

Spécial
Droit

Cours et exercices

Droit constitutionnel

2^e
édition

Stéphane Caporal-Gréco
Pierre Esplugas-Labatut
Philippe Ségur
Sylvie Torcol

ellipses

SPÉCIAL DROIT

dirigé par Philippe Ségur

Droit constitutionnel

2^e édition

Stéphane Caporal-Gréco

Professeur de droit public

Université Jean Monnet Saint-Étienne

Pierre Esplugas-Labatut

Professeur de droit public

Université de Toulouse I – Capitole, Institut Maurice Hauriou

Philippe Ségur

Professeur de droit public

Université de Perpignan Via Domitia

Sylvie Torcol

Maître de conférences en droit public

Université de Toulon



Dans la collection Spécial droit

- Thierry Garé, Anaïs Raynaud, *Introduction à l'étude du droit.*
- Michel Dupuis, *Les propriétés intellectuelles.*
- Stéphane Caporal-Gréco, Pierre Esplugas-Labatut, Philippe Ségur, Sylvie Torcol, *Droit constitutionnel.*
- Thierry Garé, Anaïs Raynaud, *Droit des personnes et de la famille.*
- Gaylor Rabu, *Droit des obligations.*
- Michel Dupuis, *Droit commercial.*

ISBN 9782340-053670

©Ellipses Édition Marketing S.A., 2019

32, rue Bague 75740 Paris cedex 15



Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5.2° et 3°a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective », et d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit constituerait une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

www.editions-ellipses.fr

Partie 1. Théorie du droit constitutionnel

Chapitre 1. L'État	7
Chapitre 2. Le pouvoir dans l'État	29

Partie 2. Droits constitutionnels comparés

Chapitre 1. Le constitutionnalisme occidental	57
Chapitre 2. La diffusion du constitutionnalisme	99

Partie 3. Histoire du droit constitutionnel français

Chapitre 1. Le premier cycle constitutionnel (1789-1848)	119
Chapitre 2. Le deuxième cycle constitutionnel (1848-1958)	139

Partie 4. Droit constitutionnel de la V^e République

Titre I. Les actes	171
Sous-titre 1. La Constitution de 1958	171
Chapitre 1. La suprématie formelle de la Constitution de 1958 ...	173
Chapitre 2. La suprématie matérielle de la Constitution de 1958...	183
Sous-titre 2. Les actes infra-constitutionnels	189
Chapitre 2. L'articulation entre la Constitution de 1958 et les engagements internationaux	205

Titre 2. Les acteurs	213
Chapitre 1. La légitimité des acteurs: le suffrage	215
Chapitre 2. La restauration de l'autorité du pouvoir exécutif	231
Chapitre 3. L'encadrement du Parlement	255
Chapitre 4. L'organe de contrôle: le Conseil constitutionnel	277
Chapitre 5. L'avènement de nouveaux pouvoirs : justice et collectivités territoriales	317
Conclusion. Va-t-on vers une VI ^e République?	333

Partie 5. Éléments de droit constitutionnel européen

Chapitre 1. La formation historique d'un droit constitutionnel pour l'Europe	341
Chapitre 2. Les prérequis du droit constitutionnel européen	353
Chapitre 3. Les défis du droit constitutionnel européen	381

Partie 1

Théorie du droit constitutionnel

Par Stéphane Caporal-Greco

Présenter le droit constitutionnel comme la branche du droit public en rapport avec la constitution permet de déterminer l'objet du droit constitutionnel, mais la notion de constitution est elle-même sujette à d'innombrables controverses. Aussi se bornera-t-on dans un premier temps à reprendre la définition du grand romaniste espagnol Alvaro d'Ors :

DÉFINITION

« La forme stable par laquelle se structure un État avec un type déterminé de gouvernement s'appelle Constitution. »

Examinons les éléments de cette définition. D'abord, la structuration d'un État par une forme stable : dans les langues indo-européennes, la racine *st* exprime précisément la stabilité : on la retrouve dans les mots constitution, institutions, État – lequel s'écrivait autrefois Estat, ce de quoi diverses langues conservent la trace (*stato* en italien, *estado* en espagnol, *state* en anglais, *staat* en allemand, etc.). Ainsi, la constitution a pour fonction de donner forme à l'État et d'en assurer la stabilité par des institutions durables. Ensuite, le type de gouvernement. Gouverner, c'est étymologiquement tenir le gouvernail d'un bateau. Au sens large, le gouvernement est l'ensemble des institutions qui dirigent l'État. Dans un sens moderne, beaucoup plus restrictif, le gouvernement, formé des ministres, s'oppose au parlement, assemblée de laquelle il est issu (régime parlementaire) et, aux États-Unis, il désigne l'administration fédérale qui dépend du président. Toujours au sens large, un type déterminé de gouvernement est ce que l'on appelle classiquement un régime politique. Enfin, l'État : selon Alvaro d'Ors, il y a une corrélation entre constitution et État. Certes, certains groupements politiques ont eu une constitution sans être des États *stricto sensu*, étant eux-mêmes composés d'États ou de collectivités qui en revendiquaient le statut : Saint Empire romain germanique à partir de 1356, États-Unis d'Amérique jusqu'à la guerre de Sécession, Suisse jusqu'à la guerre

du *Sonderbund* en 1848 ou Empire allemand (1871-1919). Pourtant, ces exemples ne sont guère probants. D'une part, le mot constitution n'a pas le même sens selon qu'on a affaire à un État ou à un groupement d'États: dans le premier cas, c'est un acte unilatéral, dans le second, c'est une convention, un traité qui lie des États. D'autre part, l'histoire de ces groupements est marquée par leur volonté de s'affirmer comme des États à part entière en reléguant leurs composantes au rang de collectivités infra-étatiques: certains y ont échoué (Saint Empire), d'autres y ont pratiquement réussi (Suisse, États-Unis), souvent au terme d'une guerre. On examinera tour à tour l'État (chapitre 1) et le pouvoir dans l'État (chapitre 2).

Chapitre 1

L'État

Étudier l'État implique d'en passer en revue la notion (I), la constitution (II) et la forme (III).

I. La notion d'État

Parce que la notion d'État présuppose la notion de politique (Carl Schmitt), on doit élucider celle-ci (A) en préalable à l'étude des conditions d'existence de l'État (B) et de sa propriété qu'est la souveraineté (C).

A. La notion de politique

Dès l'Antiquité, des auteurs affirment l'irréductible essence du politique (1) et s'efforcent de dresser une typologie des régimes politiques (2).

1. L'essence du politique

REMARQUE Le mot d'Aristote : « l'homme est un animal politique » (to zoon politikon) signifie qu'on ne peut le concevoir qu'en société. L'homme isolé n'existe pas dans la nature. Ce n'est qu'avec Hobbes, Locke et surtout Rousseau, qu'on en viendra à imaginer la fiction du contrat social.

Politique, vient de *polis*, la cité qui donne aussi *politeia*, lequel désigne, d'une part, le politique en tant que phénomène d'organisation de la cité, toutes les institutions qui participent de cette organisation et que l'on appelle aujourd'hui constitution – au sens de *La Constitution d'Athènes* d'Aristote – et, d'autre part, la politique au sens actuel de vie politique. Les Romains ont traduit *politeia* par République (*res publica*, chose publique) avec néanmoins une signification un peu différente que l'on examinera plus loin. Parce que gouverner c'est choisir (duc Gaston de Levis), le politique est affaire de décision mais, la décision politique étant spécifique, il faut en examiner les présupposés. D'abord, il n'y a pas de politique sans commandement et sans obéissance sauf à priver la décision de tout effet. Vient ensuite une autre distinction entre le public et le privé c'est-à-dire entre sphère publique et sphère privée. Si tout est privé, il n'y a pas de corps politique, mais si tout est public, on est dans un pur totalitarisme encore que même les régimes totalitaires ne parviennent pas à effacer complètement le privé et une part d'autonomie. Enfin, une dernière distinction oppose l'ami et l'ennemi : souvent accusée de ruiner l'espoir

d'une humanité pacifiée, elle ne fait qu'exprimer le constat qu'on ne s'unit jamais aussi bien que face à une menace. La question de l'ennemi n'est pas d'ordre moral : l'ennemi est celui qui menace les intérêts vitaux et l'existence même du groupe, peu important ses intentions. C'est pourquoi, la guerre et la diplomatie sont, avec la justice et la police, au centre de la problématique de l'État.

2. Les régimes politiques

Au V^e siècle av. J.-C., Hérodote classe les régimes politiques en trois : la monarchie, gouvernement d'un seul, l'oligarchie, celui de quelques-uns, et la démocratie, celui de tous. Monarchie, de *monos* (un seul) et *arché* (origine, commandement, autorité, primauté) incarne la stabilité institutionnelle, le respect des grands principes et des anciennes lois : si l'autorité du monarque est incontestée, il ne peut pas pour autant faire n'importe quoi. Oligarchie, de *oligos*, petite quantité, laisse ouverte la question du critère de sélection du petit groupe appelé à gouverner. Enfin, démocratie de *demos*, peuple, et *cratos*, commandement fondé sur le fait d'être fort (Hérodote utilise aussi isonomie qui veut dire partage égal du pouvoir) comme pouvoir du peuple (par le vote ou le tirage au sort à Athènes) fait de chaque citoyen un gouvernant : c'est donc le plus exigeant des régimes.

REMARQUE

La démocratie ne se confond pas avec la République laquelle a deux sens : 1° la chose publique comme objet de l'attachement des membres du corps politique par opposition à ceux qui ploient sous le joug d'un tyran et obéissent par peur. Au XVI^e siècle, Jean Bodin, dans *Les Six Livres de la République*, qualifie ainsi un État fondé sur la justice tel que le Royaume de France ; 2° le contraire de la royauté, car elle succéda au roi étranger qui opprimait Rome où il n'y eut plus jamais de roi par la suite. Ce sens resurgit avec la révolution d'Amérique jusqu'à faire oublier que République désigne d'abord un État libre (les Américains fondent une République, mais leur Sénat est aristocratique).

Platon distingue les régimes d'après leur principe : aristocratie (gouvernement des meilleurs, *aristoi*), timocratie, ploutocratie, démocratie (qu'il juge ignoble) et tyrannie, respectivement fondées sur l'honneur, les richesses, l'égalité, le seul désir et le gouvernement en dehors des lois. Pour Aristote, trois régimes, monarchie, aristocratie et République ou gouvernement constitutionnel (*politeia*), ont en vue l'intérêt commun, mais dégénèrent en tyrannie, oligarchie et démocratie. Enfin, Polybe en compte six : la royauté, acceptée par la raison, se dégrade en autocratie ou despotisme, l'aristocratie se pervertit en oligarchie matérialiste, la démocratie fondée sur l'égalité et la liberté, dégénère en ochlocratie, gouvernement par la populace, ou dominant les démagogues qui flattent tous les vices.

REMARQUE

Pour empêcher les régimes de dégénérer on peut prendre ce qu'il y a de préférable dans chacun pour former un régime mixte ou recourir à l'institution de crise que le droit romain appelle dictature.

Sparte est le modèle du régime mixte : deux rois issus de deux dynasties (l'un fait la guerre, l'autre administre), une oligarchie de citoyens de plus de soixante ans (gérontes), élus pour un an, la *gérousia*, et l'assemblée démocratique des citoyens qui s'appellent les égaux (*homoioi*). Mais la démocratie, ce sont d'abord les citoyens eux-mêmes, élevés rudement en commun dès l'âge de sept ans, servant dans l'armée jusqu'à soixante ans et résidant dans des communautés militaires égalitaires où la vie de famille est réduite. Rome aussi connaît un régime mixte : deux consuls, civil et militaire, un Sénat, oligarchie aristocratique, et des comices centuriates rassemblant annuellement les citoyens au champ de Mars pour élire et décider. Plus tard, on verra des régimes mixtes dans le Saint Empire, avec l'Empereur élu et le collège électoral aristocratique, et dans la monarchie française avec le roi, initialement élu par l'assemblée de la noblesse et des évêques (d'où la réplique qu'aurait faite Adalbert de Périgord à Hugues Capet : « Qui t'a fait roi ? »), l'aristocratie au sein du Conseil royal et la démocratie dans les États généraux. Ces thèses, vivement contestées par les légistes royaux, ressurgissent lors des grandes crises politiques (guerres de religion, Fronde, Révolution). Toutefois, si le régime mixte échoue, il reste encore la dictature.

DÉFINITION

La dictature est l'institution qui consiste à confier les pleins pouvoirs pour une durée limitée à un homme choisi comme dictateur afin qu'il sauve Rome lorsque celle-ci est gravement menacée de l'intérieur ou de l'extérieur.

L'exemple célèbre est Cincinnatus qui cultive son champ lorsqu'on vient lui proposer la dictature. En seize jours, il remporte la victoire et, après son triomphe, il retourne à sa charrue. Cette idée de salvation perdure sous l'Ancien Régime avec le « coup de majesté » : le roi peut user de tout moyen contre une menace que les règles et procédures habituelles ne peuvent écarter : assassinat (Henri III contre Henri de Guise, Louis XIII contre Concini), édit (de Louis XV sur la justice en 1771), etc. Jusqu'à nos jours, divers textes donnent la possibilité au chef de l'État de prendre des mesures adaptées au temps de crise : charte de 1814, Constitution allemande de Weimar de 1919 ou Constitution de 1958 (art. 16).

On relèvera que le mot régime est chargé d'une ambiguïté que la théorie du régime mixte ne fait que renforcer. Comment classer ou définir un régime qui mêle des organes et des principes antagonistes ? Jean Bodin répond en distinguant forme d'État et forme de gouvernement.

REMARQUE

Un régime monarchique (forme d'État) peut fonctionner démocratiquement (forme de gouvernement) ou inversement. Cependant, le mot régime peut aussi désigner le cas particulier de tel ou tel pays (régime britannique, régime de la V^e République), une classification propre au droit constitutionnel (régime parlementaire ou présidentiel), une manière de faire primer les institutions de décisions sur celles de discussion (régime autoritaire) voire le projet de transformer l'humanité en conditionnant les esprits indépendamment de l'organisation institutionnelle (régime totalitaire).

Un régime politique normal, non pathologique, est censé avoir en vue le Bien commun qui dépasse l'intérêt personnel (saint Thomas d'Aquin) et repose sur la succession des générations et les notions de justice et d'équilibre. C'est le fondement de la légitimité et sont donc légitimes ceux qui parviennent au pouvoir conformément au droit et qui gouvernent en vue du Bien commun. Lorsqu'un gouvernement devient tyrannique, saint Thomas conseille de ne pas se révolter pour éviter d'envenimer la situation et de créer des injustices encore plus graves, mais si la tyrannie s'installe et devient la règle, alors on peut la combattre.

Pour aller plus loin

J. Freund. *L'essence du politique*, 1965, rééd. Dalloz, 2003; A. d'Ors, *Une introduction à l'étude du droit*, 1963, 8^e éd. 1999, tr. fr. A. Sériaux 2000; J.-C. Ricci, *Histoire des idées politiques*, 3^e éd. Dalloz, 2014; F. Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, PUF, Léviathan, 2000; C. Schmitt, *La dictature*, (1901), tr. fr. Seuil, 2000 et *La notion de politique* (1932), rééd. tr. fr. Flammarion, 2009; J.-F. Spitz, « Régime mixte », *Dictionnaire de philosophie politique*; Ph. Raynaud, S. Rials dir., PUF, Quadrige, 1996, p. 634-640.

B. Les conditions d'existence de l'État

Les conditions d'existence de l'État sont ses éléments constitutifs (1) et sa personnalité juridique (2).

1. Les éléments constitutifs de l'État

REMARQUE

Pour qu'un État puisse naître, il faut un territoire pour y fixer un groupe humain et une organisation politique détentrice de la puissance publique.

a. Un territoire

Il n'y a pas d'État nomade : l'État apparaît avec la sédentarisation et l'ancrage territorial. Peu importe la dimension du territoire qui peut être gigantesque (Russie) ou minuscule (État de la Cité du Vatican : 44 hectares) dès lors qu'il est naturel (en revanche, une simple plate-forme servant à la domiciliation, telle *Sealand*, n'est pas un État). Les frontières délimitent le territoire national y compris l'espace aérien et ce que l'on appelle les eaux territoriales à 12 milles marins de la côte (environ 22,2 km). La protection de son territoire étant une condition d'existence d'un État, d'après le droit international, celui-ci a le droit de s'opposer par la force à toute intrusion quels qu'en soient les motifs.

b. Un groupe humain spécifique

Une foule ne fait pas un État : le mot population est trop ambigu pour désigner le groupe humain parce qu'il a une connotation démographique et peut inclure les étrangers. Les mots « peuple » et « nationaux », plus précis, conviennent parfaitement pour la plupart des États qui sont des États-nations (un État correspondant à une

nation ou un peuple), mais pas pour tous, certains, dits multinationaux, pouvant comporter plusieurs peuples : Autriche-Hongrie (1867-1918), Suède-Norvège (1814-1905), URSS, ex-Yougoslavie, Royaume Uni... Le mot « citoyens » est inapproprié, puisqu'il implique l'exercice de droits auxquels tous les nationaux n'ont pas accès tels les mineurs. Bien qu'il ait son sens en droit international, le mot le plus adéquat pourrait être « ressortissants », qui désigne ceux qui bénéficient de la protection diplomatique de leur État d'origine lorsqu'ils sont à l'étranger.

Si l'on s'en tient à la catégorie habituelle de l'État-nation, la question se pose de ce qui fait l'unité d'un État et d'une nation. L'ethnie, d'abord, évidente dans les États à la composition homogène (Islande, Japon, Hongrie voire Empire romain germanique), est un peu plus relative dans d'autres comme la France où domine plutôt un substrat celto-germanique et romain. La langue, ensuite, essentielle dans certains États (Allemagne), s'est imposée tardivement dans d'autres (en France, le français devient langue du droit en 1539 par l'édit de Villers-Cotteret et se répand au début du xx^e siècle) et est sans effet en Suisse qui compte quatre langues pour huit millions d'habitants (allemand, français, italien et, en pratique, le romanche dans le canton des Grisons). La religion, enfin, est un puissant vecteur d'unité (France catholique, Grèce et Russie orthodoxes) : la diversité peut ruiner l'État (guerres de religions, ex-Yougoslavie), mais certains États sont devenus pluri-religieux en conservant leur unité (Allemagne, Suisse).

REMARQUE

L'unité est aussi affaire de psychologie et de volonté, comme le souligne l'effort pluriséculaire des capétiens pour unifier le royaume de France ou encore la citation de Renan : « Une nation est une âme, un principe spirituel. [...] une grande solidarité, constituée par le sentiment des sacrifices qu'on a fait et de ceux qu'on est disposé à faire encore. Elle suppose un passé : elle se résume pourtant dans le présent par un fait tangible : le consentement, le désir clairement exposé de continuer la vie commune ». On oublie parfois que, dans ce texte, Renan évoque aussi avec raison l'inscription dans la succession des générations, l'acceptation d'un héritage, et rappelle ce qu'il qualifie d'hymne abrégé de toute patrie, le chant des guerriers de Sparte : « Nous sommes ce que vous fûtes, nous serons ce que vous êtes ». À sa suite, Barrès aperçoit la nation dans l'enracinement, « la terre et les morts », tandis que, tourné vers l'imagination, Malraux en cherche la force dans « la communauté des rêves ». On peut y voir un aspect de l'opposition entre nation ethnique, plutôt allemande, et nation civique, plutôt française, mais c'est une opposition relative car il y a le plus souvent dans le fait national un mélange de civisme et d'ethnicité.

c. Une organisation politique détentrice de la puissance publique

Avec que l'on appelle familièrement un gouvernement, des institutions politiques, l'État s'organise pour commander, rendre la justice et assurer la sécurité de ses membres. Max Weber écrit : « il faut concevoir l'État contemporain comme une communauté humaine qui, dans les limites d'un territoire déterminé – la notion de territoire étant une de ses caractéristiques –, revendique avec succès pour son propre compte le monopole de la violence physique légitime ».

La question de la légitimité est centrale : dans l'usage de la contrainte, ce qui distingue l'État d'un malfaiteur, c'est que l'action du premier est réputée légitime par hypothèse. C'est d'ailleurs pourquoi elle bénéficie du « privilège du préalable » en vertu duquel ses décisions sont exécutoires de plein droit (Maurice Hauriou). Mais la légitimité peut être contestée comme durant l'Occupation lorsque gouvernement de l'État français et gouvernement de la France libre s'accusent d'illégitimité et d'illégalité. À la Libération, l'ordonnance du 9 août 1944 portant rétablissement de la légalité républicaine en France métropolitaine proclame : « La forme du gouvernement est et demeure la République. En droit, celle-ci n'a pas cessé d'exister ». Elle conclut à la nullité des actes constitutionnels, législatifs ou réglementaires et arrêtés d'exécutions pris du 10 juin 1940 à la Libération par le Gouvernement de l'État français, mais elle ajoute que la nullité doit être expressément constatée et énumère les matières concernées, ce qui permet *a contrario* de conserver tous les autres actes.

2. La personnalité juridique de l'État

REMARQUE L'État est une personne morale. Cette notion, issue du droit canonique, a inspiré le droit constitutionnel. Elle signifie que l'État est plus qu'une simple juxtaposition d'individus et de volontés sur un territoire et qu'il dépasse la vie de ses gouvernants.

L'école sociologique de Léon Duguit a critiqué cette notion l'accusant d'être une fiction destinée à légitimer les gouvernants et on connaît le « je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale » (Gaston Jèze) à quoi on a pu répondre « mais je l'ai souvent vue payer l'addition » (Jean-Claude Soyser). La personnalité juridique est peut-être une fiction, mais c'est une fiction nécessaire dans la réalité du droit pour décider au nom de l'État (ou de la nation) en vue du Bien commun. La nier, c'est admettre, par exemple, qu'un traité étant passé entre des individus ne lie donc qu'eux-mêmes. De plus, ce pseudo-réalisme sociologique ne tient compte que des éléments matériels en oubliant qu'on n'agit pas uniquement par intérêt, mais d'abord pour des « fictions » comme le montre la sociologie de Max Weber qui énumère les différentes formes de légitimité (traditionnelle, charismatique, rationnelle-légale).

REMARQUE La personnalité juridique implique son unité et sa continuité.

En France, l'unité de la nation, se fait d'abord autour du Roi, puis de la République ce qui permet à Péguy de célébrer : « la République une et indivisible, notre royaume de France ». La continuité de l'État est la continuité de sa personnalité. Sous la monarchie, elle se traduit par la théorie des deux corps du roi, corps physique périssable et corps mystique inaltérable, par l'adage « Le mort saisit le vif » soulignant la continuité dans la succession royale et par la formule qui annonce le décès du monarque : « Le roi est mort, vive le roi ». De même, protègent la

continuité, des Lois fondamentales telles que la dévolution successorale du pouvoir royal par primogéniture masculine (la Loi salique), qui empêche le Royaume de tomber par mariage entre des mains étrangères, ou l'inaliénabilité du domaine royal. Enfin, en droit international, l'unité suppose une représentation unique et la continuité résiste aux changements de régime : les engagements restent valables de même que les sanctions.

Pour aller plus loin

E. Renan, *Qu'est-ce qu'une nation ?* (1882), rééd. Mille et une nuits 1997 ; M. Weber, *Le Savant et le politique* (1919), tr. fr. J. Freund, Plon, 1963.

C. La souveraineté, une propriété de l'État

REMARQUE

Souverain (du latin *super*, dessus, qui donne aussi *suprême*) désigne ce qui échappe à toute hiérarchie. Du XI^e au XV^e siècle, les légistes royaux opposent la souveraineté à l'extérieur au Pape et à l'Empereur et à l'intérieur aux barons qui refusent encore l'hommage. Carré de Malberg en conclut que la souveraineté a « deux faces », en précisant qu'il serait trompeur de voir « dans la souveraineté intérieure et extérieure deux souverainetés distinctes » car « l'une et l'autre se ramènent à cette notion unique d'un pouvoir qui n'en connaît aucun autre au-dessus de lui. L'une et l'autre signifient pareillement que l'État est maître chez lui ».

On pose en postulat que la souveraineté est une propriété de l'État au sens d'une qualité qui lui est propre. Dès lors, un État qui n'est pas souverain n'est donc pas un État. Inversement, certains auteurs soutiennent qu'un État n'est pas nécessairement souverain et que la souveraineté n'est pas un principe essentiel. On remarquera que les deux écoles utilisent les mêmes exemples : États fédérés américains, provinces canadiennes, *länder* allemands ou cantons suisses. Pour les tenants de la souveraineté, ces collectivités non souveraines ne sont pas de véritables États, mais des collectivités fédérées « d'apparence étatique » (Stéphane Rials), alors que pour ses adversaires, elles prouvent qu'un État peut n'être pas souverain.

La souveraineté peut être vue comme un pur fait, la capacité à s'imposer, qui n'intéresse pas directement les juristes, ou comme un principe juridique en même temps que politique. Jean Bodin la définit comme la « puissance absolue et perpétuelle d'une République » avant qu'au XIX^e siècle on n'en propose une définition plus technique, la « compétence de la compétence » (Georg Jellinek), mais qui n'est pas satisfaisante car la compétence est un pouvoir conditionné alors que le propre de la souveraineté est d'être inconditionnée. Par la suite, on la définit comme un « pouvoir de droit originaire et suprême » (Julien Laferrière) ce qui est plus proche de la définition de Bodin et en souligne le caractère à la fois juridique et inconditionné. Enfin, Carl Schmitt en propose une définition qui se veut concrète :

DÉFINITION

« Est souverain celui qui décide de la situation d'exception ».

Cette définition insiste sur l'articulation entre le cadre juridique et son dépassement factuel pour mieux y revenir et elle rend compte du recours au coup de majesté ou à une dictature non prévue par un texte : celui qui agit au nom du souverain ou en tant que tel décide qu'on a affaire à une situation d'exception qui appelle une réponse extraordinaire.

REMARQUE Envisager la souveraineté de l'État sous l'angle de la décision conduit à poser la question de celui qui décide autrement dit du souverain concret ou, si l'on préfère, de la souveraineté dans l'État.

Sous la monarchie, le roi incarne l'État : il est souverain par la grâce de Dieu, ce qui signifie qu'il ne tient son pouvoir d'aucune puissance terrestre, car « il n'est pas de pouvoir qui ne vienne de Dieu » (saint Paul, *non est enim potestas nisi a Deo*), à quoi les Pères de l'Église ajoutent « mais pour le peuple » (*sed per populum*). Le souverain n'est pas limité par les lois issues de la volonté humaines, mais il l'est par les lois que Bodin appelle divines et naturelles parmi lesquelles les Lois fondamentales du Royaume qui en sont la Constitution. Le jour de son sacre, il jure de protéger les droits et libertés de l'Église et de ses sujets : sa souveraineté ne l'autorise donc pas à employer sa volonté contre le Bien commun.

Les choses changent en 1789. En transférant la souveraineté du Roi à la Nation, la Révolution induit deux conséquences : d'une part, elle disjoint le titulaire de la souveraineté (la Nation) et son exercice qui relève des représentants (les députés) ; d'autre part, elle fait de la souveraineté un pouvoir que rien ne peut plus limiter sauf les droits de l'homme, mais comme c'est l'État qui définit et délimite leur contenu, ils sont susceptibles de beaucoup varier. Pour contourner la difficulté du caractère illimité de la souveraineté moderne, la doctrine élaborera la théorie de l'auto-limitation de l'État par le droit (Carré de Malberg) qui reste peu convaincante.

DÉFINITION L'État est une personne morale de droit public territoriale et souveraine.

Pour aller plus loin

O. Beaud, *La puissance de l'État*, PUF, Léviathan, 1994 ; J. Bodin, *Les six livres de la République*, 1576, LGF, 1993 I ; T. Hobbes, *Léviathan*, (1651) tr. Tricaud, Sirey, 1971 ; A. Rigaudière, « L'invention de la souveraineté », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, p. 5 s.

II. La constitution de l'État

On entendra ici la constitution de l'État en tant qu'acte unilatéral même si celle des États-Unis d'Amérique se présente initialement comme un traité conclu entre des États indépendants (les treize anciennes colonies). Exception d'ailleurs relative puisque la Constitution américaine entre en vigueur dès qu'elle a été ratifiée par

les trois quarts, soit neuf, et peut être modifiée avec l'accord des deux tiers d'entre eux ce qui réduit son caractère conventionnel. Tout État a une constitution en tant qu'il est constitué (comme on dit d'une personne qu'elle a une robuste constitution): elle peut être coutumière ou écrite (A), souple ou rigide (B), mais il en existe de nombreuses conceptions doctrinales (C).

A. Constitution coutumière et constitution écrite

La constitution peut apparaître de deux manières: soit elle résulte du devenir historique et elle est coutumière (1), soit elle est voulue, conçue, organisée et décrite dans un document et elle est écrite (2). Ces deux formes s'opposent, mais n'existent pas à l'état pur et ne sont donc jamais absolument distinctes.

1. La constitution coutumière

Au cours des siècles, des institutions montrent leur efficacité et la pratique devient une coutume si elle est répétée et acceptée par l'ensemble des acteurs et en particulier par les juristes (*opinio juris*). Différentes autorités (États généraux, légistes royaux, etc.) dégagent des principes et des règles aptes à maintenir l'unité et la continuité de l'État, telles les Lois fondamentales du Royaume (Loi salique, Loi de catholicité, inaliénabilité du domaine royal...) qui forment la constitution de l'ancienne France.

REMARQUE

Dans ses réflexions sur le métier de roi, Louis XIV écrit que la Constitution de la France est entièrement coutumière, ce qui est vrai à l'époque, alors que celle de l'Angleterre comporte de l'écrit.

Exemple le plus célèbre, la Constitution du Royaume-Uni comporte des règles coutumières issues de la pratique des tribunaux (*Common Law*) et des conventions de la constitution comme celle qui fait que le monarque n'exerce la prérogative royale qu'à la demande du Premier ministre, mais aussi de nombreux textes: *Magna Carta* (1215), *Habeas Corpus* (1679), *Bill of Rights* (1688), *Parliament Act* (1911), *Lords Act* (1999), *Constitutional Reform Act* (2005), ainsi que les traités d'union avec l'Écosse (1701) ou l'Irlande (1800).

Il faut encore signaler le cas d'Israël qui n'a toujours pas achevé sa constitution écrite depuis 1947 et l'adopte par chapitres (Lois fondamentales) au statut incertain (douze aujourd'hui), mais que la Cour suprême utilise pour développer un contrôle de constitutionnalité.

2. La constitution écrite

Il s'agit ici de rassembler les principes et règles fondamentaux d'organisation et de fonctionnement de l'État dans un ou plusieurs documents généralement rédigés par une assemblée ou une commission. La première constitution écrite

pourrait avoir été celle de la Corse (1755); les statuts de la République de Saint-Marin sont plus anciens (1600), mais leur nature de constitution est contestée. Néanmoins, la plus emblématique reste celle des États-Unis d'Amérique rédigée par la convention de Philadelphie (1787). Si elle est toujours en vigueur, elle a fait l'objet d'adaptations soit par l'adoption d'amendements, qui viennent s'ajouter au texte initial, soit par l'interprétation qu'en font les acteurs constitutionnels: par exemple, la Constitution prévoyant une monnaie unique et le président étant général en chef de l'armée, la théorie des pouvoirs implicites a permis de justifier la création d'une banque fédérale et d'engager l'armée dans des opérations sans autorisation du Congrès.

B. Constitution souple et constitution rigide

DÉFINITION La souplesse ou la rigidité d'une constitution est en rapport avec la facilité à la modifier qui s'analyse formellement du point de vue de la procédure et matériellement du point de vue du contenu du droit.

REMARQUE Il n'y a ni constitution absolument souple, car ce n'en serait pas une, ni constitution absolument rigide, car cela voudrait dire qu'aucune institution, aucun principe, aucune règle ne pourrait évoluer, pas même par l'interprétation ce qui est impossible.

La rigidité peut consister dans une procédure distincte de la procédure d'adoption des lois ordinaires: elle est faible sous la III^e République, où un vote des chambres à la majorité absolue suffit à modifier les lois constitutionnelles, elle est plus forte sous la V^e République où au vote des chambres en termes identiques s'ajoute le référendum (ou le vote des chambres réunies en Congrès à une majorité des trois cinquièmes).

La rigidité peut aussi porter sur le contenu en interdisant de modifier certaines dispositions: la Constitution de 1958 (art. 89, al. 5) interdit, par exemple, de modifier la forme républicaine du gouvernement: on peut imaginer de supprimer ce verrou par une révision (Georges Vedel) ou voir là un détournement de procédure (Olivier Beaud), mais cette manœuvre est possible sauf à interdire la révision de la disposition intangible par une règle autoréférentielle du type: « Le présent article ne peut faire l'objet d'aucune révision » et encore, car d'un point de vue strictement positiviste même cette interdiction pourrait être levée au motif qu'elle n'est pas supérieure à une loi constitutionnelle qui aurait pour objet de la modifier. Mais ce strict positivisme est incapable de répondre à la question de savoir si l'on a toujours affaire à la même constitution, si l'on se situe toujours dans le même régime politique: il ne peut qu'écarter cette question comme ne relevant pas de la science du droit. Par ailleurs, dans cet exemple, l'interdiction de révision formelle ne résout pas la question des limites matérielle à la révision parce que nul ne sait

exactement ce que recouvre la notion de forme républicaine du gouvernement, le nombre des principes dits républicains augmentant au fil des textes constitutionnels et au gré des rapports de force.

Au plan théorique, on a tenté de justifier une différence entre la fondation inconditionnée, souveraine, de la constitution, et ses modifications restreintes par un cadre juridique à travers la distinction entre pouvoir instituant, illimité, et pouvoir institué limité (Sieyès) ou entre pouvoir constituant originaire et pouvoir constituant dérivé encore appelé pouvoir de révision. Mais peut-on encore parler de souveraineté lorsque le pouvoir est conditionné et inversement, la notion de constitution a-t-elle un sens si le pouvoir dérivé peut anéantir l'œuvre du pouvoir originaire ?

REMARQUE La position consistant à dire que toutes les dispositions ont même valeur et sont également modifiables est sans doute vraie en termes de rapports de force, mais elle se heurte à cette réalité que toutes les dispositions n'ont pas la même importance dans l'architecture constitutionnelle. Pour décrire cette réalité, la doctrine propose de distinguer entre révision de la Constitution, portant sur l'accessoire, et changement de Constitution, portant sur l'essentiel (Olivier Beaud).

Enfin, on signalera que la distinction entre constitution souple et constitution rigide ne recouvre pas celle entre constitution coutumière et constitution écrite.

C. Les conceptions doctrinales de la Constitution

Parce que le droit « possède une forme et une matière » (Maurice Hauriou), certains auteurs privilégient une approche formelle en termes d'organes, de compétence, de procédure... (1). Ce sont surtout des positivistes pour qui la recherche juridique doit se borner à décrire le droit en vigueur en s'interdisant tout jugement de valeur. À l'inverse, d'autres auteurs privilégient l'approche matérielle et le contenu du droit ce qui peut les amener à aborder les valeurs qui le sous-tendent et à proposer des solutions en se prononçant sur ce qu'il devrait être ou du moins à en rechercher les principes, attitude que les précédents qualifient de jusnaturaliste. À cet égard, on distingue *grosso modo* un droit naturel classique, fondé sur la nature des choses et les spécificités des sociétés sur lequel se fonde la réponse de Solon aux Athéniens qui lui demandaient une constitution : « pour quel peuple et à quelle époque ? » et un droit naturel moderne (Grotius, Pufendorf, Locke, Rousseau, etc.) issu de la philosophie des Lumières, sorte de catalogue de principes formant un droit idéal censée être le même partout parce que déduit de la nature de l'homme. Cela étant, la plupart des auteurs se veulent positivistes y compris ceux qui privilégient l'approche matérielle (2).

1. La notion formelle de Constitution

Au sens formel, la constitution peut être vue sous l'angle de l'autorité qui la met en place (a) ou de la hiérarchie des normes (b).

a. La conception organique de Carré de Malberg

Raymond Carré de Malberg (1861-1935), cherche à donner une définition positiviste juridique du droit et de la constitution. Influencé par la doctrine allemande de droit public (Jellinek, Laband, Jhering), il s'attache à décrire le droit à travers les actes juridiques et, *in fine*, les organes qui les édictent en éliminant le contenu. Ainsi, la loi est ainsi l'acte voté par le Parlement et non plus un acte général et impersonnel comme on la décrivait jusqu'alors. De même, la constitution ne se définit plus par un contenu spécifique, puisqu'en pratique, on peut y inclure n'importe quelle disposition, mais comme l'acte émis par le pouvoir constituant, lequel tire sa compétence de la précédente constitution et ainsi de suite jusqu'à une première constitution qui apparaît en même temps que l'État.

REMARQUE

D'une part, selon l'auteur la question de la naissance de cette première constitution n'est pas une question juridique ; d'autre part, il admet que beaucoup de changements se sont faits en rupture avec la constitution précédente (révolutions, coups d'État), mais se borne à y voir des périodes « d'inter-règne constitutionnel ». Malgré ses limites, la conception organique présente un intérêt technique en droit constitutionnel pour l'analyse du fonctionnement des organes de l'État.

b. La conception normativiste de Hans Kelsen

Hans Kelsen (1881-1973) veut créer une science du droit pure de toute considération non juridique. Du point de vue de cette science du droit, le droit, qui se confond avec l'État, est la hiérarchie des normes juridiques, la norme inférieure tirant sa validité de la norme supérieure, jusqu'à une norme fondamentale hypothétique sur quoi repose le système. Afin de conserver sa « pureté », cette science du droit ne s'intéresse pas au contenu de la norme juridique, mais seulement à sa procédure de production et, de ce point de vue, la constitution est une « loi constitutionnelle » édictée suivant une procédure particulière qui s'analyse en une norme de production de norme (elle pose les procédures d'édition des autres normes). Cette théorie de la constitution vise à éliminer le politique ainsi que tous les concepts à commencer par la souveraineté. Par ailleurs, comme pour Kelsen, la règle de droit doit s'assortir d'une sanction, chaque degré de la hiérarchie doit disposer d'une autorité habilitée à en contrôler le respect ce qui justifie l'introduction d'un contrôle de constitutionnalité.

REMARQUE

Cette vision très théorique et expressément dépourvue de portée pratique, sauf en matière de contrôle de constitutionnalité, s'est imposée en doctrine par suite d'un malentendu : la hiérarchie des normes, purement formelle, s'est vue décrire comme une hiérarchie

matérielle, une hiérarchie des contenus (les juridictions constitutionnelles l'utilisent dans ce sens), de principes et des valeurs. De même, l'expression droit fondamental, qui signifie constitutionnellement protégé, dans la doctrine germanophone est entendue comme devant exprimer une hiérarchie des valeurs et la théorie normativiste est largement enrôlée au service de l'idéologie de « l'État de droit » alors que pour Kelsen l'expression « État de droit » était un pléonasme.

2. La notion matérielle de Constitution

Dans l'approche matérielle, on recense, entre autres, des conceptions sociologique (a), institutionnaliste (b) et décisionniste (c).

a. La conception sociologique de Léon Duguit

Contrairement à Kelsen, Léon Duguit (1859-1928) distingue radicalement l'État, phénomène de force, du droit et cherche à soumettre le premier au second en élaborant une description du droit qui ne dépende ni de l'État, ni de la métaphysique, ni du pouvoir : il soutient que le droit se dégage de la norme sociale acceptée par la conscience collective qui fait évoluer le droit positif et que la constitution est formée de l'ensemble des règles ancrées dans les esprits à commencer par les principes de la Déclaration de 1789.

REMARQUE Cette thèse s'expose à la critique de ne pas pouvoir mesurer précisément la norme sociale, de négliger l'importance de l'action des groupes de pression, les lobbies, qui prétendent parler au nom de tous et d'ignorer qu'avec le temps et l'habitude, un changement imposé du droit positif parvient à faire paraître normal ce que l'on eut jugé inacceptable quelques années auparavant. Néanmoins, elle présente l'intérêt de faire une place à l'analyse de type sociologique et à la perception de la norme par ses destinataires.

b. La conception institutionnaliste de Maurice Hauriou

Maurice Hauriou (1856-1929) est influencé par saint Thomas d'Aquin, le positiviste Auguste Comte et Henri Bergson, théoricien du vitalisme. Réfléchissant à la dialectique entre l'ordre et la liberté et se définissant comme un « positiviste » qui utilise « le contenu social, moral et juridique du dogme catholique », il est le père de la théorie de l'Institution (1906).

DÉFINITION L'institution organise le vitalisme ; c'est « une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes [...] entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures ».

Le droit n'est pas fait d'abord de règles, mais d'institutions et la constitution est à la fois politique et sociale puisque faite d'institutions politiques (organes de l'État) et d'institution sociale (droits et libertés). C'est ainsi que la Déclaration de 1789

lui paraît avoir conservé sa valeur juridique, même si les lois constitutionnelles de 1875 ne l'évoquent pas, parce qu'elle s'est ancrée dans le droit positif à travers des textes et la jurisprudence, qu'elle y constitue une référence et fait ainsi partie de la constitution sociale.

c. La conception décisionniste de Carl Schmitt

Pour Carl Schmitt (1888-1985), notamment influencé par Saint Augustin, Hobbes et Hauriou, on ne peut honnêtement prétendre que tout a une même valeur dans ce que l'on appelle une Constitution : ainsi, l'article 1^{er} de la Constitution de Weimar, « Le Reich allemand est une république » (sous-entendu démocratique), ne peut juridiquement pas avoir la même valeur que l'article 129 « Tout employé public a droit à la communication de son dossier ». Le premier dit la constitution, il porte une décision, le second n'est qu'une simple loi constitutionnelle. De diverses formules de Schmitt, très proches les unes des autres, on peut tirer une définition de la Constitution qui se fonde sur la décision.

DÉFINITION La Constitution est la décision fondamentale sur le caractère et la forme de l'unité politique d'un peuple.

Si l'engagement politique de Schmitt et ses prises de positions dans les années 1930 l'ont longtemps mis au ban du débat doctrinal, son approche a le mérite de souligner que tout n'a pas la même valeur dans un ordre juridique et que la modification de certaines dispositions a des conséquences fondamentales sur la nature d'un régime.

Pour aller plus loin

P. Bastid, *L'idée de Constitution*, Economica 1985 ; R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Sirey, 1922, rééd. CNRS, 1962 ; L. Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, 1901, rééd. Dalloz, 2003 ; M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 1929, rééd. Dalloz, 2^e éd. 2015 ; H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, (1934) tr. fr. ; C. Eisenmann, 1962, LGDJ, 1999 ; C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, (1928) tr. O. Beaud, PUF, Léviathan, 1993 ; J. Schmitz, *La théorie de l'institution du doyen Maurice Hauriou*, L'Harmattan, 2013.

III. La forme de l'État

Il s'agit de l'organisation territoriale de l'État en relation avec l'exercice du pouvoir. Sauf dans les très petits États, il est impossible d'administrer le territoire à partir des organes centraux, par conséquent, soit on utilise des relais du pouvoir central, soit on reconnaît, une certaine autonomie aux collectivités infra-étatiques telles que les communes, les provinces ou les régions qui sont souvent antérieures à l'État et ont une tradition d'auto-administration. Elles peuvent d'ailleurs revendiquer une autonomie croissante en ressemblant de plus en plus à des États (fédéralisme par dissociation) jusqu'à conquérir leur indépendance ou, au contraire, être

d'anciens États qui se sont d'abord regroupés par un traité et ont perdu leur souveraineté (fédéralisme par association). Lorsque ces collectivités ont leur propre constitution et exercent des fonctions régaliennes (police, justice, voire défense) jusqu'à prendre une apparence étatique sans toutefois être indépendantes, on a affaire à un État fédéral ou à une fédération (A). Au-delà, l'ensemble éclate en plusieurs États indépendants qui peuvent choisir de rester liés par un traité dans le cadre du droit international (cas actuel de la Communauté des États indépendants). Lorsque les collectivités ont une faible capacité d'auto-organisation et sont régies par la loi, on a affaire à un État unitaire (B). Lorsque leur auto-organisation est plus forte et, en particulier, lorsqu'elles partagent le pouvoir législatif avec le gouvernement central, mais sans autonomie constitutionnelle ni fonctions régaliennes, on est en présence d'un État dit régional ou régionalisé ou autonome pour utiliser un hispanisme (C).

A. L'État fédéral ou fédération

DÉFINITION L'État fédéral est un État comprenant en son sein des collectivités d'apparence étatique (Stéphane Rials).

On approfondira le fédéralisme (1) et ses principes (2).

1. Le fédéralisme

REMARQUE Fédéralisme vient de *foedus* qui signifie la foi qu'on engage dans un pacte.

On parle de fédéralisme international pour désigner les organisations internationales, unions regroupant des États liés entre eux par un traité (par exemple l'ONU, l'Union européenne ou la Communauté des États indépendants). Au titre des unions d'États, reposant sur un traité, on trouve trois types de construction. D'abord l'union personnelle, dans laquelle deux États distincts ont un monarque commun : Angleterre et Royaume du Hanovre (1714-1737), Pays-Bas et Luxembourg (1815-1890), Belgique et État libre du Congo (1885-1908). Ensuite, l'union réelle, dans laquelle, outre un même monarque, les États exercent en commun des compétences régaliennes (défense, diplomatie ou monnaie) : Union Suède-Norvège (1815-1905), Empire d'Autriche et royaume de Hongrie (1867-1918). Vient enfin la confédération d'États, association d'États qui se dotent d'organes et de compétences communs dans divers domaines y compris régaliens, mais qui conservent leur souveraineté dans la mesure où les décisions se prennent à l'unanimité (États confédérés pendant la Guerre de Sécession, Confédération suisse).

En revanche, on parle de fédéralisme interne pour décrire un ensemble qui repose sur une constitution au sens d'acte unilatéral : République fédérale d'Allemagne, États-Unis d'Amérique, Confédération suisse après 1848, Fédération de Russie, Union indienne...

REMARQUE Le vocabulaire prête parfois à confusion car, en pratique, il arrive que le mot confédération désigne un État doté d'une constitution (Confédération suisse depuis 1848). De même, l'expression État fédéral est ambiguë, car elle peut désigner soit l'ensemble politique autrement appelé fédération, soit l'organisation politique centrale : par exemple, on peut dire que l'Allemagne est un État fédéral, pour souligner que c'est un État et non pas une confédération d'États, mais on peut également parler d'État fédéral pour désigner le gouvernement commun (président de la République, chancelier, chambres, etc.) Pour lever cette ambiguïté, certains auteurs préconisent de réserver l'appellation État fédéral au gouvernement commun et de parler de « fédération » pour désigner l'ensemble politique formé par les collectivités et le gouvernement commun (Olivier Beaud), mais cette solution, bien que rigoureuse, vise aussi à souligner que la fédération est autre chose qu'un État ce qui précisément fait l'objet du débat. Enfin, l'appellation des collectivités fédérées varie grandement : États fédérés (États-Unis), cantons (Suisse), Länder (Allemagne, Autriche), provinces (Canada), républiques (Russie). Elle ne peut donc pas nous renseigner sur la nature juridique desdites collectivités.

Dans le fédéralisme par association, l'origine de la fédération se trouve souvent dans une confédération : Pacte fédéral du 1^{er} août 1291 pour la Suisse, articles d'association de 1774 et de confédération de 1777 pour les États-Unis. Ces entités évoluent ensuite vers la fédération en se dotant d'une constitution en renforçant les prérogatives de l'État fédéral et en affaiblissant les collectivités fédérées ce qui constitue une tendance à long terme du fédéralisme. Les Américains, notamment Alexander Hamilton, y ont vu une version verticale de la séparation des pouvoirs.

2. Les principes du fédéralisme

Les principes du fédéralisme dégagés par la doctrine internationaliste (Georges Scelle) et valables en droit constitutionnel sont la participation (a), la superposition et l'autonomie (b) auxquelles s'ajoute l'arbitrage (c).

a. La participation

Les collectivités fédérées participent à la création et au fonctionnement de la fédération. La participation au pouvoir constituant fédéral concerne d'une part, le pouvoir constituant originaire, en envoyant des délégués (convention de Philadelphie de 1787, représentants des *Landtage* au Conseil constituant de Bonn en 1949) pour élaborer la constitution fédérale, puis en la ratifiant et, d'autre part, le pouvoir constituant dérivé : par exemple, les États fédérés américains participent à l'élaboration des amendements à la constitution fédérale par l'intermédiaire du Sénat et à leur ratification par leurs législatures. La participation au pouvoir législatif se traduit par le fait que l'une des deux chambres représente les collectivités fédérées (Sénat américain, Bundesrat allemand, Conseil des États suisse),

c'est ce que l'on appelle le bicamérisme fédéral. Ainsi, le Sénat des États-Unis compte-t-il deux sénateurs par État ce qui leur confère une importance considérable. Enfin, la participation concerne également la désignation de l'exécutif fédéral : en Allemagne, l'assemblée législative de chaque *Land* (*Landtag*) désigne les délégués qui forment au moins la moitié du collège électoral présidentiel ; aux États-Unis, le président est élu par un collège de grands électeurs, chaque État ayant autant de grands électeurs que d'élus à la Chambre des représentants et au Sénat. Ainsi, on s'est ému que le président Donald Trump ait été élu avec presque deux millions de voix de moins que son adversaire, mais c'est oublier qu'en plus d'un mode de scrutin qui permet de remporter un État avec une très faible avance, il s'agit d'abord d'une élection par les États et non par une population indifférenciée. Or, l'écart provient très largement de seulement deux États, New York et la Californie, très peuplés, très favorables à la mondialisation et nullement représentatif des autres États.

b. La superposition et l'autonomie

L'État fédéral se superpose aux collectivités fédérées qui se donnent une constitution commune tout en conservant une autonomie, mais pas l'indépendance : la sécession qui devrait être possible s'il y avait de véritables États, a donné lieu à des guerres chaque fois qu'on a voulu y recourir aux États-Unis bien sûr (1860), que la Cour suprême qualifie d'« Union indestructible d'États indestructibles » (*Texas v. White*, 1868), mais aussi en Suisse (1848) ou en Russie. Elle est considérée comme interdite dans tous les États fédéraux (Allemagne, Afrique du Sud, Autriche, etc.) y compris au Canada même si l'on y a tenu un référendum sur l'indépendance du Québec (en raison de son très fort particularisme culturel et linguistique). La Suisse a admis qu'une partie de canton (Berne) fasse sécession (1979), mais pour former un autre canton (Jura) sans quitter la Confédération.

REMARQUE

Les collectivités fédérées ne disposent pas de la souveraineté externe parce qu'elles n'ont pas de prérogatives internationales, mais elles ne disposent pas non plus de la souveraineté interne puisque leur droit d'auto-organisation n'est pas absolu : elles doivent respecter la constitution fédérale qui se modifie à la majorité et pas à l'unanimité. Une seule collectivité ne peut donc empêcher une modification de la constitution fédérale qui l'obligerait à modifier la sienne propre. L'autonomie constitutionnelle, ou constituante, signifie que chaque collectivité fédérée possède sa propre constitution dans le respect de la constitution fédérale, mais c'est une simple « prérogative d'auto-organisation » (Stéphane Rials).

L'autonomie législative, elle, est dite originaire, car elle provient directement de la constitution fédérale et non pas d'une législation fédérale : elle n'est ni attribuée ni dérivée. C'est la constitution fédérale qui organise directement la répartition des compétences entre la fédération et les collectivités fédérées.

La répartition des compétences distingue les compétences d'attribution (ou d'exception ou résiduelles), que la constitution fédérale réserve à la fédération, et les compétences de droit commun ou de principe (ou clause générale de compétence) qui reviennent *a contrario* aux collectivités fédérées. C'est le cas aux États-Unis où l'Union bénéficie de compétences d'attribution et où, dans le silence du texte, les États fédérés conservent une compétence de droit commun. On peut aussi envisager une double attribution (« catalogue ») ou attribution parallèle d'une liste de compétences au législateur fédéral et au législateur fédéré, mais cette solution est rarement retenue car elle impliquerait d'énumérer de façon exhaustive les compétences à attribuer ce qui est impossible. On peut enfin distinguer l'attribution de compétences exclusives à chaque législateur ou de compétences concurrentes, les deux législateurs pouvant intervenir dans un même domaine. C'est la solution allemande avec deux précisions : d'une part, « dans les matières relevant de la législation concurrente, les *Länder* ont le pouvoir de légiférer tant que, et dans la mesure où, la Fédération ne fait pas usage de son droit de légiférer » ; d'autre part, la primauté de la loi fédérale sur le droit de land (*Bundesrecht bricht Landrecht*) qui fait que dès sa promulgation, elle abroge les lois fédérées contraires.

Les variantes du fédéralisme sont très diverses. Par exemple, l'américain est beaucoup plus poussé que l'allemand parfois qualifié de fédéralisme « unitaire ». En 1945, les Alliés, et spécialement les Français, qui ont pesé sur l'écriture de la Loi fondamentale voyaient le fédéralisme comme un moyen d'affaiblir l'Allemagne, mais pas de renforcer les *Länder* dont ils se méfiaient ; c'est d'ailleurs pourquoi la division en *Länder* s'est faite sur la base des zones d'occupation et pas de l'histoire allemande.

Outre des compétences constituantes et législatives, les collectivités fédérées exercent également des compétences exécutives (elles exécutent leurs propres lois) et des compétences judiciaires.

c. L'arbitrage

Des conflits de compétences peuvent survenir entre État fédéral et état fédéré auquel cas, il importe de pouvoir se tourner vers une instance qui arbitre entre les prétentions en présence en interprétant la constitution d'une manière incontestable. Cette tâche relève du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois et elle revient donc aux juridictions qui en sont chargées : Tribunal constitutionnel fédéral allemand, Haute Cour constitutionnelle d'Autriche, Cour constitutionnelle de Belgique, Cour suprême des États-Unis ou du Canada bien que dans ces États, tous les juges puissent exercer ces fonctions (dans les États régionaux où se posent aussi des questions de répartition des compétences, les juridictions constitutionnelles jouent le même rôle que dans les États fédéraux).

Pour aller plus loin

O. Beaud, *Théorie de la fédération*, PUF, Léviathan, 2007; J.-P. Feldman, *La bataille américaine du fédéralisme. John C. Calhoun et l'annulation (1828-1833)*, PUF, Léviathan, 2004; A. Hamilton, J. Jay, J. Madison, *Le Fédéraliste*, Garnier, 2012; L. Le Fur, *État fédéral et confédération d'États*, 1896, réimp. Éd. Panthéon-Assas, 2000; E. Maulin, « L'ordre juridique fédéral. L'État fédéral authentique », *Droits*, 2002/1, n° 35, p. 224 s.; S. Rials, *Destin du fédéralisme*, LGDJ, 1986.

B. L'État unitaire

DÉFINITION L'État unitaire se caractérise par l'unité de source législative, c'est-à-dire qu'il a le monopole de la production de la loi, monopole qui se rattache à l'unité et à l'indivisibilité.

En revanche, des lois différentes peuvent régir telle ou telle partie du territoire : par exemple, en matière de protection de l'environnement, les lois relatives à la montagne ou à la mer ne peuvent évidemment concerner que les portions du territoire correspondant à leur objet. Ce n'est pas le territoire qui est indivisible, c'est la souveraineté.

REMARQUE L'administration du territoire peut s'effectuer de deux manières : par la déconcentration et par la décentralisation.

La déconcentration est la technique qui permet de gouverner par des prolongements et des relais du pouvoir central tels que le préfet, représentant de l'État dans le département (il y a aussi des préfets de région), le recteur d'académie et les services déconcentrés de l'État : directions départementales des ministères (des finances publiques, de l'agriculture, de l'équipement, etc.), délégation militaire départementale, etc. Toutes ces autorités travaillent dans le cadre de circonscriptions administratives territoriales (académie, département, région) et n'étant que des prolongements de l'État, elles ne possèdent pas la personnalité morale. Selon une formule célèbre et imagée, avec la déconcentration, « c'est toujours le même marteau qui frappe, mais on en a raccourci le manche » (Odilon Barrot). Certains fonctionnaires des administrations déconcentrées, le préfet ou le recteur, sont ce que l'on appelle des fonctionnaires d'autorité nommés discrétionnairement (sous réserve de remplir certaines conditions), étroitement soumis au contrôle hiérarchique (ils doivent demander l'autorisation du ministre pour s'absenter du département ou de l'académie) et révocables à tout moment.

REMARQUE Parce que l'État ne peut ni ne doit s'occuper de tout, il y a place pour les collectivités infra-étatiques, personnes morales distinctes de l'État, qui s'administrent librement dans les conditions prévues par la loi selon le principe dit de décentralisation. Entre déconcentration et décentralisation, il y a donc une différence de nature.

Classiquement, on distingue décentralisation fonctionnelle ou par services, qui concerne par exemple des établissements publics tels que les universités, dotés de la personnalité morale, et décentralisation territoriale qui concerne ce que l'on appelle les collectivités territoriales (on disait autrefois locales) lesquelles gèrent les affaires locales dans le respect de la loi au moyen d'assemblées élues (conseil municipal, départemental, régional) sous l'autorité d'un exécutif (maire, président...), peuvent ester en justice et votent leur propre budget bien que l'essentiel de leurs ressources provienne de subventions de l'État. L'exécutif local peut également être agent de l'État comme le maire qui est officier d'état civil et officier de police judiciaire selon le principe dit de dédoublement fonctionnel.

REMARQUE

Sauf exception prévue par la Constitution, les collectivités exercent un pouvoir réglementaire et disposent d'une compétence d'attribution fixée par la loi : elles ne peuvent intervenir que dans des domaines où la loi les autorise, voire les oblige, à le faire. Selon le principe de la légalité, leurs actes et délibérations sont transmis au représentant de l'État qui s'il l'estime nécessaire, peut les déférer à la juridiction administrative (avant 1982, en France, il pouvait les modifier, les suspendre ou les abroger lui-même et c'était alors à la collectivité de contester l'annulation).

La décentralisation peut varier en intensité : à l'époque napoléonienne, les maires étaient nommés. Aujourd'hui, des collectivités estiment la décentralisation insuffisante et voudraient aller plus loin, en faisant évoluer la France vers un statut d'État régional.

C. L'État régional

DÉFINITION

Dans l'État unitaire complexe ou régional, on pousse la décentralisation le plus possible en accordant des compétences très larges à des collectivités importantes par l'histoire, la géographie ou l'économie telles que les communautés autonomes espagnoles ou les régions italiennes.

Les Communautés autonomes espagnoles correspondent à des provinces anciennes et puissantes (pays basque, Galice, Catalogne) qui revendiquent depuis longtemps une très large autonomie et même l'indépendance pour certaines. Après le décès du général Franco, la constitution de 1978 tient compte des revendications autonomiques au point de disposer que l'Espagne « patrie commune et indivisible » reconnaît « le droit à l'autonomie des nationalités et régions ». Chaque communauté élabore son propre statut dans lequel elle fixe l'étendue de ses compétences et qui doit recevoir l'approbation du Parlement espagnol (*Cortes generales*). Il y a ainsi une liste des matières relevant de la compétence exclusive de l'État (droit pénal, civil, du travail, commercial...) et une liste des matières réservées aux communautés autonomes (aménagement du territoire, urbanisme, agriculture, pêche, culture, sport, santé) susceptible d'être étendue. De plus, les communautés disposent d'une

compétence de droit commun dans les matières non attribuées expressément à l'État lequel peut leur laisser encore plus de compétences en se bornant à fixer les principes généraux dans son propre domaine ou inversement, intervenir dans certaines circonstances par une procédure particulière (vote des deux chambres à la majorité absolue). Les *Cortes* peuvent déléguer une part du pouvoir législatif aux Communautés par transfert de compétences et de moyens financiers et le Tribunal constitutionnel connaît des conflits de compétences. L'État régional espagnol reste unitaire dans la mesure où il existe un contrôle des actes administratifs des communautés.

En Italie, la Constitution dispose que la République est une et indivisible tout en prônant « la plus ample décentralisation administrative » et prévoit une organisation en vingt régions dotées de compétences étendues, quinze à statut ordinaire et cinq autonomes à statut spécial (Sardaigne, Sicile, Vallée d'Aoste...). Les régions adoptent leur propre statut à la majorité des membres du conseil régional et il doit ensuite être approuvé par le Parlement italien, ce qui est le plus souvent, une simple formalité. Celles à statut spécial sont régies par des lois constitutionnelles protectrices qu'il faut modifier si l'on veut leur retirer des compétences. Ces conseils régionaux élus au suffrage universel direct à la représentation proportionnelle ainsi que leur exécutif et leur président administrent les régions, participent à l'élection du président de la République par l'intermédiaire de délégués et peuvent déclencher un référendum si au moins cinq d'entre eux le demandent. Les régions italiennes disposent également d'une autonomie administrative et financière sous le contrôle de l'État. L'autonomie administrative passe par le contrôle des actes avec la possibilité pour le représentant de l'État de saisir le juge administratif et l'autonomie financière se caractérise par l'existence de ressources propres mais, comme les collectivités françaises, les régions italiennes ont seulement la maîtrise des taux dans des limites fixées par le Parlement italien. Surtout, la Constitution attribue aux régions un véritable pouvoir législatif de droit commun depuis la révision de 2002. Il donne lieu à un contrôle de la législation régionale au regard de la Constitution et dans le cadre des lois nationales lorsqu'elles existent. S'il considère qu'une loi régionale est contraire à la Constitution, le gouvernement peut la déférer à la Cour constitutionnelle. Bien que des compétences spécifiques soient reconnues aux régions, la répartition des compétences entre législateur central et législateur régional reste verticale car, sauf exception, la région ne dispose jamais de l'intégralité des compétences en une matière. Il existe toujours une graduation et l'autonomie est finalement très contrôlée, le juge constitutionnel ayant plutôt tendance, en Italie comme en Espagne, à faire prévaloir la loi nationale sur la loi régionale.

Pour aller plus loin

C. Bidegaray (dir.), *L'État autonome, forme nouvelle ou transitoire en Europe ?*, Economica, 1994.

DISSERTATION

À quoi sert une Constitution ?

CORRIGÉ

Problématique : Mettre en lumière le changement de la notion de constitution et l'émergence du constitutionnalisme.

I. La Constitution objective : la structure de tout État

A. La Constitution, acte politique fondateur de l'État

1. Une décision fondant l'existence de l'État
2. Une consécration de la continuité de l'État et de son unité

B. La Constitution, organisation du pouvoir dans l'État

1. La Constitution définit le titulaire de la souveraineté dans l'État
2. La Constitution détermine les conditions d'exercice de la souveraineté dans l'État

II. La Constitution subjective : le programme de l'État de droit

A. La Constitution, affirmation d'un contenu spécifique

1. La Constitution comme détermination de la séparation des pouvoirs
2. La Constitution comme garantie de la protection des droits et libertés fondamentaux

B. La Constitution, fondement d'un ordre normatif

1. La hiérarchie des normes garantie par la Constitution
2. Une suprématie de la Loi fondamentale assurée par le contrôle de constitutionnalité

→ Pistes de réflexion et de recherche

- Le constitutionnalisme : courant doctrinal ou idéologie ?
- Constitution et typologie de la légitimité

Chapitre 2

Le pouvoir dans l'État

Il convient à présent de rechercher comment les notions vues précédemment s'articulent effectivement, autrement dit, comment l'État organise le pouvoir. Carré de Malberg relève que l'utilisation du mot pouvoir manque souvent de rigueur en désignant indistinctement le pouvoir au sens strict qui est une puissance (*potestas*), les fonctions et les organes. Les fonctions sont les formes « sous lesquelles se manifeste l'activité dominatrice de l'État : par exemple, édicter la loi est un des modes d'exercice de la puissance étatique, une fonction du pouvoir », tandis que les organes sont les « différents personnages ou corps publics qui sont chargés de remplir les diverses fonctions du pouvoir : par exemple le Corps législatif est l'organe remplissant la fonction législative du pouvoir étatique ». À partir de ces catégories on étudiera la séparation des pouvoirs (I), le contrôle de constitutionnalité (II) et cette composante essentielle de la démocratie qu'est le pouvoir de suffrage (III).

I. La séparation des pouvoirs

On examinera successivement les théories (A) et les régimes (B) qui se réclament de la séparation des pouvoirs.

A. Les théories

Aristote distingue trois fonctions, délibérer, commander, juger, mais n'en tire pas de conséquences institutionnelles. Sous l'Ancien Régime, le roi, titulaire du pouvoir en tant que lieutenant de Dieu sur terre, exerce des fonctions (rendre la justice, donner la loi, nommer les officiers publics, faire la guerre, conclure des traités, battre monnaie, lever les impôts...) que Jean Bodin appelle les marques de la souveraineté, mais cela n'empêche évidemment pas l'existence d'autres institutions remplissant des fonctions particulières : les parlements rendent la justice, enregistrent ou non les ordonnances royales (actes législatifs), et leur opposent, le cas échéant les Lois fondamentales du Royaume ; les États généraux se prononcent sur les impôts, les grands choix politiques et témoignent de ce que les sujets du roi sont des hommes libres. La diversité des organes et des fonctions n'est donc pas une nouveauté, mais à partir du XVII^e siècle, on va chercher à en faire la théorie.

John Locke (1632-1704) dans son deuxième *Traité du gouvernement civil*, distingue trois pouvoirs : le législatif, qui possède l'autorité suprême, l'exécutif et le fédératif qui concerne les relations internationales, les deux derniers devant

être subordonnés au premier. Jonathan Swift (1667-1745) et Henry Saint John de Bolingbroke (1678-1751) défendent la théorie de la balance des pouvoirs entre le Roi, la Chambre des lords et celle des Communes qui doivent s'équilibrer.

Dans l'*Esprit des Lois*, Montesquieu (1689-1755) distingue « la puissance législative », « la puissance exécutrice du droit des gens » (droit international) et « la puissance exécutrice du droit civil » (puissance de juger). Étonnamment, l'ancien président du Parlement de Bordeaux, occupé des deux premières puissances, se montre peu disert à l'égard du juge, décrit comme « la bouche qui dit les paroles de la loi », mais on ne peut en tirer de conclusion définitive car sa vision de la loi est très large. Ce « Bordelais un peu anglais » (Jean Carbonnier), propose une présentation très personnelle des institutions anglaises qui insiste sur la collaboration des pouvoirs exécutif et législatif et sur la faculté d'empêcher. Partant du principe que « tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser », il conclut : « il faut que par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir ». L'Angleterre lui paraît atteindre cet objectif : exécutif et législatif y sont forcés de collaborer et les lois votées par le Parlement n'y peuvent entrer en vigueur sans l'intervention du monarque. En passant, rappelons qu'en langue anglaise, le mot *executive* désigne non seulement celui qui exécute mais encore celui qui décide.

Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) défend une conception toute différente. Pour le Genevois, les fonctions distinctes ne doivent pas s'équilibrer car elles sont hiérarchisées et celle de faire les lois se trouve au-dessus des autres (encore qu'il emploie le mot Législateur pour désigner le constituant ce qui ne clarifie pas son propos).

REMARQUE

Au moment de la Révolution, la séparation des pouvoirs devient un des points d'ancrage du constitutionnalisme qui se fonde sur l'article 16 de la Déclaration des droits au terme duquel « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de Constitution ». Pourtant, en dépit de leurs proclamations, les hommes de 1789 optent pour la conception rousseauiste et finissent par tomber dans la confusion des pouvoirs tandis que, sous des formes différentes, l'idée de la séparation perdure dans les institutions britanniques et américaines.

Pour aller plus loin

Ch. de Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, 1748, Flammarion, 2008 ; J.-J. Rousseau, *Du Contrat social*, 1762, Garnier-Flammarion, 2014.

B. Les régimes de séparation des pouvoirs

La doctrine de droit constitutionnel distingue classiquement et assez fausement deux formes de séparation des pouvoirs exécutif et législatif. D'une part, le régime parlementaire (1), né en Grande-Bretagne et caractérisé par une collaboration et une interdépendance entre les pouvoirs. D'autre part, le régime présidentiel (2),

dont les États-Unis constituent le seul véritable exemple, présenté (à tort) comme un régime de séparation rigide ou stricte ou tranchée. Après avoir examiné ces deux catégories et en avoir montré les limites, on verra que la distinction elle-même est critiquable (3).

1. Le régime parlementaire

REMARQUE Né en Angleterre au XIX^e siècle, le régime parlementaire, ou gouvernement parlementaire, est généralement décrit à travers un certain nombre de critères : dyarchie ou bicéphalisme de l'exécutif avec un chef de l'État et un chef du gouvernement ; irresponsabilité politique (et pénale en Grande-Bretagne) du chef de l'État ; gouvernement issu d'une majorité parlementaire et soutenu par elle ; responsabilité du gouvernement, à travers son chef, devant le chef de l'État et devant le Parlement (parlementarisme dualiste ou orléaniste) ou devant le seul Parlement (parlementarisme moniste) ; contreseing ministériel de tous les actes du chef de l'État ; exercice par le chef de l'État du droit de dissolution d'une des Chambres de sa propre initiative (dissolution royale) ou sur demande du chef du gouvernement ; partage de l'initiative des lois entre gouvernement et Parlement ; promulgation (sanction) de la loi par le chef de l'État.

La mise en jeu de la responsabilité du gouvernement devant le Parlement peut s'effectuer soit à l'initiative du gouvernement lui-même, par le biais d'une question de confiance, pour vérifier qu'il dispose encore d'une majorité parlementaire soit à l'initiative des députés qui cherchent à sanctionner le gouvernement pour son action par le moyen appelé motion de censure (Grande-Bretagne, France des IV^e et V^e Républiques), ou interpellation (III^e République) ou à monter qu'il n'a plus de soutien par une motion de défiance (Italie). Sous certains régimes et à certaines époques, elle a pu être la source d'une instabilité gouvernementale (France des III^e et IV^e République, Italie) ce qui a conduit à tenter d'aménager les procédures et les conditions d'investiture, de mise en jeu de la responsabilité et de dissolution afin d'établir un parlementarisme rationalisé (Boris Mirkine-Guetzévitch).

REMARQUE Un examen attentif des régimes parlementaires y compris celui du Royaume-Uni révèle la fragilité des critères de détermination du parlementarisme.

Ainsi, le caractère dualiste ou moniste conduit à des différences majeures dans le fonctionnement concret du régime parlementaire : si l'on admet que la V^e République française est un régime parlementaire, puisqu'elle en présente les traits principaux (ce qui n'implique pas qu'elle ne soit que cela), les différences sont frappantes entre les prérogatives de son président et celles de la Reine d'Angleterre. De même, dans le parlementarisme moniste, un monde sépare la responsabilité du solide Cabinet britannique de celle des très instables gouvernements français des III^e et IV^e Républiques.

Il faut également souligner le caractère conjoncturel ou particulier de ce qui est donné comme des critères du parlementarisme : l'effacement du chef de l'État et l'apparition concomitante du gouvernement des ministres résultent du simple fait que le roi George de Hanovre (qui régna de 1714 à 1727) ne parlait pas l'anglais et ne s'intéressait guère aux affaires de l'État ; la responsabilité politique des ministres résulte historiquement de la démission pour éviter la responsabilité pénale et le risque d'une condamnation à la peine capitale ; le soutien du Cabinet par la majorité parlementaire est le fruit du scrutin majoritaire uninominal à un tour qui conduit au bipartisme et donc des majorités stables et non d'une logique institutionnelle ; le poids de la coutume fait que le monarque nomme à *Downing Street* le leader du parti majoritaire qui doit lui-même disposer d'une majorité au sein dudit parti. Inversement, certains de ces critères ont pratiquement disparu : que reste-t-il de la responsabilité entre 1979 et 2019 ? Que reste-t-il du droit de dissolution alors qu'il n'a plus été mis en œuvre depuis 1987 ?

REMARQUE

Si l'on examine la pratique, soit responsabilité et dissolution ne sont pas des critères du régime parlementaire, soit le régime britannique, modèle historique du régime parlementaire, n'est plus aujourd'hui un régime parlementaire. Il n'y a d'ailleurs pas d'accord sur la définition du parlementarisme pas même pour y voir un régime de séparation des pouvoirs.

Ainsi, Walter Bagehot voit dans ce qu'il nomme gouvernement de cabinet « la fusion presque complète des pouvoirs exécutif et législatif », le Cabinet en étant le trait d'union, « un Comité du Corps législatif élu pour être le Corps exécutif » (1867). Certes, ce comité est assez puissant pour dissoudre la Chambre des communes, mais il n'en est pas moins une émanation. À sa suite, de grands auteurs y verront un exemple non pas de séparation mais de confusion des pouvoirs au profit soit du Parlement (Carré de Malberg, Mirkine-Guetzévitch) soit du gouvernement (Muir, Capitant). Pour Ramsay Muir, « Le pouvoir est passé d'abord de la Couronne au Parlement, et ensuite du Parlement au gouvernement » et « Dire que le Parlement contrôle le cabinet est une absurdité. La vérité est que le cabinet contrôle absolument le Parlement » (1937). Le régime parlementaire peut donc être vu au choix comme un gouvernement d'assemblée (Carré de Malberg, Mirkine-Guetzévitch), un gouvernement de cabinet (Muir, Capitant) ou encore comme oscillant entre les deux (Joseph-Barthélémy).

DÉFINITION

On peut définir le régime parlementaire par le principe majoritaire (Mirkine-Guetzévitch) ou soutenir qu'on y trouve « toujours en face de l'Assemblée un cabinet recruté dans son sein, assumant la charge du gouvernement et l'initiative des lois, et responsable devant elle » (Capitant).

2. Le régime présidentiel

On peut formuler trois observations liminaires à propos de l'expression « régime présidentiel » : 1° elle ne signifie absolument pas que tous les pouvoirs y sont détenus par le président, mais simplement que l'exécutif est monocéphale et que son chef ne dépend pas du Congrès ; 2° elle apparaît tardivement dans la théorie constitutionnelle : l'Anglais Walter Bagehot utilise l'expression « gouvernement présidentiel » (1867) pour qualifier le système américain et l'opposer au système britannique en qui il voit une confusion des pouvoirs. Pour lui, c'est donc le régime présidentiel qui est porteur de la véritable séparation des pouvoirs ; 3° elle a été concurrencée par celle de « gouvernement congressionnel » inventée par le professeur Woodrow Wilson, futur président des États-Unis, pour indiquer la prédominance du Congrès sur le président (1885).

REMARQUE Si pour les Anglais et beaucoup d'Américains, le régime politique des États-Unis est un véritable régime de séparation des pouvoirs au sens d'équilibre (les checks and balances), pour d'autres Américains, c'est plutôt un régime de hiérarchisation des pouvoirs au bénéfice du Congrès (sauf sous les présidences d'Andrew Jackson et d'Abraham Lincoln). C'est au XX^e siècle, en particulier à partir de la très longue présidence de Franklin Roosevelt, que commence ce qu'on appelle la présidence impériale, cette tendance du président à s'approprier des compétences non prévues dans la Constitution, notamment en en appelant à la théorie des pouvoirs implicites.

Un certain nombre de points caractérisent le régime qu'il est convenu d'appeler présidentiel : monocéphalisme de l'exécutif ; existence d'un vice-président destiné à succéder si nécessaire au président en préservant l'indépendance de l'exécutif ; initiative des lois formellement réservée au Congrès, absence d'un droit de dissolution. Pour d'autres, en revanche, la situation est plus compliquée : par exemple, l'absence de responsabilité politique est à relativiser au regard de l'usage qui est fait de la procédure d'*impeachment*. C'est bien pour des raisons politiques qu'elle fut déclenchée contre les présidents John Tyler (1843) et Andrew Johnson (1868) et c'est en raison de majorités politiques différentes que les présidents Nixon (1974) et Clinton (1998) ont connu des sorts différents pour des chefs d'accusation similaires dans les deux affaires. La séparation n'est pas si stricte puisque le président bénéficie d'un droit de veto dont il a fait un large usage (qui va en diminuant, il est vrai) et que son droit de nomination est limité par les avis du Sénat, spécialement pour les nominations à la Cour suprême.

3. Critique de la distinction

Aujourd'hui, la plupart des constitutionnalistes demeurent attachés à la distinction entre régime parlementaire et régime présidentiel alors qu'elle n'est peut-être pas la plus pertinente pour rendre compte des rapports entre les pouvoirs. D'abord, on ne peut prétendre décrire fidèlement le système politique des États-Unis en négligeant le rôle essentiel de la Cour suprême qui les a même

fait qualifier d'« État juridictionnel » (Carl Schmitt). Ensuite, l'absence du pouvoir de juger dans la description des régimes contemporains se justifie beaucoup moins depuis l'instauration dans la plupart des États d'un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. L'inconstitutionnalité d'une loi prononcée par le juge constitutionnel peut être considérée du point de vue de ses effets comme un acte de « législation négative » (Kelsen) et le juge se hisse au moins au niveau des organes législatifs et exécutifs. Enfin, la distinction canonique entre régime parlementaire, caractérisé par la collaboration des pouvoirs ou leur séparation souple, et régime présidentiel, défini par une séparation rigide ou stricte ou tranchée, ne tient pas et a pour origine un parti pris idéologique. Après la crise de 1877, alors que les Français dénoncent l'omnipotence parlementaire et l'impuissance de l'exécutif, Esmein, zélateur de la III^e République, s'emploie à la rattacher au régime parlementaire britannique qui serait une version « souple » de la séparation des pouvoirs dont le régime présidentiel américain serait une version « rigide ». Dès lors, il n'analyse pas la domination des chambres comme une confusion des pouvoirs, mais comme un aspect de cette séparation souple que garantit notamment le droit de dissolution. La confusion des pouvoirs se trouve, selon lui, dans le régime d'assemblée ou le régime conventionnel, présenté comme une déformation du régime parlementaire.

Esmein s'avance peut-être un peu en faisant du régime parlementaire un exemple de séparation des pouvoirs et, surtout, il se trompe en présentant le régime présidentiel comme un régime de séparation rigide. En revanche, il a raison d'inclure le régime d'assemblée ou le régime conventionnel dans les régimes de confusion des pouvoirs, alors que Mirkine-Guetsévitch tentera vainement d'assimiler la Convention à un régime parlementaire. Ce qui rapproche la Convention d'un régime parlementaire, c'est la domination de l'organe législatif par un comité tiré de son sein ; ce qui l'en distingue, c'est sa dimension totalitaire que manifestent le recours à la terreur, l'existence d'un parti unique, le projet de transformer l'homme de gré ou de force et un total mépris des libertés.

Par ailleurs, de même qu'à la suite d'Alexander Hamilton on a pu voir une séparation verticale des pouvoirs dans la répartition des compétences entre le gouvernement et les collectivités dans le fédéralisme ou même dans la décentralisation, d'autres auteurs ont proposé de concevoir la séparation à partir de la distinction entre majorité et opposition (Maurice Duverger, Louis Favoreu).

Pour aller plus loin

G. Bacot, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, éd. CNRS, 1985 ; J. Boudon, « Le mauvais usage des spectres. La séparation "rigide" des pouvoirs », *RFD const.*, 2/2009, n° 78, p. 247-267 ; S. Caporal, « Le régime mixte dans le discours des monarchiens », *Lectures du régime mixte*, PUAM, 2010, p. 201-216 et « La Grande-Bretagne dans la doctrine constitutionnelle de la III^e République », *L'influence politique et juridique de l'Angleterre en Europe*, PUAM, 2012, p. 429-462 ; L. Favoreu, *La Politique saisie par le droit. Alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Economica, 1988 ; A. Le Divellec, « Le gouvernement, portion dirigeante du Parlement. Quelques aspects de

La collection **Spécial Droit** a pour ambition de satisfaire au double critère de la pédagogie et de l'excellence.

Reprenant la structure classique des plans de cours, chaque ouvrage s'attache à donner aux lecteurs des clefs de compréhension de la matière par une démarche méthodique et guidée qui n'exclut ni l'exhaustivité ni la rigueur du propos. Pour ce faire, des rubriques systématiques scandent le cours et des exercices corrigés sont proposés en fin de chapitres.

Le présent ouvrage de droit constitutionnel est écrit par quatre auteurs dans un style direct, simple et détaillé. Il est tout d'abord destiné aux étudiants de Licence en Droit et AES 1^{re} année en abordant la « Théorie du droit constitutionnel » et « l'Histoire constitutionnelle française » généralement traités au 1^{er} semestre ainsi que le « Droit constitutionnel de la V^e République » étudié au 2^e semestre.

Il est aussi susceptible d'intéresser des étudiants plus confirmés, des doctorants ou des spécialistes de la discipline avec des parties moins habituelles relatives aux « Droits constitutionnels comparés » et à des « Éléments de droit constitutionnel européen ».

***Stéphane Caporal-Gréco** est Professeur de droit public à l'Université Jean Monnet de Saint-Étienne, Centre de Recherches Critiques sur le Droit (UMR, CNRS 5137).*

***Pierre Esplugas-Labatut** est Professeur de droit public à l'Université de Toulouse I-Capitole, Institut Maurice Hauriou (EA 4657).*

***Philippe Ségur** est Professeur de droit public à l'Université de Perpignan-Via Domitia, Centre de Droit Économique et du Développement (CDED, EA 4216).*

***Sylvie Torcol** est Maître de conférences en droit public à l'Université de Toulon, Centre d'Études et de Recherche sur les Contentieux (CERC, EA 3164).*