moment où le suffrage universel a été permis et au moment où les représentants ont eu le droit de se réélire les choses ont été beaucoup plus compliquées.** La grande difficulté contemporaine de ce régime c'est la **capacité effective pour les élus à représenter leurs électeurs** à partir du moment où il y a le suffrage universel. Cela pose la question de la signification de la représentation, **qu'est-ce qui permettrait aux députés d'être vraiment en connexion avec ses électeurs ?**

Ce n'est pas un régime absolument négatif. **La Grande-Bretagne est une des démocraties les plus avancées et pourtant c'est un régime représentatif.**

## **B) Le régime de la démocratie directe**

Ce système relève de la **souveraineté populaire**. La philosophie structurante de la démocratie directe est radicalement différente de l'autre car elle consiste à dire que **puisque la souveraineté appartient au peuple le peuple doit exercer le plus directement possible sa souveraineté.** Le grand théoricien de la démocratie directe est évidemment **Jean Jacques Rousseau** et celui-ci considère que « **la souveraineté ne se délègue pas** » et donc qu'il est absolument anti-démocratique que le peuple délègue sa souveraineté à des représentants. La posture de Rousseau est simple : **la souveraineté appartient au peuple qui a le devoir de l'exercer entièrement.** A partir de ce constat, la grande question que soulève ce régime c'est **comment permettre au peuple d'exercer sa souveraineté ?**

Rousseau quand il écrit *Le contrat social*, est un **citoyen suisse né à Genève** et est donc **très influencé par le modèle Suisse** qui affirme que ce sont **des cités ou des cantons qui ont le pouvoir et que pour décider de ce qu'on va faire dans la cité tous les hommes sont réunis sur une place pour décider directement.** Cette construction des assemblées de citoyens vient de l'agora athénienne et est pratiquée dans d'autres endroits européens notamment au Pays-Basque.

Comment donc transférer à des États grands ces modes d'organisation tirés de toutes petites structures ? A partir de là, Rousseau va élaborer le régime de la démocratie directe qui repose sur deux éléments :

- Le **peuple doit décider autant que possible** : dans un régime de démocratie directe le plus souvent possible le peuple doit décider directement de son avenir et il faut donc mettre en place des techniques constitutionnelles qui vont lui permettre de le faire. Pour Rousseau **l'instrument fondamental de la démocratie est donc le référendum** c'est-à-dire qu'**une question va être posé au peuple la réponse du peuple ayant force de la loi.** On estime qu'il existe

trois grands types de référendum :

- 1) Le premier est le **référendum législatif à veto populaire** : les **parlementaires rédigent et adoptent un projet de loi et ce projet de loi est ensuite soumis au peuple qui doit l'approuver**. Si le peuple approuve le texte il est donc ratifié et devient une loi, s'il le désapprouve est annulé. Le **peuple est donc co-législateur**.
- 2) Le deuxième est le **référendum au sens strict du terme** : le **peuple ne vote pas pour un texte mais pour une question qui lui est posée** les parlementaires devant ensuite préparés un texte pour aboutir à une loi.
- 3) Le troisième est le **référendum d'initiative populaire** : on peut considérer qu'il est le **référendum le plus démocratique qui soit** car le peuple y intervient à deux niveaux : **c'est le peuple qui décide de la question et c'est lui qui apporte la réponse**. Concrètement, un référendum d'initiative populaire s'organise autour de trois étapes : la première = **un parti politique, un groupe de citoyen demande à ce que soit posée une question au peuple par référendum** ; la deuxième = **l'opportunité de la question est soumis au citoyen** c'est-à-dire que dans chaque mairie ou lieu public un registre de signature est ouvert et un certain nombre de citoyens viennent approuver la question ; la troisième = **si le nombre de signature requis est obtenu le référendum va être mis en place**. L'idée du référendum d'initiative populaire c'est donc de permettre aux citoyens d'être à l'origine de la question et d'y apporter une réponse.

- **Quand le peuple ne peut pas décider il doit garder une capacité de contrôle sur les élus qui vont décider à sa place** : Rousseau se rend compte qu'on ne peut pas laisser au peuple le pouvoir de décider tout le temps notamment dans les grands États. Il faut donc **se résoudre à élire des députés**. En revanche, le **mandat qui va lier les députés aux électeurs** doit être d'une toute autre nature du mandat représentatif. Ce mandat repose sur deux principes :

- 1) Il y a une **obligation de suffrage universel**, il n'est pas envisageable d'élire un représentant du peuple en limitant le suffrage universel.
- 2) **Le mandat entre l'électeur et le député est un mandat dit impératif** : les **électeurs ont le droit tout au long du mandat de contrôler l'action du député, ce droit de contrôle pouvant aller jusqu'à la révocation du parlementaire par les électeurs avant le terme de son mandat**. Donc le parlementaire reste tout au long de son mandat sous le contrôle de ses électeurs. Ce mandat peut être de deux ordres : les **mandats impératifs individuels** (= les électeurs peuvent renvoyer tel ou tel député) ou les **mandats impératifs collectifs** (= les électeurs ont le droit de renvoyer tous les parlementaires, c'est une sorte de droit de dissolution populaire). **Le mandat impératif individuel se retrouve en Suisse, dans certains Länder allemands, aux Etats-Unis**. La forme et la procédure du mandat impératif peut varier mais généralement la procédure du mandat impératif est assez proche du référendum d'initiative populaire c'est-à-dire qu'il faut qu'un groupe de citoyen soulève la question du renvoi, une campagne de signature va être ouverte et si c'est accepté un référendum sera organisé sur le maintien ou non du député.  
**C'est un principe qui fonctionne et qui a souvent été très strictement interdit en**

## France par sa Constitution « tout mandat impératif est nul »

03.12.13

C'est à la fois un modèle théorique très important mais en même temps ce modèle théorique est aujourd'hui non pas à remettre en cause mais au moins à nuancer dans la mesure où ces deux modèles se sont très largement inter-pénétrés et grosso modo on ne trouve pratiquement jamais de démocratie directe pure mais plutôt des régimes représentatifs qui utilisent des techniques de démocratie directe.

On peut tirer de cette évolution deux enseignements :

- 1) Le **droit constitutionnel est une matière pragmatique** c'est-à-dire qui s'adapte à une réalité sociale et même si elle est basée sur des modèles théoriques très strictes
- 2) Par rapport au modèle théorique de départ, ceux sur lesquels sont fondés ce système on peut assister dans la **réalité constitutionnelle à une certaine forme de détournement**. Autrement dit, des **techniques constitutionnelles sont maintenues (référendum par exemple) mais elles sont en partie détournées de leur sens originelle et intégrées dans des stratégies d'acteur politique**. Évidemment ces stratégies vont considérablement les affecter. C'est cette idée de détournement stratégique que l'on va voir.

### Section 3: Les altérations contemporaines des régimes politiques classiques

Cette idée repose sur une **présentation du droit constitutionnel qui consiste à dire que le fait constitutionnel c'est l'interaction entre trois éléments** c'est d'abord un **cadre idéologique** c'est-à-dire la **philosophie** qui va donner des **normes juridiques** et dont découlent ainsi des **acteurs**. **Le droit a pour objet de faire en sorte que l'idéologie de départ soit transcrite dans la société**. Le problème c'est que les **acteurs vont souvent utiliser leur position pour réorienter en quelque sorte les normes juridiques**. Normalement la souveraineté populaire débouche sur la démocratie directe or les acteurs vont modifier ce fonctionnement. Cela veut dire que dans les deux cas démocratie directe d'un côté et régime représentatif de l'autre on va avoir un détournement partiel du sens des techniques constitutionnelles mises en place. **Les techniques vont en partie servir les intérêts des acteurs**. Cela reste des systèmes globalement démocratiques mais les techniques constitutionnelles sont utilisées dans les intérêts des acteurs

- **§1 Le détournement de la démocratie représentative**

Il s'agit d'un détournement partiel. On va s'apercevoir que **dans les régimes représentatifs les techniques mises en place peuvent parfois être mises en place pour servir des intérêts directement politiques**.

**Par exemple :** Le **vote** est évidemment très important dans un régime représentatif car il est la **technique qui permet l'élection des représentants** et donc la logique de la démocratie représentatif surtout contemporaine c'est de **permettre une**

**représentation égale ou en tout cas la plus égale de la société.** Or ce n'est pas tout à fait vrai. L'exercice du vote dans le cadre d'une démocratie représentative suppose la mise en place de deux éléments :

- **Le droit de vote c'est-à-dire l'ouverture du droit de vote au citoyen. Qui peut voter ?**
- **Le mode de scrutin c'est-à-dire savoir non plus qui peut voter mais comment techniquement on va voter. Cet élément peut changer radicalement les résultats du vote.**

Ces deux éléments là vont être déterminants pour les résultats du vote.

## A) La notion de droit de vote

Partons du principe que **normalement en régime représentatif contemporain le principe c'est le suffrage universel.** Ce principe est l'idée que **tous les citoyens peuvent voter** et que **chaque électeur a un poids électoral comparable à celui des autres électeurs.** Tout le monde peut voter et chaque vote a la même valeur. Pour autant, même en démocratie c'est loin d'être évident. **Il existe des techniques qui vont restreindre le droit de vote.** Ces techniques ont d'abord une **portée historique** car pendant très longtemps le **concept de suffrage censitaire** a été utilisé. Cela fait référence au cens qui était un impôt et donc seuls ceux qui payaient des impôts disposaient du droit de vote. Ce qui existe encore dans nos démocraties contemporaines c'est le système du **suffrage capacitaire.** Celui-ci consiste à dire que tous le monde a le droit de vote sauf ceux qui ne sont pas capables de l'exercer, la loi retire le droit de vote à des gens dont elle considère qu'ils n'ont pas la capacité de l'exercer. Là encore cette **idée n'est pas fondamentalement anti-démocratique car il existe par exemple une limitation du droit de vote en fonction des facultés mentales, on peut également estimer que l'âge est un concept permettant la limitation du droit de vote,** aujourd'hui en France il n'est pas possible de voter avant 18 ans, jusqu'en 1974 c'était 21 ans. Il existe d'ailleurs un projet pour abaisser le droit de vote à 16 ans. Il est bien évident que **l'âge des électeurs peut avoir un intérêt considérable, les comportements électoraux ne sont pas tout à fait les mêmes à 18 ou à 21 ans** tout comme les discours politiques lorsqu'ils s'adressent à des citoyens de 40, 20 ou 16 ans. Pourquoi on est passé de 21 à 18 ans en 1974 ? Globalement parce que le président V.G.E était le plus jeune de l'histoire politique. **De même autre expression du suffrage capacitaire l'exclusion des femmes au droit de vote,** en France ce n'est que depuis peu qu'elles peuvent voter. Si elles peuvent voter c'est d'une part grâce au parti communiste et aussi au parti gaulliste, les deux veulent faire voter les femmes par conviction mais aussi parce qu'ils pensent qu'elles vont voter pour eux. Ainsi, le **suffrage capacitaire est aussi dans un calcul politique.** Il y a aussi ceux qui sont **privées du droit de vote par décision de justice,** lorsqu'ils sont condamnés y compris après leur libération ils peuvent être privées du droit de vote. Enfin, dernière élément du suffrage capacitaire, la **question de l'ouverture au droit de vote des étrangers résidant en France** est une question qui pour l'instant n'est pas tranchée, elle reste régulièrement posée mais toujours en suspens. Ainsi **l'État aussi démocratique qu'il soit peut parfaitement privée certaines personnes du**

**droit de vote.** La question du droit de vote des jeunes et la question du droit de vote des étrangers a des conséquences importantes sur les résultats électoraux. Ces questions ne sont pas politiquement neutres.

**Tous les suffrages ont-il la même valeur ? Réponse normale OUI.** Or, là encore le droit des démocraties n'a pas toujours respecté strictement ce principe. *Par exemple, en France, en 1820, on avait créé une loi permettant à certain citoyen de voter deux fois, les citoyens les plus riches disposaient de deux bulletins de vote.* Les pauvres n'étaient pas exclu. **En 1940, on avait créé le vote familial** c'est-à-dire que tout homme avait le droit de vote mais tout homme marié avec des enfants votait pour lui mais aussi pour sa famille, il avait deux voies au nom de sa posture de chef de famille. **En Grande-Bretagne certaines catégories sociales avaient le droit à deux bulletins de vote** *par exemple* les propriétaires de résidence secondaire pouvait voter à la fois dans leur résidence principale et dans leur résidence secondaire. De même en Grande-Bretagne, **certaines professions s'étaient vues attribuer un double droit de vote** *par exemple* des professeurs d'université d'Oxford et Cambridge. Ce système a du s'arrêter dans les années 1970.

**Donc la notion de suffrage, la technique de la pondération des droits de vote existait dans certaines démocraties.** Le problème c'est que **cela existe encore dans les démocraties contemporaines avec le découpage électoral.**

Imaginons un pays dans lequel il y a 6000 électeurs, celui-ci est composé d'une grosse ville avec 4000 électeurs votant à gauche et une autre avec 2000 électeurs qui votent à droite. **Il s'agit de faire des circonscriptions qui n'ont pas la même taille.** En France, en 1981, la plus petite circonscription pour l'élection d'un député était en Lozère elle faisait 26 000 électeurs. Pour être élu dans cette circonscription il fallait obtenir 13 000 + 1 voies. Dans le même temps il y avait une circonscription dans l'Essonne qui faisait 186 000 électeurs ce qui veut dire que pour être élu il fallait 93 000 +1 voies. Ainsi, un député en Lozère peut être élu avec 13 000 + 1 voies et un député en l'Essonne devait obtenir 93 000 + 1 voies. Une voie de Lozère vaut 5 voies de l'Essonne. Aujourd'hui ce n'est plus possible en France, **des lois ont été adoptées dans les années 90 qui limitent l'écart entre deux circonscriptions il ne peut plus y avoir d'écart supérieur à 1,5.** Même avec des circonscriptions totalement équivalente en terme de taille les résultats peuvent diverger. Imaginons trois circonscriptions et 1000 électeurs par circonscription équivalence totale imaginons que la circonscription 1 et 3 vote pour la droite et la 2 vote pour la gauche. **Le découpage même s'il se donne une apparence d'objectivité quantitative peut avoir des conséquences politiques très importantes. Ce type de manipulation porte un nom en droit constitutionnel on parle de « Gerry Mandering »** Gerry est un nom propre d'un sénateur américain qui n'était pas spécialement honnête et Mander vient de Salamander un bête qui changeait de couleur et on disait que le sénateur Gerry était capable de s'adapter à toutes les situations. Pour donner une idée, en 1982 la gauche adopte une loi sur les élections municipales sur trois grandes villes Lyon, Paris et Marseille avec une technique d'arrondissement, la ville est découpée et chaque arrondissement donne lieu à une élection. Il se trouve qu'à Marseille c'est



Gaston qui est élu maire de Marseille car il a gagné dans plus d'arrondissement que son concurrent et Gaston est élu avec 2000 voix de moins que son concurrent grâce au découpage. Là encore **l'idée est de dire que même dans le cadre d'un droit de vote parfaitement démocratique qui repose sur la proportionnalité entre les cantons il peut y avoir des intérêts politiques importants.**

## **B) La diversité des modes de scrutin**

Quand on parle de modes de scrutin, on parle de la **technique qui permet de comptabiliser les voix et qui surtout permet de calculer combien de sièges sont attribués à chaque électorat.** Cela devrait être en démocratie un élément purement technique et extrêmement neutre. Or, on va s'apercevoir qu'il existe en fait deux grandes techniques : **le scrutin dit majoritaire et le scrutin dit proportionnel.**

- 1) **Le scrutin majoritaire fait que celui qui remporte l'élection est élu.** (Cf : élection présidentielle)
- 2) **Le scrutin proportionnel consiste à dire qu'on attribuera à chaque parti un nombre de siège proportionnel aux voix qu'il a obtenu aux élections.** (Cf : assemblée)

Dans les deux cas le **principe de la démocratie est parfaitement respecté car c'est le peuple qui décide qui va être élu.** Cette dualité existe parce que les modes de scrutin en droit constitutionnel ont une double utilité. La première c'est de **désigner un vainqueur et donc le mode de scrutin doit être suffisamment efficace** et la seconde c'est de **permettre une représentation la plus exacte possible de la réalité politique du pays.** Le mode de scrutin majoritaire est plus directement tourné vers l'obtention d'une majorité, d'une victoire, celui qui gagne a les moyens de gouverner ce qui est extrêmement important. Le **scrutin proportionnel est plutôt orienté vers l'idée d'une représentation la plus exacte possible de la réalité politique du pays.** Le problème c'est que cette **distinction entre le scrutin majoritaire/proportionnel dépasse très largement la question de la technique électorale,** elle va avoir une **incidence absolument considérable sur le résultat.** Ainsi, comme elle a une influence considérable elle va être **l'enjeu de stratégie politique** c'est-à-dire qu'on va choisir l'un ou l'autre pour des raisons politiques.

**Par exemple : En 1986, en France, le scrutin proportionnel a été retenu pour l'élection des députés.** Les élections donnent le résultat suivant : la **droite obtient 51% des suffrages exprimés, la gauche n'obtenant que 41,8% en conséquence de quoi la proportion entre les élus est à peu près la même la droite ayant à peu près 52% des sièges et la droite à peu près 40%.** L'élection de 1993, les résultats sont assez proches dans le sens où la droite va obtenir 40% et la gauche va obtenir 32%. Mais on est dans un scrutin majoritaire, ainsi les 40% vont se traduire par 472 députés et les 32% par 60 députés. On a ici une majorité suffisante pour réviser la Constitution donc vraiment conséquente. **Pourquoi en 1986 a-t-on pris le scrutin proportionnel ? C'est Mitterrand qui est à l'origine de ce**

**changement car il sait que d'une part la gauche va être battu donc la proportionnelle est une manière de limiter l'impact de la défaite de la gauche et d'autre part il sait que le front national avec environ 12% des voix aura 36 députés qui vont considérablement gêner la droite républicaine. C'est pour des motifs de stratégies politiques que la loi électorale a été changée ce qui fut d'ailleurs une réussite. On est en plein dans l'altération des systèmes. La proportionnelle n'est pas plus ou moins démocratique que la majorité.**

**Ainsi dans le choix du mode de scrutin on a un choix qui est d'abord politique et qui résulte de stratégies électorales.**

**A l'intérieur même des modes de scrutin on peut avoir des choix qui apparaissent techniques mais qui vont avoir des conséquences sur les résultats et qui ne sont donc pas politiquement neutre.**

**Le scrutin proportionnel :** Imaginons une circonscription de 75 000 suffrages exprimés et 5 sièges à pourvoir. Comment faire ? D'abord il faut **calculer le quotient électoral** c'est-à-dire **combien il faut de voix pour obtenir un siège** ici c'est 15 000. Imaginons qu'il y a quatre partis politique : la liste A obtient 35 000 voix, la liste B obtient 21 000 voix, liste C 12 000 voix et la liste D 7000 voix. On va donc **attribuer sur la base du quotient électoral le nombre de siège correspondant au nombre de voix** donc ici 2 sièges pour le parti A et 1 pour le B.

**Comment va-t-on attribuer les deux derniers sièges ? Il existe en droit constitutionnel deux grandes méthodes possibles :**

- La première c'est la **technique dite des plus forts restes** on regarde les voix non utilisées pour s'en servir comme mode de calcul dans la liste A il en reste 5000, la liste B 6000, la liste C 12000 et la liste D 7000. Avec cette technique le résultat final c'est donc A 2 sièges et B, C, D 1 sièges chacun. Ce n'apparaît pas si démocratique que cela car la liste B a trois fois plus de voix que la D et pourtant elle n'a qu'un siège.
- Il existe alors une autre **technique dite de la plus forte moyenne**. Celle-ci consiste à dire qu'on attribue fictivement un siège supplémentaire à tout le monde et on regarde la moyenne obtenue. La liste A a 2 sièges on lui en rajoute 1 ça fait trois ce qui fait 11 600, la liste B en a 1 on lui en rajoute 1 ce qui fait 10 500 et pour les deux autres on rajoute 1 sièges chacun ce qui fait 12 000 pour la C et 7000 pour la D. Et on recommence jusqu'à ce qu'il n'y ait plus de siège ce qui donne A3, B1, C1 et D0.

**La répartition des sièges de la plus forte moyenne privilégie les plus forts partis et les plus fort restes privilégies les plus petits. Ainsi, ces deux techniques ont des conséquences importantes.**

**=> Une question extrêmement technique peut déboucher sur des résultats différents. Que l'on choisisse proportionnel, majoritaire, plus forts reste ou moyenne on reste toujours dans une démocratie représentative. La proportionnelle n'affecte pas que les résultats, mais affecte aussi le comportement des partis politiques. Par**

exemple, dans l'exemple donné ci dessous avec la technique des plus forts restes il y a de fortes chances pour que BCD qui ont chacun une voix s'entendent contre A qui en a 2 et plus encore si A est à gauche, que BC sont à droite au final c'est D qui gagne puisque c'est lui qui choisit.

**=> Les techniques électorales vont directement influencées le résultat et le comportement des partis politiques sans qu'il n'y ait de triche.**

**Le scrutin majoritaire :** Dans le scrutin majoritaire il y a deux possibilités. **On distingue le scrutin majoritaire à un tour du scrutin majoritaire à deux tours. Celui à un tour c'est le parti politique qui arrive en tête au premier tour qui est élu. Si on est dans un scrutin à deux tours les deux candidats arrivés en têtes au premier tour iront au second tour.** Le mode de scrutin anglais est le mode de scrutin à un tour et le mode de scrutin à deux tours a été principalement utilisé en France pour les élections législatives. **Le mode de scrutin majoritaire à un tour est un mode de scrutin qui permet le plus de déterminer une majorité, le plus efficace car il suffit d'une majorité relative pour l'emporter qui surtout élimine les petits partis car très souvent il n'y a que deux partis politiques** ce qui a expliqué que longtemps en Grande-Bretagne il y a eu un parti de droite conservateur et un parti de gauche travailleur. **Le mode de scrutin à deux tours favorise plus le multipartisme car tous les partis peuvent exister au premier tour et au second tour il y a des alliances entre les partis. Il y a une diversité de l'offre électorale au premier tour et au second tour on va voter pour un parti dont on se sent le moins éloigné ou celui qui a fait une alliance.**

**=> Il n'y a pas de droit constitutionnel neutre et même à l'intérieur de modèle extrêmement démocratique on peut tout à fait trouver de la place pour des stratégies électorales ce qui évidemment va avoir des conséquences très importantes sur la notion de mandat représentatif car le résultat des élections ne représentera pas fatalement le pays tel qu'il est mais représentera également l'impact du mode de scrutin choisi. Il y a bien une altération du système représentatif selon des techniques électorales.**

05.12.13

- **§2 Les altérations de la démocratie directe**

En matière de démocratie directe la technique constitutionnelle peut avoir des conséquences très importantes sur la réalité du processus démocratique. On va donc s'intéresser à **son instrument constitutionnel qu'est le référendum.** Démocratie directe impliquant que le peuple puisse décider le plus directement possible ce qui en droit constitutionnel se traduit par le référendum. On pourrait déduire de cette idée de départ que **le référendum est un outil principalement et fondamentalement démocratique permettant au peuple de décider des droits applicables dans un État.** Cette présentation n'est pas fausse mais il n'empêche que **les organisations concrètes des référendums peuvent fondamentalement affecter leur caractère démocratique** et que là encore tout comme pour les modes de scrutin il faut regarder

un peu plus en détail la manière dont les référendums sont organisés pour s'apercevoir qu'il y en a qui paradoxalement peuvent être des facteurs de limitation de la démocratie.

**Exemple de la Constitution de 1958 :** La Constitution de 1958 est du point de vue de l'histoire constitutionnelle française est un peu **atypique car elle introduit du référendum**. C'est sûrement la Constitution qui va le plus mettre en place des référendums. En effet, il y a au moins **trois articles qui prévoient son organisation** :

- L'article 89 pour les référendums constitutants
- L'article 53 qui prévoit des référendums d'auto-détermination c'est-à-dire en cas de session des territoires de la République notamment pour les territoires d'Outre-Mer
- **L'article 11 qui prévoit des référendums législatifs**, celui ci prévoit la possibilité dans certaines circonstances d'organiser des référendums législatifs. Dans le cadre de l'article 11 le **peuple est mis au même niveau que le parlement** il va donc y avoir deux législateurs potentiels. **Ce ne sont pas des référendums de crise** simplement le peuple peut être amené à participer dans des matières qui relèvent normalement du pouvoir législatif. **On est ici en apparence dans l'archétype du référendum législatif de Jean-Jacques Rousseau** donc on est ici dans le cadre d'une **démocratie directe**. **A priori, le référendum de l'article 11 devrait être un instrument d'accroissement de la démocratie**, il devrait être un mécanisme infiniment démocratique. Or, c'est parfois plus compliqué et contradictoire. C'est un référendum assez paradoxal et ce **paradoxe s'exprime autour de deux notions** : d'abord son **origine philosophique** et ensuite sa **pratique** qui va montrer qu'on n'est peut être pas dans une démocratie tel que Jean-Jacques Rousseau l'avait imaginé.

## A) La philosophie générale du référendum depuis 1958

Quand on parle ici de **l'origine philosophique on parle de l'article 11**. C'est lui qui est le plus spécifique de la Constitution de la V<sup>ème</sup> République car les autres articles existaient déjà sous la IV<sup>ème</sup> République.

### Pourquoi a-t-on créé un référendum de type législatif en 1958 ?

Pour répondre à cette question il faut se rendre compte que le référendum sous la V<sup>ème</sup> République ne se comprend que si on étudie **quatre grandes étapes** :

- 1) **1931** : C'est en 1931 que va être élaborée la **théorie du référendum législatif en France**. Elle est élaboré par **Raymond Carre de Malberg** en 1931 qui va publier un article dans la RDP. En faisant le bilan de la III<sup>ème</sup> République, **il va estimer qu'il n'existe pas un mais deux types de référendums législatifs**. Un premier type de référendum qu'il appelle « **référendum démocratique** » celui-ci est une **procédure qui permet au peuple de pouvoir exercer le pouvoir législatif** donc celui-ci est **très fidèle à la pensée de Rousseau**. Mais

pour R. Carre de Malberg ce référendum démocratique n'est pas le seul type de référendum possible il parle d'un autre référendum qu'il qualifie de « **référendum de rationalisation** » qui est un référendum dont **l'objet principal est de limiter le pouvoir du parlement**, c'est un référendum qui vise à empêcher que le parlement ait trop de pouvoir. Donc pour lui, le référendum peut avoir deux objets : **un objet démocratique et un objet de rationalisation qui limite le pouvoir du parlement.**

Trois remarques sur cette distinction :

- Techniquement il s'agit presque du même référendum, il y a **seulement une philosophie différente** mais **dans les deux cas le peuple va voter pour répondre à une question**
- Le **seul critère de distinction procédurale c'est l'origine éventuelle de la question posée au peuple** si la question émane du peuple c'est-à-dire si c'est un **référendum d'initiative populaire** on est évidemment dans un **cadre démocratique** puisque le peuple décide de se poser une question. On pourrait parler d'un **référendum ascensionnel** car il **part du peuple pour remonter à l'État**. De l'autre côté le **référendum rationalisant peut éventuellement être identifié si la question émane du gouvernement, de l'exécutif** car ici c'est le pouvoir exécutif qui est à l'origine de la question posée on peut considérer qu'on est dans un gouvernement qui veut limiter le pouvoir du parlement.
- Pour Carre de Malberg cette distinction entre les deux types de référendum renvoie à la **distinction souveraineté nationale/souveraineté populaire** : le **référendum démocratisant serait le référendum propre à la souveraineté populaire** et le **référendum rationalisant serait lui un référendum consacrant la souveraineté nationale** parce qu'il interviendrait dans un régime où le parlement a le pouvoir et ne serait qu'un correctif au pouvoir global reconnu aux représentants.

**L'analyse de Carre de Malberg est novatrice par rapport à celle de Rousseau.** C'est une **théorie importante** car elle vient **affiner la pensée de Rousseau** et préciser la théorie de référendum. Mais elle est aussi importante car **Carre de Malberg va avoir une influence directe sur la vie politique** car il va être le **professeur de droit de beaucoup d'hommes politiques par la suite.**

- 2) **1945** : C'est la **libération de la France**, c'est aussi **l'arrivée au pouvoir du Général de Gaulle** qui préside le gouvernement provisoire de la République française et c'est l'arrivée avec de Gaulle d'**une nouvelle conception de l'État**. Autour du général de Gaulle il y a toute une équipe de juristes dont deux qui vont être très importants : **Raymond Capitant et Michel Debré**. Ces **deux juristes** sont les deux constitutionnalistes du Général et ils sont **tout les deux en faveur du référendum**. Vraisemblablement c'est la **pensée gaulliste qui va rénover la théorie du référendum en France**. **Capitant et Debré ont été tous les deux des étudiants de Carre de Malberg** et ont donc été **très marqués par ses enseignements**. **Capitant défend un référendum démocratique et Debré défend un référendum rationalisant**. Tout de suite dans la doctrine gaulliste de l'État il va y avoir cette **ambiguïté d'un côté les**

**gaullistes sont favorables au référendum mais d'un autre coté il y a une polémique à l'intérieur des gaullistes entre référendum démocratique/rationalisant.**

- 3) **1958** : C'est évidemment le moment d'adoption de la Constitution. **En 1958, lors de l'adoption de la Constitution la question du référendum va être traitée de manière contradictoire.** En 1958 ce qui est certain c'est que c'est une victoire politique de Debré c'est lui qui organise la rédaction de la Constitution et ce sont ses conceptions qui vont s'imposer. En matière de référendum c'est la vision rationalisant que défend Debré qui est celle soutenue par les gaullistes et de Gaulle. Par ailleurs, **lors de la rédaction de la Constitution les gaullistes vont devoir négocier avec d'autres partis politiques** et donc **vont devoir évoluer sur le référendum.** **A l'origine, quand Debré rédige le premier projet de Constitution** (avant les débats) la partie sur le référendum est rédigée de la manière suivante : **le président de la République peut soumettre à référendum tout projet de loi qui aurait été rejeté par le parlement,** c'est la première version du texte qu'apporte Debré et c'est celle qui incarne le mieux sa philosophie. Cette rédaction représente au mieux le référendum rationalisant, **le référendum c'est une sorte de deuxième chance qu'a le président de la République.** Or, il va falloir négocier avec les parlementaires et les gaullistes vont devoir changer la rédaction de cet article. **Le texte tel qu'il sera adopté en 1958 va être un texte de compromis** d'abord parce que les **gaullistes acceptent de faire disparaître la mention de projet de loi refusé par le parlement,** le référendum n'est plus organisé autour de la notion de conflit, ensuite **il ne s'agit plus de tous les projets de loi mais de trois catégories de lois,** en revanche ce qui subsiste c'est que c'est le président de la République qui va proposer le référendum. La procédure mise en place est intéressante car **il doit y avoir une proposition du référendum par le premier ministre ou le parlement envoyée au président et c'est lui qui décide donner suite ou de ne pas donner suite au référendum.**

Ainsi, si on essaye de faire le **bilan de l'article 11 après que le compromis ait été adopté** il est possible de dire deux choses a priori contradictoires :

- **Le type de référendum a été changé,** en tout cas, on a fait disparaître la plupart des éléments qui faisaient du référendum un référendum de rationalité puisqu'**en apparence le parlement peut engager la procédure,** que le **nombre de lois est limité et la notion de rejet du parlement a disparu.** Le référendum est **en apparence plus démocratique.**
- Ce compromis est finalement un **compromis de dupe.** Les gaullistes ont cédé sur tout sauf sur l'essentiel à savoir qu'**il n'y aura pas de référendum sans l'autorisation du président de la République.** Le président détient la place stratégique de cet article.

**On a donc gardé la principale caractéristique des référendums de rationalité en dépit du compromis.** C'est sur cette ambiguïté là que va être bâti le référendum de la Vème. Celui-ci étant très ambiguë et pas complètement démocratique ou en tout

cas il n'est pas un référendum tel que Jean-Jacques Rousseau l'avait défini. **On est bien ici dans un mécanisme d'altération des textes constitutionnels de la démocratie directe.**

- 4) **2008** : En juillet 2008 va être voté une **révision constitutionnelle** à l'initiative de N.Sarkozy et dans celle-ci **l'article 11 de la Constitution va être révisé et permettre un référendum d'initiative minoritaire**. C'est-à-dire que dans ce cadre là le **président de la République ne peut pas juridiquement s'y opposer**. C'est la **minorité qui impose le référendum**. Jusqu'en 2008 le référendum peut être proposé par le premier ministre et le gouvernement ou par le parlement, dans les deux cas la demande est transmise au président de la République qui approuve ou refuse. En 2008, ce système est maintenu mais il devient minoritaire c'est-à-dire qu'**il faut qu'il y ait un certain nombre de citoyens qui transmettent la demande aux parlementaires et si une minorité de parlementaires est d'accord alors le référendum aura lieu**. 2008 pourrait être une date extrêmement importante dans le droit constitutionnel français puisqu'on **garderait le référendum rationalisant comme adopté en 1958 mais à côté de celui-ci on viendrait créer un référendum démocratisant on aurait à la fois Capitant et Debré dans la Constitution**.

Le problème c'est que cette **idée de deux référendums** dans la Constitution doit quand même être **nuancée** car ce **référendum minoritaire n'est entré en vigueur véritablement en 2010 avec un loi organique le 22 décembre**. De plus, ce référendum minoritaire est juridiquement possible mais est **politiquement aléatoire**. En effet, le référendum minoritaire tel qu'il ressort de la loi organique de 2010 est **soumis à deux conditions par le nouvel article 11** : la première touche au **nombre requis de députés/sénateurs et de citoyens** puisque l'article 11 prévoit que la **proposition de référendum doit être soutenue par 1/5<sup>ème</sup> des membres du parlement c'est-à-dire 184 députés ou sénateurs et 1/10<sup>ème</sup> des électeurs inscrit sur la liste électorale c'est-à-dire environ 5 millions d'électeurs**. Inutile de préciser que c'est pratiquement impossible à obtenir. Dans la réalité aujourd'hui, le seul parti capable de déclencher ce référendum serait l'UMP ça n'est que pour l'opposition très officielle, ni le FN, ni le Front de gauche, ni les Verts n'ont assez d'électeurs. 5 millions d'électeurs c'est 15% des voix, la minorité est considérablement réduite sans parler du fait qu'il faut recueillir les signatures dans un délai d'environ trois mois. Ainsi déjà pour cette première condition il est très difficile d'organiser un référendum tel qu'il est expliqué dans l'article 11. La seconde condition, c'est qu'**il n'y a pas automatiquement un référendum il est possible de l'éviter en inscrivant la question à l'ordre du jour du parlement**, si le gouvernement ne veut pas que la question soit posée au peuple il n'a qu'à l'inscrire aux parlementaires et **à partir du moment où la question a été examinée par le parlement elle ne sera pas envoyée à référendum**. Ce qui veut dire que la portée de la **révision de 2008 est relativement limitée et 2008 ne fait que rajouter à l'ambiguïté** car le référendum de 2008 tel qu'il est organisé est un référendum d'initiative en apparence populaire mais c'est en fait un instrument de rationalisation puisque le parlement peut l'écarter ou ne pas

l'écarter. **C'est l'initiative populaire quant à son déclenchement mais quant à sa réalisation c'est un référendum rationalisant.** 2008 ne lève pas l'ambiguïté philosophique du référendum tel que l'article 11 de la Constitution de 1958 le met en œuvre.

=> L'origine philosophique est donc une conception très ambiguë très loin de la pensée rousseauiste.

## **B) La pratique du référendum**

### **Comment l'article 11 a été appliqué depuis 1958 ?**

Le premier constat c'est qu'il a été un **article relativement utilisé puisqu'il a été utilisé à 8 reprises** : deux fois en **1960** et **1962** à propos du problème de l'Algérie française, en **1962** pour réviser la Constitution à propos du suffrage universel direct, en **1969** pour la réforme du sénat, en **1972** pour la réforme de la CEE à propos de l'entrée de la Grande-Bretagne, en **1988** pour les accords sur la Nouvelle Calédonie, en **1992** pour la ratification du traité de Maastricht et en **2005** pour l'adoption de la Constitution européenne.

Quelques remarques tout d'abord :

- On constate que **tous les présidents de la République n'ont pas utilisé le référendum** puisque les **quatre premiers référendums ont été organisés sous de Gaulle**, l'autre **sous Georges Pompidou**, les deux autres sous **Mitterrand** et enfin le dernier sous **Chirac**. C'est d'abord **surtout les gaullistes qui l'ont utilisé** sur les 8 référendums il y en a 6 organisés par les gaullistes. De plus, il **peut y avoir des interruptions assez fortes entre les référendums**.
- **A deux reprises en 1969 et 2005 le non l'a emporté 53% pour le premier et 55% pour le second.**
- **Certains de ces référendums soulèvent des questions quant à leur constitutionnalité** puisqu'il y a au moins deux référendums dont on peut penser qu'ils n'étaient pas conformes à la Constitution celui de **1962** et celui de **1969**.
- Il y a d'autres référendums qui ont été organisés sous la Vème mais pas sur la base de l'article 11

**Est-ce que la pratique référendaire française a été conforme à la théorie de Jean-Jacques Rousseau ? Est-ce que ces référendums ont été des instruments de démocratisation ?**

La réponse est extrêmement ambiguë parce que la **pratique référendaire révèle une ambiguïté fondamentale entre le fait de répondre à une question posée et le fait de répondre en s'appuyant sur l'identité de la personne qui pose la question.** En



fait, ce qui semble être déterminant dans la pratique référendaire française c'est qu'elle est une **manière, quelle que soit la question posée, de dire oui ou non à un président de la République**. C'est en quelque sorte une espèce de **procédure plébiscitaire** c'est-à-dire que c'est plus à une personne qu'à une question. Cette ambiguïté a été totalement illustrée par une phrase qu'avait prononcé le  **fils du général de Gaulle « mon père était élu par référendum » ce qui est extrêmement caractéristique du référendum sous la V<sup>ème</sup>**. Cette idée du référendum plébiscitaire il faut la diviser en deux périodes :

- 1) **La période du Général de Gaulle** : tous les référendums organisés **entre 1960 et 1969**. On est ici dans la période du **référendum simple** car le référendum repose ici politiquement sur **trois principes** : le premier c'est que la **question est choisie et posée par le président de la République**, le deuxième c'est que la **campagne référendaire est organisée autour d'un affrontement** extrêmement simple les **partisans du président** appellent à voter oui et les **opposants** appellent à voter non, le troisième c'est que le **Général de Gaulle avait décidé, sans que pour autant la Constitution l'impose, qu'en cas de vote négatif il démissionnerait**. C'est d'ailleurs ce qu'il s'est passé en 1969 où la victoire du non a entraîné la démission du général. On est donc dans une **sorte d'élection présidentielle bis**.
  
- 2) On passe d'un référendum simple à un **référendum complexe** et qui reste même **contradictoire**. **A partir de 1972 la question n'est plus exclusivement présidentielle** c'est-à-dire que l'origine de la question n'est pas le président de la République, **à trois reprises 1972, 1992 et 2005 c'est un texte européen et en 1988 le texte est imposé par le premier ministre Michel Rocard**. Ensuite, la **campagne présidentielle n'est plus aussi binaire** c'est-à-dire que **ce n'est plus le président contre tout le monde** *par exemple* en 1972 les libéraux appellent à voter oui ce n'est plus seulement les gaullistes, en 1988 un certain nombre de partis politiques de l'opposition vont appeler à voter oui, enfin en 1992 et en 2005 non seulement il n'y a que deux partis qui appellent à voter non c'est le FN et le PCF mais à l'intérieur du PS et de l'UMP il y a des dissidents qui appellent à voter non alors même que leur parti appelle à voter non. **Enfin, le président de la République à partir de 1972, et la Constitution lui en donne le droit, fait savoir que quelque soit le résultat il ne démissionnera pas**. Par conséquent, le référendum devient complexe. Le problème c'est que le référendum est **aussi contradictoire pour deux éléments** : certes le **texte n'est pas d'origine présidentielle mais c'est toujours le président qui décide ou non que le texte soit soumis à référendum** donc le **référendum fait toujours parti d'une stratégie présidentielle** et d'autant plus que au moins dans trois cas **l'organisation d'un référendum par le président de la République représente un risque politique** il serait beaucoup plus simple de faire passer le texte par les parlementaires mais le **président espère toujours en tirer un avantage politique** ; de plus certes le **président fait savoir qu'il ne démissionnera pas**

**et la campagne référendaire n'est pas organisée autour de pour/contre le président de la République en revanche dans la réalité de la pratique la personnalité du président joue quand même à tel point que dans deux circonstances, notamment en 1972 et en 1988, certains partis politiques qui étaient favorables à la mesure proposée mais défavorables au président de la République n'ont pas été capables de trancher dans cette ambiguïté et ont appelé à l'abstention. Cet appel à l'abstention est très caractéristique de l'ambiguïté de la procédure référendaire sous la Vème République même s'il ne s'agit plus vraiment un plébiscite il reste extrêmement personnalisé. Il est possible de penser que 2005 était la dernière intervention de la procédure référendaire. La pratique du référendum tout comme la rédaction de la Constitution de 1958 montrent bien là encore que l'adéquation automatique du référendum à la démocratie et notamment à la démocratie directe, rousseauiste, reste au fond aléatoire et peut être altérée par des perturbations constitutionnelles tout comme les modes de scrutin vus précédemment.**

---

10.12.13

## **Chapitre 2 : Les modalités d'exercice du pouvoir**

→ *Comment le pouvoir est exercé ?*

Avec la question des méthodes d'exercice du pouvoir on va déterminer la nature du régime politique en place.

Il y a évidemment un **lien entre le détenteur du pouvoir et la nature du régime politique mis en place**. Cependant, **même dans le même régime politique** par exemple la démocratie **la question des méthodes d'exercice du pouvoir est très importante** parce que c'est une question qui permet vraiment de comprendre les choses à savoir que **dans une démocratie il peut y avoir plusieurs méthodes de gouvernement différentes**. Il peut y avoir plusieurs types de démocraties. Ainsi, pour comprendre un régime politique la **question des modalités d'exercice est peut-être plus importante que la question du titulaire de la souveraineté**. Pourquoi ? Parce que **parfois monarchie et démocratie peuvent avoir les mêmes méthodes d'exercice du pouvoir et finalement il n'y a pas beaucoup d'écart mis à part l'écart symbolique très importante**. La question des méthodes permet de transcender les différences de régimes. Enfin, si on utilise la question des modalités d'exercice du pouvoir celle-ci va permettre de faire une **distinction fondamentale à l'intérieur des démocraties**. Elle va nous permettre de **distinguer d'une part la théorie de la démocratie absolue et d'autre part la théorie de la démocratie modérée**. Ce sont deux régimes démocratiques tout aussi démocratiques l'un que l'autre mais dans lesquels le pouvoir n'est pas exercé de la même manière et finalement on va avoir deux types de régimes démocratiques relativement différents. **Cette distinction démocratie modérée/démocratie absolue renvoie à un débat théorique extrêmement important qui va opposer Jean-Jacques Rousseau à Montesquieu**. Ensuite, c'est un débat qui va renvoyer à une notion très importante en

droit constitutionnel qui est celle de **contre-pouvoir**. Ce concept est une **structure introduite dans la Constitution dont l'objet est de limiter l'intensité du pouvoir politique** *par exemple* le contrôle de constitutionnalité est un contre-pouvoir. Cette notion de contre-pouvoir relève de la démocratie modérée. Enfin, **cette distinction modérée/absolue renvoie à une théorie qui est très importante qui est celle de la séparation des pouvoirs.**

**Cette théorie de la séparation des pouvoirs apparaît au XVIIIème siècle en France**, c'est le grand apport juridique de **Montesquieu**. Cette théorie doit être considérée comme un des éléments fondateurs du droit constitutionnel démocratique. **Depuis 2002, le journal britannique *The Economist* publie un indice de démocratisation** dans lequel il va classer les régimes politiques dans quatre familles. Il met en place 60 critères d'indice classés en cinq catégories et pour chacun d'eux il y a une question avec trois réponses. **Il aboutit à une note sur 10 et selon la note que les États vont obtenir ils vont pouvoir être classés** : entre 8 et 10 on parle de démocratie consolidée, entre 6 et 8 de démocratie imparfaite, entre 4 et 6 de régime intermédiaire et avec moins de 4 de régime autoritaire. Sachant que de 6 à 0 on a environ 80 pays et de 10 à 6 environ 70 pays. **Pour ce journal le critère fondateur de la démocratie moderne c'est le concept de la séparation des pouvoirs.** Pour autant, cette théorie est particulièrement complexe, elle porte même des contradictions et pour essayer de se repérer dans cette complexité il faut aborder la théorie de séparation des pouvoirs autour de trois questions :

- 1) **Quelle est l'idéologie, la philosophie de la séparation des pouvoirs ?**
- 2) **Quelles sont les implications constitutionnelles de cette théorie ?**
- 3) **Est-ce que cette théorie est encore aujourd'hui une théorie applicable ?**

**Section 1 : Les assises philosophiques de la théorie de la séparation des pouvoirs**  
→ *Fondement idéologique de la séparation du pouvoir*

**La théorie de la séparation des pouvoirs se caractérise par deux éléments :**

- Elle est énoncée par **Montesquieu** en **1748** mais quand elle est énoncée ce n'est au fond que la **dernière étape d'un long cheminement intellectuel qui commence bien avant lui**. L'apport de Montesquieu c'est de compléter voire de terminer une longue chaîne de réflexion.
- La théorie de la séparation des pouvoirs ne se limite pas à une description du pouvoir politique tel qu'il devrait être. **Au delà même du pouvoir politique le plus important dans la théorie de la séparation des pouvoirs c'est le modèle philosophique qui sert de base**. C'est important car la théorie de la séparation des pouvoirs est une **théorie libéral** avant d'être une théorie démocratique, de ce point de vue elle est assez proche de la théorie de la souveraineté nationale, de plus, **quand on connaît les assises idéologiques de la séparation des pouvoirs on comprend comment la théorie peut être adaptée**. Il y a une **description d'une société idéale** dans cette théorie.

- §1 Les origines intellectuelles de la théories de la séparation des pouvoirs

Quand on parle des origines on va essayer de voir **comment Montesquieu arrive en 1748 à formuler cette théorie.**

La formulation de Montesquieu ne se comprend qu'au travers de deux éléments :

**1) La méthode de réflexion utilisée par Montesquieu**

La théorie de la séparation des pouvoirs est formulée en 1748 dans *L'esprit des Lois*. C'est un ouvrage extrêmement volumineux et la **théorie de la séparation des pouvoirs n'est qu'un tout petit morceau de cette œuvre.** En effet, elle est formulée dans le chapitre 6 du livre XI. Dans le texte que propose Montesquieu il y a surtout une **description très idéalisée du régime politique britannique.** On ne peut pas comprendre ce que veut faire Montesquieu si on ne comprend pas la méthode globale qu'il utilise. **L'objectif de son livre est double et extrêmement ambitieux qui s'articule autour de deux idées :**

- **Faire une description quasi encyclopédique de toutes les lois applicables dans le monde**
- **Essayer de comprendre le pourquoi de ces lois, quel est l'esprit qu'il y a derrière la loi**

Dans le texte de Montesquieu il faut bien comprendre qu'il y a deux niveaux : le premier niveau est un **niveau descriptif** et cette **description est assez imparfaite** mais ce qui est important c'est **l'analyse philosophique qu'il y a derrière** c'est-à-dire le deuxième niveau de lecture. **Montesquieu a parfaitement compris que tout système juridique n'était que l'expression d'une volonté philosophique et politique.** La loi est produit par un esprit : il faut connaître et comprendre la loi et pour cela il faut comprendre l'esprit qu'il y a derrière la loi. **Pour la première fois, un juriste considère que la loi n'est que le produit d'une philosophie et celle-ci n'a d'intérêt que l'application de cette philosophie.** Entre l'esprit et la loi le plus important c'est l'esprit, la loi n'est qu'un outil.

**2) Les étapes antérieures à Montesquieu qui ont permis la formulation de cette théorie :**

Avant Montesquieu d'autres auteurs avaient déjà évoqué la théorie de la séparation des pouvoirs. Le premier qui va le faire c'est Aristote. Mais au delà de celui-ci le grand auteur qui va permettre à Montesquieu de formuler sa théorie c'est un **britannique qui va écrire en 1690, il s'agit de J.Locke *Essai sur le gouvernement civil* et celui-ci va affirmer que le pouvoir politique se décompose en trois branches c'est-à-dire en trois actions :**

- Le pouvoir **législatif**
- Le pouvoir **exécutif**
- Le pouvoir **fédératif**

**Locke estime que gouverner un État signifie exercer trois actions.** Le pouvoir

**législatif est le pouvoir d'adopter la loi, le pouvoir exécutif est le pouvoir d'appliquer la loi et le pouvoir fédératif c'est le pouvoir de faire la guerre et de signer des traités internationaux.** Le fondement de la théorie de Locke c'est de dire qu'il est absolument indispensable de distinguer le pouvoir législatif du pouvoir exécutif, il ne faut pas que ceux qui adoptent la loi soient ceux qui appliquent la loi. **Locke voit ici une nécessité de justice puisque ceux qui votent la loi s'ils l'appliquent pourrait très bien se dispenser.** En revanche, il trouve possible que ceux qui exécutent la loi soient ceux qui décident de la guerre. **Locke sépare les fonctions mais ne séparent pas les acteurs.** En revanche quand Locke parle de l'application de la loi il parle aussi de la notion de juger de la loi.  
=> Théorie de la séparation des pouvoirs utilitariste c'est **pour des raisons de justice qu'il doit y avoir cette séparation exécutif/législatif** mais par contre tout ce qui relève du pouvoir exécutif et fédératif peut être confié à une seule personne.

Ainsi en 1748 quand **Montesquieu va formuler sa théorie il va reprendre le schéma de Locke mais va le moderniser.** Comme Locke il va estimer que le pouvoir doit être séparé en trois branches :

- Le pouvoir **législatif**
- Le pouvoir **exécutif**
- Le pouvoir **judiciaire**

**Quand il parle du pouvoir exécutif il parle des choses qui dépendent du droit des gens pour le distinguer du pouvoir exécutif des choses qui dépendent du droit civil c'est-à-dire le pouvoir judiciaire.** De plus, **pour Montesquieu chaque pouvoir doit être confié à un acteur différent c'est-à-dire que pour lui la séparation des pouvoirs implique une séparation des organes ce qui n'était pas le cas pour J.Locke.** Le pouvoir législatif est confié au parlement, l'exécutif au gouvernement et le judiciaire au juge. Il n'y a **pas de confusion des fonctions.**  
=> La pensée de Montesquieu se caractérise par trois idées par rapport à Locke : la première c'est qu'il y a **une cohérence parce qu'avec la séparation des fonctions découle la séparation des organes,** deuxième idée c'est que **le pouvoir exécutif et le pouvoir de faire la guerre ne sont qu'un seul pouvoir** (réunification de l'exécutif et du fédératif de Locke) et enfin la troisième idée c'est que **Montesquieu comprend la spécificité de la fonction de juger dans la société.** La structure de la séparation des pouvoirs est considérablement plus cohérente et plus moderne que celle de J.Locke. Ainsi, Montesquieu ne vient que finalement apporter la touche finale à son époque de la conception qu'Aristote et Locke avaient déjà pensé.

**La théorie de Montesquieu doit nécessairement être replacée dans un environnement intellectuel.** La description ne suffit pas et souvent les juristes français qui analysent la théorie de Montesquieu ont tendance à ne voir que la dimension institutionnelle, à la description des trois pouvoirs. Ils n'ont pas compris que la **description des trois pouvoirs n'était que la conséquence d'une approche philosophique.**

- **§2 Les implications idéologiques de la théorie de la séparation des pouvoirs**

**Première remarque :** La théorie de la séparation des pouvoirs n'est **pas une théorie neutre**. C'est une **théorie qui a pour objet de bâtir une société modèle**. Elle est considérablement **idéologique** qui part de l'idée qu'il y a un **modèle social à bâtir et que pour l'atteindre il faut que le pouvoir politique soit organisé autour de la séparation des pouvoirs**. La séparation des pouvoirs chez Montesquieu n'est qu'un instrument, un **moyen d'atteindre un objectif** évidemment plus important que le moyen. C'est donc au moyen de s'adapter à l'objectif et non pas l'inverse. Ce qui veut dire que la **description des trois pouvoirs n'est intéressante que pour ce qu'elle vise à obtenir**.

**Deuxième remarque :** On ne comprend pas la pensée de Montesquieu si on ne comprend pas que c'est un **auteur très pragmatique, très pratique et par certain coté très pessimiste** car il **considère que la société humaine est extrêmement imparfaite**. Il y a vraiment dans la pensée de Montesquieu un pessimisme fondamental sur l'être humain. Il faut distinguer Rousseau et Montesquieu pour vraiment comprendre la théorie de la séparation des pouvoirs. **Rousseau est un optimiste anthropologique : l'homme est bon, mais c'est un pessimiste sociologique : la société rend l'homme mauvais. Montesquieu c'est exactement l'inverse, c'est un pessimiste anthropologique : l'homme est méprisable mais un optimiste sociologique : la société peut rendre l'homme meilleur ou moins mauvais. La théorie de la séparation des pouvoirs c'est une méthode de gestion des instincts les plus pervers de l'Homme :** puisque l'Homme est comme il est bâtissons une organisation sociale qui le rendra un peu moins mauvais ou un peu moins dangereux.

Pour comprendre chez Montesquieu l'organisation intellectuelle des pouvoirs on peut dire que **Montesquieu établit la théorie de la séparation des pouvoirs dans un raisonnement à trois niveaux :**

- 1) **L'objectif : préserver la liberté.** La valeur sociale fondamentale c'est la liberté. Montesquieu est un libéral. C'est l'idéologie de Montesquieu.
- 2) Pour atteindre cet objectif il faut **un moyen** qui est selon Montesquieu le **gouvernement modéré**. Sans gouvernement modéré il n'y a pas de liberté. C'est là qu'il se sépare de Rousseau car sa base à lui c'est l'égalité et pour lui l'instrument qui va préserver l'égalité c'est la démocratie directe.
- 3) Le moyen nécessite la mise en place d'**un instrument** qui est la **séparation des pouvoirs** c'est-à-dire la distinction exécutif/législatif/judiciaire.

Ce qui nous amène à comprendre que la théorie de la séparation des pouvoirs est à la fois très importante mais pas fondamentale sous entendu si l'on trouve un autre moyen pour atteindre l'objectif de Montesquieu il n'y a pas de problème. **La séparation des pouvoirs est indissociable d'une société. C'est un instrument qui doit être adapté à la structure sociale ici c'est la Grande-Bretagne du XVIII<sup>ème</sup> siècle.**

### 1. La préservation de la liberté politique :

Montesquieu a à la fois une idée très idéalisée et très pragmatique. Pour lui **la liberté est un absolu fondamental** : il n'y a pas de société moderne sans liberté. En même temps, il sait que **la préservation de la liberté est un exercice extrêmement compliqué parce que naturellement la société n'est pas capable d'exercer la liberté**. Il faut donc trouver un moyen pour imposer cette valeur dans une société qui est plutôt réticente. A la fois **on ne discute pas le droit inaliénable et sacré qu'est la liberté mais celui-ci n'est jamais garanti. Il faut trouver un moyen pour compenser**.

### 2. Le gouvernement modéré

Pour préserver la liberté **il faut impérativement que les autorités politiques n'abusent pas de leur pouvoir**, il faut que les citoyens disposent d'une certaine forme de sûreté. Or, le problème c'est que « **toute personne qui a du pouvoir est amenée à en abuser** » il faut que le gouvernement n'abuse pas de son pouvoir mais en même temps on sait que c'est un fait naturel. On retrouve ici le pessimisme de Montesquieu. Il faut donc **bâtir un système institutionnel qui vienne limiter, contre-balancer la tendance des acteurs politique à vouloir abuser de leur pouvoir**. C'est ce qu'on appellera le **gouvernement du juste milieu**.

### 3. La séparation des pouvoirs

C'est là que la séparation des pouvoirs intervient. **Pour faire en sorte qu'il n'y ait pas d'abus de pouvoir il faut d'une part diviser le pouvoir en trois** (législatif, exécutif, judiciaire), **le donner à trois acteurs** (parlement, gouvernement, juges) et surtout **cela va fonctionner parce qu'on sait que le parlement va vouloir excéder son pouvoir, le gouvernement va vouloir également excéder son pouvoir tout comme les juges : le pouvoir arrête le pouvoir**. Pour Montesquieu **ce qui garantit que son schéma va fonctionner c'est le mauvais côté des hommes**, la volonté qu'ils ont à vouloir abuser de leur pouvoir. La volonté du parlement d'aller au delà de ses limites va être contre-balancé par la volonté du gouvernement d'aller lui aussi au delà de ses limites.

Montesquieu et Rousseau sont et l'un et l'autre contre la monarchie absolue mais ils ne le sont pas pour la même raison. Rousseau est contre parce que c'est une monarchie il voudrait la remplacer par la démocratie absolue. **Montesquieu est contre la monarchie absolue parce qu'elle est absolue il serait tout à fait content avec une monarchie modérée**.

**Montesquieu va adapter la théorie de la séparation des pouvoirs à la structure sociale de la Grande-Bretagne**. Or, il remarque que **dans la société britannique il y a trois forces sociales antagonistes** : la **monarchie** qui tente de s'imposer et d'abuser de son pouvoir, la **noblesse** britannique qui veut limiter le pouvoir du roi et enfin la **bourgeoisie** qui veut aussi avoir du pouvoir. **Sa théorie ne fonctionnera que si ces trois forces sociales sont intégrées dans les institutions**. Il va donc faire un

**parlement bicaméral avec la chambre des Lords c'est-à-dire la noblesse et la Chambre des communes c'est-à-dire la bourgeoisie et en face l'exécutif qui est la couronne britannique.** Montesquieu part donc d'une structure sociale pour adapter sa théorie de la séparation des pouvoirs.

17.12.13

La théorie de la séparation des pouvoirs c'est d'abord une **théorie libérale** avant d'être une théorie démocratique. En effet, **l'idéal de la séparation des pouvoirs c'est la liberté c'est-à-dire le libéralisme.** De plus cette théorie a été élaborée en 1748 dans un environnement social qui n'est pas celui d'une démocratie. En **1748 en Grande-Bretagne** il n'y a **pas de suffrage universel.** La démocratie rousseauiste à cette époque ne se fait absolument pas dans la séparation des pouvoirs.

Ainsi, la **séparation des pouvoirs peut être analysée de deux manières :**

- On peut considérer qu'elle correspond à une **modalité d'organisation des institutions.** C'est la dimension **constitutionnelle.**
- On peut considérer que c'est une **philosophie politique, sociale.** C'est la dimension **philosophique.**

Chacune de ces deux manières d'étudier la séparation des pouvoirs va avoir des conséquences constitutionnelles.

**Section 2 :** Les implications constitutionnelles de la séparation des pouvoirs

On va principalement s'attacher à **l'analyse strictement constitutionnelle** de cette théorie. Tout d'abord quelques remarques.

**Première remarque :** La séparation des pouvoirs du point de vue constitutionnel est un **outil extrêmement précieux de classification des régimes politiques.** Tous les régimes politiques vont pouvoir se définir de par le monde autour du concept de séparation des pouvoirs.

**Seconde remarque :** Mais **se définir ne veut pas dire respecter** la séparation des pouvoirs. Au contraire, on peut faire une **première division entre les régimes qui refusent la séparation des pouvoirs et ceux qui acceptent la séparation des pouvoirs.** Aujourd'hui on peut considérer que le nombre d'États dans le monde qui n'applique pas la séparation des pouvoirs est plus important que le groupe qui l'accepte. Cette première subdivision est une **division primaire** et **pour chacune des deux branches il est possible d'établir des divisions secondaires** toujours autour de l'idée de la séparation des pouvoirs. **Pour les régimes qui refusent la séparation des pouvoirs on parle de régime dit de confusion. Pour les régimes qui acceptent la séparation des pouvoirs on parle de régime dit de séparation.**

- 1) Les régimes de **confusion** sont des **régimes dans lesquels l'intégralité des pouvoirs est affecté à une seule autorité.** On peut distinguer dans ce régime la **confusion des pouvoirs qui s'exerce au bénéfice de l'exécutif** et celui qui



**s'exerce au bénéfice du législatif** (= régime d'assemblée). On constate que la théorie de la séparation des pouvoirs donne des instruments de classification à la fois entre refus et acceptation mais même à l'intérieur même de ces catégories pour distinguer la séparation des pouvoirs au bénéfice de l'exécutif ou du législatif.

- 2) De l'autre côté, **dans les régimes de séparation des pouvoirs** c'est-à-dire qui reposent sur le modèle de Montesquieu on peut distinguer **deux modalités différentes de séparation des pouvoirs**. On distingue la séparation dite **souple** de la séparation dite **rigide** ou stricte. Dans un régime de **séparation souple chaque pouvoir et notamment l'exécutif et le législatif a le moyen de renverser l'autre**. Ils ont des **moyens réciproques d'action**. L'exécutif peut prononcer la dissolution du parlement et le législatif peut renverser le gouvernement. Traditionnellement on parle ici de **régime parlementaire**. L'égalité entre les pouvoirs s'exprime par des moyens équivalents. Dans un régime de **séparation rigide l'égalité se caractérise par le fait que le pouvoir exécutif n'a pas les moyens de renvoyer le législatif et le législatif n'a pas les moyens de renvoyer l'exécutif**. Le parlement ne peut pas faire l'objet d'une dissolution de par le gouvernement et le gouvernement ne peut pas faire l'objet d'un renvoi par les parlementaires. Les régimes de séparation stricte sont définis aujourd'hui par le concept de **régime présidentiel**.

**Troisième remarque :** Montesquieu n'a pas pu choisir entre le régime parlementaire et le régime présidentiel car cela n'existait pas.

- **§1 Les régimes de confusion des pouvoirs**

Ce concept peut être étudié autour de **trois idées** :

- 1) Le régime de **confusion des pouvoirs** est un régime dans lequel **une institution va concentrer la quasi totalité des pouvoirs**. Cela ne veut pas dire qu'il n'y a pas d'autres institutions mais cela veut dire qu'il y en a une qui est dominée par l'autre.
- 2) Le concept de confusion des pouvoirs peut être reconnu en droit constitutionnel de **deux manières**. La première manière c'est de considérer que la **confusion des pouvoirs est inscrite dans la Constitution**, c'est elle qui détermine qu'une institution détient la quasi totalité des pouvoirs on parlera ici de **confusion légale**. La deuxième manière ce sont des **régimes de confusion des pouvoirs dans lesquels la Constitution est équilibrée mais la pratique politique aboutit de facto à une confusion des pouvoirs**. Cette situation de confusion de fait peut avoir **deux origines** : une **origine para-légale** c'est-à-dire qu'il n'y a pas de violation manifeste de la Constitution mais simplement un organe qui accepte sa soumission ou une **origine illégale** c'est-à-dire que les gouvernants ne respectent pas la Constitution donc la confusion s'opère par violation du texte constitutionnel mais il n'y a aucun mécanisme permettant de sanctionner cette violation.
- 3) **La confusion des pouvoirs peut s'exercer au bénéfice de deux institutions**

**soit le pouvoir exécutif soit le pouvoir législatif.**

## **A) La confusion des pouvoirs au bénéfice de l'exécutif**

Le pouvoir est concentré au main de l'exécutif qui s'impose à toutes les autres institutions. Cette confusion des pouvoirs va pouvoir être elle-même subdivisée :

- Les **formes dites traditionnelles ou anciennes** : C'est la forme la plus ancienne de pouvoir, c'est au fond la forme du **chef de tribu**, du chef de clan. Dans l'histoire des régimes politiques, les premiers sont marqués par cette domination là.
- Les **formes dites modernes** : C'est le pouvoir de la **dictature** c'est-à-dire qu'un **chef d'État va concentrer la quasi-totalité des pouvoirs**. Mais cette dictature va pouvoir prendre **deux formes**. La **première forme c'est la forme assumée** c'est-à-dire qu'on est dans un régime dictatorial qui n'est pas une démocratie et qui ne veut pas l'être dans lequel il n'y a pas d'élection et dans lequel la **Constitution organise la dictature de manière assumée** (exemple du Chili avec Pinochet). La **seconde forme c'est la forme démocratique**. Ici on est dans un système de démocratie et généralement dans un système de séparation, **la Constitution est tout à fait rattachable à la séparation des pouvoirs**. Or, dans ce système, qui normalement est une démocratie appuyée sur la séparation des pouvoirs, le **pouvoir exécutif dans la réalité se met à concentrer tous les pouvoirs**. C'est l'exécutif qui décide de tout ou presque. C'est une **déviaton de la séparation des pouvoirs**. Juridiquement s'en est une mais dans la réalité ce système **fonctionne comme un système de confusion au bénéfice de l'exécutif**. Cette seconde forme se divise en deux. Il y a une possibilité dite **provisoire** c'est-à-dire que **dans la Constitution il existe une procédure qui permet à titre exceptionnel de donner tous les pouvoirs au président de la République on parlera ici de dictature légale**. C'est l'exemple de l'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958. On peut voir cette dictature légale comme une sorte de sécurité. Il y a une autre situation qui elle résulte de la **pratique politique. La réalité politique a un certain moment va faire que, en dépit du texte de la Constitution, l'exécutif va concentrer tous les pouvoirs soit parce qu'il va agir lui-même soit parce qu'il va donner l'ordre d'agir**. Dans ces circonstances il y a généralement **trois facteurs explicatifs**. Le premier est un facteur **politique** : généralement l'exécutif est élu au suffrage universel direct et dispose ainsi d'une grande **légitimité démocratique** comparable à celle des parlements. Le second facteur est un facteur **logique** : aujourd'hui le gouvernement moderne, **les règles de gouvernance modernes notamment en matière économique donne beaucoup de pouvoir à l'exécutif** car c'est une organisation plus efficace que le législatif. Le troisième facteur est les **acteurs** et notamment le **charisme du président**. C'est le fait que le chef de l'exécutif est un **acteur politique dominant**, ce que De Gaulle appelait l'équation personnelle. Les institutions russes sont des institutions parlementaires mais aujourd'hui la réalité de la pratique de la Russie est une domination totale du président Poutine ce qui n'a

pas été le cas entre 2008 et 2012 avec Medvedev. C'est un système dominé par un homme mais institutionnellement c'est un régime parlementaire. De même, peut-on dire aujourd'hui qu'il existe en France une séparation des pouvoirs? Juridiquement oui, la France est un régime parlementaire mais si on prend la période 2007-2012 N.S a privilégié une hyper présidence, le pouvoir n'a pas réellement arrêté le pouvoir.

## B) La confusion des pouvoirs au bénéfice du pouvoir législatif

Ici on va parler de **régime d'assemblée**. Il peut lui aussi prendre **deux formes**, il peut être :

- 1) Un régime **d'assemblée dans la Constitution** : C'est la Constitution qui formellement organise la **domination du parlement**. Généralement un régime d'assemblée présente **plusieurs caractéristiques**. La première c'est qu'il y a bien une **séparation des organes**, on distingue bien un parlement et un gouvernement simplement ici le **parlement domine le gouvernement**. Leur relation est extrêmement déséquilibrée. Cette **domination du parlement s'organise autour de trois critères**. Le premier critère c'est que **l'exécutif est généralement un exécutif collégial** c'est-à-dire dans lequel il n'y a pas un président mais un **conseil présidentiel** car ce système organise la **dépersonnalisation de l'exécutif**. Cette dépersonnalisation permet de faciliter la domination. *L'exemple* type du régime d'assemblée c'est le régime Suisse, il n'y a pas de président mais un conseil fédéral composé d'un représentant par canton suisse à présidence tournante. Le deuxième critère c'est que **l'exécutif est nommé et révoqué par le législatif**. Très souvent, non seulement le législatif nomme et révoque le gouvernement mais va aussi **contrôler ses décisions**. Dans le même temps, **l'exécutif n'a aucun moyen d'action sur le parlement**, il ne peut pas s'opposer aux parlementaires. **Ce qui caractérise la Constitution d'un régime d'assemblée c'est le déséquilibre au profit du parlement**. D'un point de vue pratique il y a **très peu de régime d'assemblée dans le monde**, le seul véritable exemple est celui de la Suisse. En France on a connu une fois ce système c'était dans la Constitution de 1793 adoptée mais jamais appliquée. Ce **régime d'assemblée est assez proche de la théorie de la souveraineté populaire**, le fondement intellectuel c'est de dire que le **parlement est élu au suffrage universel qui ne peut donc pas se faire renverser de par sa légitimité**.
- 2) Un régime **d'assemblée dans la pratique** : C'est un régime qui **juridiquement est un régime parlementaire** c'est-à-dire basé sur l'égalité des pouvoirs entre exécutif et législatif. Or, **dans la pratique le gouvernement ne prononcera jamais la dissolution du parlement, en revanche le parlement va très souvent renverser le gouvernement**. C'est un régime juridiquement équilibré mais qui politiquement fonctionne comme un régime d'assemblée. Ce système a fonctionné en France entre 1875 et 1958 c'est-à-dire durant la III<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> République, on était dans les deux cas dans un régime parlementaire dans lequel il y a eu deux dissolutions : une première fois en 1877 et une deuxième

fois 1955. De l'autre côté on a presque cent fois un gouvernement qui a été renvoyé. Ces deux chiffres incarnent tout à faire ce qu'on appelle un régime d'assemblée dans la pratique.

- **§2 Les systèmes de séparation des pouvoirs**

Ces systèmes se subdivisent en deux grandes catégories :

- 1) **La séparation souple** dans laquelle l'exécutif peut renvoyer le législatif et le législatif peut renvoyer l'exécutif. Ce système est qualifié de **système parlementaire**. Il s'appuie sur **l'exemple britannique** car c'est en Grande-Bretagne que ce système est né. Il est extrêmement important d'abord quantitativement car c'est le **régime dominant notamment en Europe** mais c'est aussi un système **extrêmement démocratique**, dans le classement The Economist la plupart des États classés dans les régimes démocratiques confirmés sont des régimes parlementaires. Ce régime parlementaire repose constitutionnellement sur **quatre critères** :

- Le **bicéphalisme de l'exécutif** : le **pouvoir exécutif va se composer de deux entités on distingue d'une part le chef de l'État et d'autre part le gouvernement**. Tous les régimes parlementaires reposent sur ce bicéphalisme. Le Chef d'État est soit un Président soit un Monarque. Le gouvernement est composé de ministres généralement dirigé par un premier ministre (cas de la France, cas de la Grande-Bretagne), par un président du conseil (cas de l'Espagne). Aux Etats-Unis cela n'existe pas, il n'y a pas de ministres ni de premier ministre.

- Le **chef de l'État est irresponsable politiquement. On ne peut pas renvoyer le chef de l'État pour des motifs politiques**. Les seuls moyens pour renvoyer le chef de l'État c'est d'une part l'infraction pénale et d'autre part l'incapacité physique ou mentale à exercer son mandat. Si le chef de l'État est intouchable politiquement c'est parce que tout le régime parlementaire s'appuie sur le régime britannique dans lequel « le roi ne peut mal faire ».

- La **responsabilité politique du gouvernement** : le **gouvernement est lui politiquement responsable**. Le législatif peut donc remettre en cause l'existence du gouvernement. Il est responsable devant le pouvoir législatif. Cela veut dire que le gouvernement peut être renvoyé par les parlementaires pour des raisons politiques. Cette responsabilité politique peut s'exercer autour de **trois procédés**. La première procédure c'est la **question de confiance**, c'est une question posée par le gouvernement qui demande aux parlementaires de le maintenir au pouvoir. La deuxième procédure c'est la procédure dite de la **motion de censure**. Ici, **l'initiative vient des parlementaires, un groupe demande le renvoi du gouvernement**, si une majorité de parlementaires soutient cette proposition le gouvernement est renvoyé. Pour le gouvernement la motion de censure est considérablement plus dangereuse que la question de confiance. La **troisième procédure** est la **motion de censure constructive**. C'est une **motion de censure par laquelle les parlementaires vont demander le renvoi du gouvernement mais dans laquelle doit figurer le nom du remplaçant**. Le but étant d'éviter qu'il y ait des votes systématiques de motion de censure. Enfin, il existe également en droit constitutionnel une autre variante de la

motion de censure notamment en France à l'article 49 alinéa 3 de la Constitution. Celui-ci mélange question de confiance et motion de censure.

- **Le droit pour le gouvernement de prononcer la dissolution du parlement.** Le droit de dissolution **généralement appartient au chef de l'État mais politiquement c'est le premier ministre qui le demande** dans la plupart des régimes parlementaires *par exemple* en Grande-Bretagne c'est la reine qui le prononce mais seulement sur demande du premier ministre. Ce **droit de dissolution peut être inconditionnel, soit limité. Inconditionnel** cela veut dire que **l'exécutif peut dissoudre quand il le veut** et **limité** bien sur signifie que la **dissolution est possible mais dans certaines circonstances** *par exemple* quand les parlementaires refusent de voter le budget ou refusent trois fois de nommer un gouvernement. Enfin, **juridiquement un droit de dissolution limité n'affecte pas le caractère parlementaire du régime, ce qui compte c'est d'une part que ce droit soit effectivement possible et surtout d'autre part que les règles relatives au droit de dissolution soit proportionnées aux règles relatives à la responsabilité du gouvernement.** « C'est le régime du juste milieu » - Montesquieu.

A l'intérieur du concept de régime parlementaire, on va distinguer **deux types de régime parlementaire** : le **régime parlementaire dit moniste** du **régime parlementaire dit dualiste** ou orléaniste. Ces deux types de régimes parlementaires remplissent et l'un et l'autre les quatre critères vus précédemment. **Ce qui va donc les distinguer c'est le fonctionnement politique.** La distinction s'articule autour de la **responsabilité gouvernementale.**

Dans un **régime parlementaire moniste** les **membres du gouvernement ne sont responsables que devant le parlement**, il n'y a que le parlement qui puisse les contrôler et le cas échéant les renvoyer. *Un exemple* type de régime parlementaire moniste c'est le régime britannique.

Dans un **régime parlementaire dualiste** il y a une **double responsabilité** cela veut dire que le **gouvernement est responsable non seulement devant les parlementaires mais en plus il l'est aussi devant le chef de l'État** c'est-à-dire que le chef de l'État peut lui aussi renvoyer les ministres pour des raisons politiques. **L'hypothèse du régime parlementaire dualiste repose sur deux éléments.** La première raison est une **raison historique** le **régime parlementaire s'est souvent constitué comme un moyen de réduction des pouvoirs de la royauté** ainsi pendant longtemps il y a eu un roi qui nommait les ministres et qui pouvait les renvoyer et le parlement n'avait pas de moyen de pression sur les ministres. Puis dans une **seconde étape**, les **parlementaires ont acquis le droit de contrôler le gouvernement** qui est devenu une sorte **d'intermédiaire entre roi et parlement.** Enfin le pouvoir du Roi s'est terminé on est passé d'un régime parlementaire dualiste à un régime parlementaire moniste.

Il existe aujourd'hui une **seconde forme de régime parlementaire dualiste** c'est *l'exemple de la France, de la Russie* dans ces deux grands régimes parlementaires le **gouvernement est également responsable devant le parlement et devant le chef de l'État.** Cette nouvelle forme de régime parlementaire dualiste repose sur le fait que le **chef de l'État est élu au suffrage universel direct ce qui lui confère une légitimité équivalente à celle des parlementaires.** Dans certain cas on va parler de

**régime semi-présidentiel ou dans d'autres cas de régime présidentieliste.** On considère que la force politique et juridique du président rapproche le modèle parlementaire du régime présidentiel. **L'idée qui pourrait exister une formule intermédiaire entre régime parlementaire et régime présidentiel est une idée qui reste extrêmement contestable pour deux raisons.** Contestable d'abord car **juridiquement les régimes dont on parle (France+Russie) sont des régimes parlementaires.** Contestable ensuite car la **question qui se pose tient plus à la puissance politique du président** dans les deux cas évoqués le **président est un acteur politique dominant** sur la scène interne. Si on s'en tient à des questions juridiques il existe deux types de régimes : parlementaires dualistes/monistes, présidentiel. Et simplement à l'intérieur des régimes parlementaires dualistes il y a certains régimes qui politiquement permettent la domination du président mais on ne peut pas les qualifier de régime semi-présidentiel.

=> **Le régime parlementaire est un régime à la fois extrêmement sophistiqué du point de vue des procédures mais en même temps il repose sur un principe extrêmement simple qui est celui de l'équilibre, du juste milieu.** Peu importe les moyens il faut qu'il y ait un équilibre en exécutif et législatif.

2) La **séparation stricte** est un concept assez simple : **il n'y a pas de moyen de pression réciproque entre les deux pouvoirs.** A partir de ce principe de séparation stricte on va s'apercevoir qu'il peut être interprété de manières différentes. Il y a un **fond commun mais des interprétations différentes.** Tout d'abord le **fond commun c'est principalement deux choses** : la première c'est qu'il n'y a **pas de moyen de pression réciproque** et la deuxième chose c'est l'idée que **les deux pouvoirs sont égaux et notamment en terme de légitimité** c'est-à-dire qu'ils sont élus et l'un et l'autre au suffrage universel. Il n'y a pas beaucoup de différences intellectuelles entre régime parlementaire et régime présidentiel tout deux recherchent l'équilibre. A partir de ce fond commun les **régimes de séparation stricte vont être divisés en deux catégories** :

- Le régime **d'isolement des pouvoirs** : C'est le régime qui est **vraiment appuyé sur la séparation stricte**, il n'y a **absolument aucun moyen de pression.** *L'exemple* type de ce régime est la Constitution de 1791, 1848 en France. Ce type de régime là généralement ne fonctionne pas car il aboutit très vite à un blocage des institutions et dans les deux cas évoqués il a abouti à un coup d'État militaire. **Ici on est presque dans une vision quasi intégriste**, caricaturale de la séparation des pouvoirs. On en fait un espèce de **dogme absolu et par là même on va à l'encontre de la pensée de Montesquieu.**

- Le régime **d'indépendance des pouvoirs** : C'est le **régime présidentiel américain.** D'un côté il y a bien une **séparation stricte**, le **président élu au suffrage universel ne peut ni être renversé ni dissoudre un parlement lui même élu au suffrage universel.** On a donc un président élu au suffrage universel direct et un parlement composé du sénat et du congrès et il n'y a entre eux **aucun moyen de pression.** Ce régime se distingue du régime d'isolement car **il existe au sein de celui-ci des passerelles, des moyens de communications.** *Par exemple*, le **président des Etats-Unis peut influencer les travaux du congrès car il peut mettre un veto sur la loi.**

Autre possibilité il va **une fois par an prononcer un discours devant les parlementaires appelé « discours sur l'État de l'union »** et c'est un discours de politique générale. Enfin il existe également une pratique que l'on appelle la **pratique du parlementarisme du pouvoir c'est la possibilité pour les conseillers du président américain de venir rencontrer les parlementaires avant les votes, pendant les sessions de manière à pouvoir obtenir une certaine forme de soutien.** De même le droit américain prévoit des **possibilités pour le législatif d'influencer le président**, de participer en quelque sorte à la mission de l'exécutif. Tout d'abord, **en matière diplomatique le président des États-Unis signe les traités internationaux mais l'entrée en vigueur de ces traités est conditionnée par l'accord des parlementaires** qui doivent autoriser la ratification et si ils ne le font pas le traité ne rentre pas en application. On est bien dans un cadre de **collaboration exécutif/législatif**. Ensuite, la **nomination de certain hauts fonctionnaires et notamment la nomination des juges de la cour suprême relève du président mais il doit obtenir l'autorisation du sénat.** Enfin, il existe dans le droit constitutionnel américain la **possibilité pour les parlementaires de constituer des commissions d'enquêtes, ces commissions vont pouvoir exercer un contrôle y compris sur ce qu'a fait l'exécutif.** Celles-ci sont extrêmement importantes et permettent un véritable contrôle du parlement sur l'exécutif, elles ont autant de pouvoir qu'un juge peut en avoir. **Finalement, si on regarde bien, le régime présidentiel américain repose au fond sur deux idées :** la première c'est qu'il n'y a **pas de moyen de destruction réciproque**, deuxième idée **cette absence de moyen de destruction réciproque est compensée par les procédures vues précédemment.** Le régime présidentiel américain ne fonctionne que parce qu'il existe ces **moyens de communications.** L'actualité récente l'a bien montré : le régime américain est quand même un régime de collaboration des pouvoirs. L'an passé, le président américain n'a pas pu faire voter le budget, les parlementaires n'ont pas voulu voter le budget, le président n'a rien voulu changer et pendant quelques jours le budget était bloqué mais très rapidement la communication et la collaboration est revenue. Donc on en revient toujours au même point, **la séparation des pouvoirs repose bien sur l'équilibre et la collaboration des pouvoirs quelque puissent être les moyens pour assurer cette équilibre.**

### Quelques remarques :

La question qui va se poser aujourd'hui c'est **est-ce que le principe de séparation des pouvoirs reste ou non un principe fondamental en droit constitutionnel ?** La réponse est double :

- 1) **Non**, ça n'existe plus, la **distinction régime présidentiel/parlementaire n'est plus valable.** Le régime présidentiel américain fonctionne parce qu'il n'est **pas complètement présidentiel** et quand il essaye de l'être ça ne marche pas. **Les régimes parlementaires, quant à eux, ne fonctionnent plus comme des régimes parlementaires car l'exécutif domine le législatif,** il est extrêmement rare de voir le législatif sanctionner l'exécutif en France comme en Grande-Bretagne, de plus très souvent le droit de dissolution soit a disparu soit a été complètement détourné de sa fonction notamment avec le principe de

dissolution dite à l'anglaise c'est-à-dire dissoudre le parlement non pas parce qu'il y a une crise mais parce que au contraire tout va bien pour l'exécutif et donc on dissout le parlement pour avancer la date des élections législatives.

- 2) **En revanche**, il faut bien comprendre que **ce qui existe encore et ce qui doit être encore considéré comme fondamental c'est le principe de la séparation des pouvoirs**. L'idée existe encore. A l'époque de Montesquieu on opposait l'exécutif au législatif car le législatif était la noblesse et le peuple et l'exécutif était le roi ainsi l'intérêt politique et social du roi n'était pas le même que celui de la noblesse et du peuple. **Aujourd'hui il n'y a plus d'opposition entre l'exécutif et le législatif mais une opposition entre la majorité socialiste et l'opposition UMP, FN, etc. Le principe de l'équilibre des pouvoirs existe encore mais ne prend plus aujourd'hui les mêmes moyens et les mêmes formes.**