DROIT CONSTITUTIONNEL

Année universitaire 2026-2027

1ère année – Semestre 1

Cours de Monsieur GAYE-PALETTES

Travaux dirigés : Matthieu BALOURDET, Maéva Boyer, Corentin CAZIER, Mickaël CIRON, Ahmadou HISSEINE.

Syllabus

Table des matières

I. Présentation du cours 3

A. Le cours magistral 3

B. Les Travaux dirigés 4

1. Le contenu d'une séance 4

2. Le planning des séances 5

II. Évaluation 6

A. Le contrôle continu : 6

B. La seconde chance : 6

III. Eléments pour réussir son semestre 7

A. Travailler un peu mais chaque semaine 7

1. Être assidu 7

2. Faire des fiches 8

3. S'aider d'un manuel 9

B. Préparer vos TD 10

1. Préparer sa plaquette 11

2. Réaliser l'exercice 11

I. PRÉSENTATION DU COURS

L'enseignement « Droit constitutionnel » se déroule sur les 2 semestres de la première année (le second semestre sera assuré par Mme. Fanny DUVERGER). Il s'agit d'un cours fondamental en deux temps comprenant des séances de Cours magistraux en amphithéâtre et des séances de travaux dirigés.

A. Le cours magistral

Le cours magistral correspond à la partie théorique du cours qui se réalise en amphithéâtre et réunit l'intégralité de la promotion de la division B.

Le cours du premier semestre correspond à une introduction aux grands principes du droit constitutionnel qui vous servira par la suite pour appréhender de manière plus précise les institutions françaises et étrangères. Il a pour objectif de vous familiariser aux grands concepts du droit constitutionnel qui structurent notamment l'organisation et la construction de l'État par le biais de sa norme suprême : la constitution. Ainsi, le cours se divisera en 4 parties développant chacune des concepts clefs du droit constitutionnel : l'État, la Constitution, les pouvoirs dans l'État, la démocratie et le régime représentatif.

Il est impératif que vous ayez accès à votre espace de cours numérique (Universitice) pour pouvoir consulter les différents documents du cours qui y seront déposés. Cela inclut :

- Un ***plan provisoire du cours*** (susceptible d'évoluer légèrement durant le semestre)

- Une ***bibliographie indicative*** pour vous conseiller certains manuels utiles pour vos révisions et vos travaux dirigés.

- Une ***fiche méthodologique*** détaillant la méthode indispensable à connaître et sur laquelle vous serez évalués dans ma matière tout au long du semestre.

- Des ***documents annexes*** (Articles/schémas/vidéos/etc.) qui illustreront certains points du cours magistral et faciliteront vos révisions.

La présence en cours magistral est très vivement conseillée puisque le cours complet ne sera pas donné en ligne et reposera uniquement sur votre prise de notes en amphithéâtre.

B. Les Travaux dirigés

Les travaux dirigés (TD) correspondent à des séances d'1h30 où vous serez répartis par groupes plus restreints avec différents enseignants. L'objectif de ces séances sera, à partir de plaquettes qui seront disponibles dans votre espace de travail, d'approfondir et de clarifier vos connaissances tout en vous apprenant la méthodologie attendue pour les exercices proposés en examen.

La méthodologie est un point indispensable de l'enseignement de première année. Lors des examens, la méthodologie équivaut pour environ la moitié des points attribués. Les TD sont le moment privilégié pour intégrer la méthodologie au travers des exercices qui seront proposés chaque semaine.

1. Le contenu d'une séance

Chaque semaine, vous aurez une plaquette de TD structurée en 4 éléments :

- Un thème : il correspond à la thématique qui sera développée durant la séance de TD.
- Des documents : différents documents en lien avec la thématique et l'exercice de la plaquette seront présents. Ces documents seront à lire pour la séance et aideront à la réalisation de l'exercice de la semaine.
- Des définitions : Il s'agira des définitions principales concernant la thématique et nécessaires pour traiter l'exercice. Les **définitions seront à préparer pour chaque TD**.
- Un exercice : chaque semaine un exercice (soit une dissertation, soit un commentaire de texte) sera à réaliser et sera corrigé durant la séance.
- La préparation de l'exercice impérative, et sa réalisation devront être impérativement amenées le jour de la séance (c'est-à-dire votre feuille contenant votre réponse à l'exercice). Si vous n'avez pas préparé la séance : **la note de 0/20 sera attribuée automatiquement**.
- Les exercices forment l'entraînement indispensable pour acquérir la méthodologie et il est possible à titre facultatif de le faire corriger par votre chargé de TD pour avoir une note indicative (mais qui ne comptera pas pour la note du semestre).

Il ne sera pas impératif de rédiger l'intégralité de l'exercice dès la première séance de travaux dirigés. Le travail sera progressif et découpé en 2 phases :

- Séance 1 : Séance introductive qui ne nécessite **pas la rédaction de l'exercice**. Le but est principalement de découvrir la méthodologie.
- Séance 2 à Séance 5 : **Rédaction de l'introduction et du plan détaillé** pour l'exercice de la séance.
- Séance 6 : **Pas d'exercice à préparer**. Devoir sur table en TD pour le premier contrôle continu.
- Séance 7 à Séance 10 : Rédaction de **l'intégralité de l'exercice** de la séance.

2. Le planning des séances

Séance 1	Introduction au droit constitutionnel	Pas d'exercice
Séance 2	État et souveraineté	Dissertation
Séance 3	Les formes d'État	Commentaire
Séance 4	La constitution	Dissertation
Séance 5	Le pouvoir constituant	Commentaire
Séance 6 (19 – 24 octobre)		Devoir sur table
Séance 7	La justice constitutionnelle	Dissertation
Séance 8	La séparation des pouvoirs	Dissertation
Séance 9	Les régimes politiques	Commentaire

Séance 10	Démocratie et représentation	Commentaire

II. ÉVALUATION

L'évaluation de ce semestre se fera par le biais de 2 modalités :

A. Le contrôle continu :

Le semestre de droit constitutionnel sera évalué tout au long du semestre avec deux notes :

- Examen 1 : Il se déroulera durant votre séance 6 de TD la semaine du 19-24 octobre. Il s'agira d'un devoir sur table en TD pendant 1h noté sur 20 points. Le devoir correspondra à un sujet de dissertation ou de commentaire ou vous devrez **réaliser une introduction complète et un plan**.
- Examen 2 : La date de l'examen est en train d'être planifiée, mais devrait se dérouler durant les deux dernières semaines de novembre. Il s'agira d'un examen de 3h portant soit sur une dissertation soit sur un commentaire de texte. Dans les deux cas, il faudra rédiger intégralement la dissertation ou le commentaire.
- La participation : La participation écrite et orale durant votre TD **pourra** donner lieu à une bonification ou un malus de la note de l'examen 2 (1,5 point maximum). Cette pondération suppose une participation active et régulière.

La moyenne finale correspondra à la note de l'examen 1 (coefficient 1) et à la note de l'examen 2 pondérée par la participation (coefficient 2).

B. La seconde chance :

Un examen de « seconde chance » sera organisé entre le 12 et le 17 janvier. L'examen consistera en un commentaire ou une dissertation de 3h.

III. ÉLÉMENTS POUR RÉUSSIR SON SEMESTRE

Même si le cours de droit constitutionnel est un cours fondamental assorti de travaux dirigés (TD), les clés de sa réussite durant le semestre sont les mêmes que pour les autres matières que vous aurez durant votre cursus universitaire.

Le meilleur conseil restera donc de **travailler régulièrement**.

En effet, à la différence du lycée, vos années universitaires seront marquées par une grande autonomie. Même dans le cadre des TD, où des exercices seront à faire chaque semaine, ce sera à vous de gérer votre temps de travail. De ce fait, si les équipes enseignantes sont là pour vous épauler, vous prodiguer des conseils et répondre à vos questions dès que vous en aurez besoin, la réussite de votre semestre dépendra en grande partie de votre capacité à organiser vos séances de travail à la bibliothèque ou chez vous.
Si certains étudiants choisissent comme solution de facilité d'attendre la fin du semestre pour réviser l'intégralité de leurs matières, celle-ci est parfaitement déconseillée. En plus de vous obliger à travailler pendant 2 ou 3 semaines de manière intensive, elle ne permet pas d'intégrer correctement votre cours et la méthodologie de manière approfondie.

Seul le **travail régulier chaque semaine** vous garantira d'être le mieux équipé pour vos examens tout en étalant votre charge de travail pour éviter d'être surchargé à la fin du semestre. De plus, un travail régulier vous permettra **d'être l'acteur de votre cursus universitaire** et de participer activement aux différents cours.

A. Travailler un peu, mais chaque semaine

La meilleure manière d'optimiser son temps de travail pour réussir ses révisions et son semestre passe par trois éléments : (1) être assidu, (2) faire des fiches, (3) s'aider d'un manuel.

1. Être assidu

L'assiduité au CM, même si la présence n'est pas obligatoire, **reste impérative pour réussir** l'année. C'est exclusivement sur ce qui aura été dit en CM que vous serez évalués à la fin du semestre et c'est durant le CM que vous pourrez apprendre les notions fondamentales.

Cependant l'assiduité au CM ne veut pas seulement dire venir au cours, mais surtout être actif durant le cours pour mieux comprendre et faciliter vos révisions futures. Cela implique :

- Avant de venir, **relire le dernier cours** : grâce à cela vous pourrez suivre plus facilement et faire le lien entre ce qui vous a été dit les semaines précédentes et ce qui vous sera dit le cours suivant.

  Surtout, cela vous permettra de poser des questions. Le cours est un moment d'échange et il est nécessaire que vous posiez des questions si vous n'avez pas compris un point afin de le clarifier. (Si vous n'avez pas compris, c'est que les autres n'ont pas compris non plus).

- Pendant le cours, il est impératif de **prendre des notes** : je vous conseille d'éviter d'utiliser un ordinateur (et encore moins un téléphone) et de prendre vos notes avec un papier et un stylo qui améliore votre travail de compréhension immédiate et de synthèse.

2. Faire des fiches

Trois éléments sont à retenir :

➔ **Les fiches ne sont pas une répétition du cours** : il ne faut pas réécrire tout votre cours, mais résumer les points clefs de chaque partie du cours que vous aurez vu.

➔ **Les fiches doivent synthétiser votre cours** :

- Faire par mots-clefs : identifier les concepts importants, les critères, les auteurs.
- Aérer vos fiches : évitez les longues phrases, utilisez des tirets, des schémas et surtout des couleurs pour rendre les informations importantes directement lisibles.
- Faites-les sur du papier : évitez les fiches à l'ordinateur qui freinent votre apprentissage et limitent l'intérêt de faire des fiches.

➔ **Les fiches sont à faire chaque semaine** : cela vous permet de vous remémorer directement les éléments que vous avez vus en cours et de voir également les points que vous n'avez pas compris (ou parfois mal pris en note et qu'il faut compléter) / Cela permet surtout de rendre vos révisions futures plus courtes.

Ficher le cours le soir après les cours ne vous prendra pas plus d'une heure (peut-être deux les premières semaines), mais garantit un apprentissage continu et de n'être jamais perdu dans vos cours.

3. S'aider d'un manuel

➔ Pourquoi utiliser un manuel ?

Tout simplement pour compléter et approfondir votre cours. Il est très probable que votre prise de notes ne soit pas forcément complète ou qu'il y ait des choses qui ne vous semblent pas claires lorsque vous ferez vos fiches.

Choisir un manuel est impératif pour pouvoir avoir une source fiable pour vos révisions, pour vous assurer de ce que vous mettez dans vos fiches et pour approfondir lorsque vous voulez détailler certains points du cours qui vous intéressent (et qui seront un plus pour votre examen).

➔ Qu'est ce que c'est qu'un « manuel » ?

Il existe beaucoup de types d'ouvrage en droit avec lesquels vous pourrez travailler, mais plusieurs précautions sont à prendre :

- **Éviter absolument de réviser avec des sites internet** tels que « docdujuriste » ou « fallaitpasfairedudroit ». Ces sites ne sont ni fiables (le plus souvent le contenu est rédigé par des étudiants en droit qui n'en savent pas plus que vous) ni complets et comportent un grand nombre d'erreurs.
- **N'utiliser les ouvrages de « révision » que pour revoir les points essentiels**. Ce ne sont pas des manuels !

  Il existe en effet un certain nombre d'ouvrages tels que des « mémentos », des « carré rouge » ou des ouvrages de méthodologie et d'exercices qui sont très utiles pour réviser, mais qui ne sont pas suffisants pour compléter votre cours. Vous ne pouvez pas vous fonder que sur ça.

Les manuels sont des ouvrages substantiels et souvent assez volumineux.

➔ Quel manuel choisir ?

Sur votre espace de travail, une bibliographie vous sera proposée avec une sélection de manuels en droit constitutionnel que vous pouvez choisir.

Tous les manuels sont relativement équivalents. Si leur nom, les auteurs ou le style peuvent varier, ils comportent tous les éléments fondamentaux dont vous avez besoin. Donc choisissez-

en un, lisez quelques pages et prenez celui qui est le plus clair pour vous. SURTOUT changez de manuel si vous le trouvez trop dur à lire. Le but est de faciliter votre compréhension, pas de la complexifier.

Deux éléments nécessaires :

- Ne prenez **qu'UN manuel** : cela ne sert strictement à rien de les lire tous ou de tous les avoir. Prenez-en 1 et c'est tout.
- Choisissez **la dernière édition** : les manuels sont publiés tous les ans donc assurez-vous que celui que vous avez est récent (le mieux est d'avoir celui de l'année en cours ou de l'année précédente). L'année est inscrite sur la première page.

➔ Où trouver son manuel ?

Deux solutions possibles : (1) dans la bibliothèque de l'Université où vous pouvez les emprunter ou les consulter sur place ; (2) en ligne sur le site de « Dalloz ».

Pour trouver les manuels sur le site de « Dalloz », voici la marche à suivre :

1. Allez sur le lien : http://www.dalloz.fr.ezproxy.normandie-univ.fr/
2. Authentifiez-vous avec vos identifiants habituels de l'Université
3. Cliquez sur « étudiant »
4. Dans la barre principale, cliquez sur « Ouvrages »
5. Cliquez sur la collection qui vous intéresse (vous trouverez des manuels dans la collection : « Cours », « Hypercours », « Séquences » et « Sirey Université » ; il y a aussi la collection « Annales » très intéressante).

B. Préparer vos TD

Le TD est le moment privilégié pour apprendre son cours, poser des questions et avoir des retours sur votre travail. C'est à ce moment que vous pourrez corriger les erreurs de méthodologie et de cours que vous faites.

Néanmoins, pour que le TD vous soit utile, il est impératif que vous participiez activement : (1) en préparant la plaquette et (2) en réalisant l'exercice.

1. Préparer sa plaquette

Chaque semaine, vous aurez une plaquette de TD d'une dizaine de pages qui correspondra au thème de votre cours de la semaine.

La première chose avant d'arriver à votre TD :

- **Lire l'intégralité** des documents de la plaquette de TD.
- Notez les concepts clefs et préparez des définitions.
- Faites le lien entre les documents de la plaquette et votre cours.
- **Préparer des questions** sur les points que vous n'avez pas compris et qui pourront être posés durant le TD.

2. Réaliser l'exercice

Chaque semaine la plaquette indiquera un exercice à faire et qui sera corrigé durant votre séance de TD. L'exercice proposé correspond au type d'épreuve que vous pourriez avoir à l'examen principal et sa préparation ne devrait à la fin du semestre vous prendre maximum 3h (durée maximale qui sera celle de l'examen principal).

Pour le bon déroulement du TD et un meilleur apprentissage, il est nécessaire que vous prépariez l'exercice chaque semaine. Cela permet notamment de vous **le faire corriger par votre chargé de TD pour avoir un retour sur votre travail** et pour pouvoir corriger au plus vite les erreurs que vous faites avant les examens.

Que ce soit pour l'exercice de TD ou l'examen :

- **Suivez scrupuleusement la méthodologie**. C'est sur celle-ci que vous serez noté pour moitié et vous perdrez des points pour chaque étape que vous ne respecterez pas.
- **Soyez clair**. Pas de phrases trop longues ou de mots complexes si vous avez un doute sur leur emploi.
- **Soyez lisibles**. Attention aux fautes d'orthographe et à votre écriture.

Vous trouverez sur votre espace numérique de travail un document de méthodologie qui vous donne point par point la méthodologie à adopter pour les exercices juridiques que vous aurez ce semestre (avec un exemple d'exercice corrigé).

DROIT CONSTITUTIONNEL

Année universitaire 2026-2027
1ère année – Semestre 1

Cours de Monsieur GAYE-PALETTES

Travaux dirigés : Matthieu BALOURDET, Maéva BOYER, Corentin CAZIER, Mickaël CIRON, Ahmadou HISSEINE.

FICHES MÉTHODOLOGIQUES

Documents :

- Méthodologie de la dissertation
- Méthodologie du commentaire de texte

Document 1 : Méthodologie de la dissertation

La dissertation vous amène à réfléchir sur un sujet théorique. Elle peut être conçue comme une grande réponse argumentée à une question juridique.

La dissertation est un exercice de démonstration et de réflexion, à partir des connaissances de cours, et de vos recherches annexes. En revanche, **la dissertation n'est pas une récitation du cours.** Elle est l'occasion de montrer le problème soulevé par le sujet et d'y apporter **une réponse argumentée.**

Exemple de dissertation :

« Le Conseil constitutionnel et les normes de son contrôle »

AVANT LA REDACTION (AU BROUILLON)

- **Lire attentivement le sujet** mot à mot et interrogez-vous immédiatement sur le sujet: que veut-il dire ? Qu'attend-on de moi ? (Pourquoi m'a-t-on donné ce sujet ?)

Exemple :

Ce sujet de dissertation vous invite a priori à réfléchir sur la justice constitutionnelle, et plus particulièrement sur l'office du juge constitutionnel français, en vous interrogeant à la fois sur les normes qu'il est amené à contrôler et les normes qui servent de référence à son contrôle.

- Ecrire les **définitions** correspondant à chaque mot au brouillon, même si le terme paraît évident. Ces définitions se retrouveront dans votre introduction et vous permettront de « baliser » le sujet, d'en déterminer les contours.

A ce titre, attention aux mots de coordination comme « ET » / « OU » et à la ponctuation (une interrogation ou une affirmation n'appellent pas nécessairement le même traitement !).

Les mots d'un sujet ont une importance considérable : un étudiant qui ne parvient pas à délimiter correctement son sujet, afin de déterminer ce qui est attendu de lui, risque de ne pas avoir la moyenne, **même s'il a le sentiment de bien connaître son cours**. En effet, il ne s'agit de réciter de manière ordonnée les éléments de cours correspondant aux mots du sujet.

Exemple :

Ce sujet de dissertation vous amènera à définir un certain nombre de termes tels que :

- *Le Conseil constitutionnel*
- *Normes de son contrôle (normes contrôlées, normes de référence)*

- Les relier à vos **connaissances** : il faut être capable de les situer par rapport au plan et au contenu du cours, et déterminer les points pour lesquels il faudra faire des recherches supplémentaires.

Exemple :

En l'occurrence, il faudra se référer au chapitre sur la Justice constitutionnelle, et tout particulièrement le Conseil constitutionnel et le bloc de constitutionnalité.

Il sera également indispensable de consulter un ou plusieurs manuels afin d'étudier l'évolution des normes contrôlées et des normes utilisées par le Conseil, afin d'approfondir votre cours et de fournir une argumentation étayée dans votre devoir.

- Déterminer une **problématique**

Vous interroger sur la problématique, c'est comprendre l'intérêt, l'enjeu du sujet. Il ne s'agit donc pas simplement de recopier le sujet sous forme interrogative. Il conviendra de réfléchir au problème que soulève le sujet posé.

Exemple :

S'interroger sur le Conseil constitutionnel et les normes de son contrôle, vous invite à vous pencher sur l'évolution de la prise en compte de ces normes : y a-t-il eu un élargissement des normes de référence à son contrôle ? Certaines normes sont-elles exclues de son contrôle ?

Toutes ces interrogations vous permettent de trouver la problématique principale et les éventuelles problématiques sous-jacentes au sujet.

LA CONSTRUCTION DU DEVOIR

Afin d'élaborer une dissertation, il est nécessaire de respecter un certain nombre d'éléments méthodologiques. Après avoir analysé le sujet, il faudra commencer à construire le devoir de la façon suivante.

Une dissertation est toujours composée :

- d'une introduction représentant 1/3 du devoir environ,
- Et d'un plan, composé de 2 grandes parties (I et II) et de 2 sous-parties (A et B).

INTRODUCTION

L'introduction est extrêmement importante (notée jusqu'à 7-8 points sur 20). Il faut donc prendre le temps de bien la rédiger, car elle est déterminante pour la suite de votre devoir.

Elle doit contenir plusieurs éléments :

- **L'accroche** vise à introduire le sujet de manière dynamique: il peut s'agir d'une citation (qu'il faudra alors expliquer et lier aux développements) ou du rappel d'un élément d'actualité en lien avec le sujet ou encore d'un rappel historique. L'objectif est de susciter l'intérêt du lecteur.

Remarque 1 : si vous utilisez une citation comme phrase d'accroche, l'auteur de la citation ne doit pas être un auteur contemporain.

Remarque 2 : Votre accroche, que ce soit ou non une citation, doit toujours faire le lien avec le sujet. Ce n'est pas un élément « détachable » de l'introduction.

Exemple :

L. Favoreu, « Le principe de constitutionnalité, essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », Mélanges Charles Eisenmann, 1975, p 33 et s.

« […] En définitive, le Conseil constitutionnel donne de la notion de Constitution une définition extensive puisqu'à l'égard des lois cette notion recouvre le texte constitutionnel, le Préambule et tous les principes issus des textes visés par celui-ci (…). […] »

Cette citation de L. Favoreu, évoque l'élargissement des normes de référence du Conseil constitutionnel, à ce que le doyen Favoreu a nommé « le bloc de constitutionnalité », par le Conseil lui-même.

- **Définition** des termes du sujet: Afin d'établir les définitions indispensables au devoir, il faudra tout d'abord rappeler l'intitulé exact du sujet. Définissez ensuite les termes du sujet, indispensables à votre démonstration. Il est donc très important d'établir les définitions dès l'introduction. Les définitions vous permettront de situer clairement le sujet.

Pour cela, utilisez des définitions claires et précises.

Exemple :

- *Le Conseil constitutionnel : création, composition, compétences*
- *Normes de son contrôle : normes contrôlées par le Conseil constitutionnel et normes de référence de son contrôle*

- Déterminer **l'intérêt du sujet** en exposant la réflexion qui découle des définitions et de vos connaissances: il faut alors parvenir à délimiter le sujet (il ne s'agit pas d'exposer tout le cours en rapport avec le sujet). L'intérêt du sujet peut être un point : historique, théorique, de droit comparé ou encore en lien avec l'actualité.

De l'intérêt du sujet découlera alors votre **problématique.**

C'est de la problématique que découle le plan que vous allez annoncer puis développer dans votre dissertation.

Exemple :

Concernant le Conseil constitutionnel et les normes de son contrôle, ce sujet est intéressant car il vous permet d'étudier l'évolution des normes de référence du Conseil constitutionnel, ainsi que l'évolution de son office de juge constitutionnel en raison de cette évolution.

Il convient alors de se demander quelles sont les normes utilisées par le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle de constitutionnalité.

Ainsi, nous verrons en quoi le juge constitutionnel, à travers son travail jurisprudentiel, œuvre à la construction d'un système constitutionnel cohérent.

- **Annonce de plan**. Il faut énoncer les 2 grandes parties de votre **plan en faisant apparaitre le** (I) et (II) dans votre annonce.

Attention, il *ne faut pas annoncer les sous-parties* (A) et (B).

Exemple :

Il conviendra d'évoquer dans un premier temps la construction d'un système de références constitutionnelles (I), et de démontrer dans un second temps la recherche de cohérence de cet « ordre constitutionnel » (II).

LE PLAN

Le plan doit être **apparent**, c'est-à-dire que vos parties et sous parties doivent apparaitre dans votre copie.

Chaque titre doit contenir une idée et correspondre aux développements qui suivent. Vos titres doivent être **démonstratifs** (nous montrer ce que vous allez démontrer) et non descriptifs.

Le plan doit être **équilibré** : veillez à l'équilibre (quantitatif) entre vos parties et vos sous-parties.

Les **chapeaux introductifs** doivent figurer au début de chaque partie. Ils visent à annoncer les sous-parties. Ils permettent ainsi au lecteur de suivre votre raisonnement.

Soignez vos **transitions** afin de permettre au lecteur de suivre votre raisonnement.

Exemple de plan pour la dissertation :

I- La construction d'un système constitutionnel :

Chapeau introductif : Afin d'étudier la construction de ce système constitutionnel nous partirons de la Décision Liberté d'association qui a permis au juge constitutionnel de consacrer le principe de constitutionnalité (A) pour ensuite élargir ses normes de référence (B).

A- La décision Liberté d'association ou la consécration du principe de constitutionnalité
Transition A-B (1 ou 2 lignes maximum)

B- L'élargissement des normes de référence
Transition B-II (2 ou 3 lignes maximum)

II- La recherche de cohérence de cet "ordre constitutionnel" :

<u>Chapeau introductif :</u> Au sein de ce système constitutionnel, nous verrons que la recherche de cohérence apparait par l'exclusion de certaines normes du bloc de constitutionnalité (A) et par l'absence de hiérarchie entre les normes de référence (B).

A- Les normes de référence exclues du bloc de constitutionnalité

<u>Transition A-B</u> (1 ou 2 lignes maximum)

B- L'absence de hiérarchie entre les normes de référence

PAS DE CONCLUSION.

Document 2 : Méthodologie du commentaire de texte

Attention à ne pas vous tromper d'exercice: le commentaire et la dissertation sont deux exercices bien différents.

A ce titre, deux écueils sont à éviter:

- **la paraphrase** où vous n'apportez rien au texte. Pour cela il faut éviter de décrire ou de redire le texte. Il s'agit bien de commenter un texte, grâce à une analyse des mots issus de celui-ci.
- **de rédiger une dissertation et non un commentaire**. Il s'agit du cas où vous prenez prétexte du texte fourni pour restituer simplement vos connaissances de cours. Dans votre rédaction, il vous faudra constamment vous référez au texte. Pour cela, le plus simple est de toujours exposé vos connaissances en partant d'un mot, d'une phrase ou d'une expression du texte. Prendre le réflexe de citer le texte pour exposer vos connaissances vous permettra de montrer à votre correcteur que vous commentez réellement le texte et non que vous réalisez une dissertation.

Pour cela, il faut :

- ***Expliquer le texte*** : ce que dit le texte, ce que dit la phrase que l'on vient de citer.

Assurez-vous à cette fin que votre devoir comprend **au moins une citation** du texte dans chaque A ou B.

- ***Commenter le texte*** : apporter des éléments nouveaux qui permettent d'étayer, de préciser, d'aller plus loin.

Exemple de commentaire de texte :

Extrait de D. CHAGNOLLAUD, M. TROPER, *Traité international de droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 1ère édition, 2012, Tome 2, p 57.

« L'ETAT REGIONAL

(...)

La réalisation de régionalisations présentant des caractéristiques nouvelles par rapport aux structures traditionnelles, depuis l'Espagne de la Seconde République et la Constitution italienne de 1947, a conduit la doctrine à définir une forme spécifique d'Etat, « l'Etat régional » justement, conçu comme « un type intermédiaire d'Etat entre l'unitaire et le fédéral ».

Selon cette construction, l'Etat régional se différencierait du fédéral par le fait que, « bien que dotées de droits propres, les régions ne réussissent pas à avoir la qualité et la dignité des Etats membres d'un Etat fédéral ... ; d'autre part, parce qu'elles sont dotées de droits propres, elles se différencient

nettement des collectivités territoriales semblables (provinces ou régions), même fortement décentralisées, des Etats unitaires. (...) »

AVANT LA REDACTION (BROUILLON)

- Relire plusieurs fois le texte.
- Numérotez les lignes.
- Soulignez les **mots clés** et définissez-les.

Exemple :

A ce titre, dans notre exemple plusieurs mots sont à retenir afin de construire le commentaire : Etat régional, Etat fédéral, Etat unitaire, type intermédiaire, droits propres, Etats membres, collectivités territoriales.

- Recenser les **connaissances** auxquelles font appel ces mots. Il s'agira alors de faire le lien entre les mots clés du texte et votre cours.

Exemple :

En l'occurrence, il faut se référer à la partie du cours traitant de la séparation verticale des pouvoirs (les formes d'Etat), en focalisant vos recherches sur les spécificités de l'Etat régional ou du régionalisme.

- Dégager une **problématique** à l'aide du sujet et des éléments que vous avez rassemblés. Il faut vous demander quel est l'intérêt du texte au regard du droit constitutionnel.

Exemple :

Ce sujet vous invite à étudier le modèle de l'Etat régional par rapport aux autres formes d'Etat : fédéral, unitaire, unitaire décentralisé. Quelles sont les caractéristiques de l'Etat régional ? Est-ce une forme d'Etat intermédiaire entre l'Etat fédéral et l'Etat unitaire décentralisé ? S'agit t-il au contraire d'un modèle autonome ?

LA CONSTRUCTION DU DEVOIR

Après avoir analysé lu et analyser le texte, il faudra commencer à construire le devoir de la façon suivante.

Le commentaire de texte est toujours composé :

- d'une introduction représentant 1/3 du devoir environ,
- et d'un plan, composé de 2 grandes parties (I et II) et de 2 sous-parties (A et B).

Introduction

L'introduction est extrêmement importante (notée jusqu'à 7-8 points sur 20). Il faut donc prendre le temps de bien la rédiger, car elle est déterminante pour la suite de votre devoir.

Elle doit contenir plusieurs éléments :

- **L'accroche** vise à introduire le sujet de manière dynamique: Il peut s'agir d'une citation (qu'il faudra alors expliquer et lier aux développements) ou encore du rappel d'un élément d'actualité en lien avec le sujet ou encore un élément historique.

Remarque : en revanche, la citation ne peut pas être un extrait du texte à commenter.

Exemple :

L. Favoreu, Droit constitutionnel, 17ème édition, Dalloz, 2015, p 484 :

« […] L'Etat régional (…) se situe dans une position intermédiaire entre l'Etat unitaire classique (comme la France) et l'Etat fédéral. On peut légitimement se demander s'il s'agit là d'une forme nouvelle d'Etat ou plutôt d'une forme transitoire, une étape dans un processus d'évolution vers le fédéralisme … […] »

- **Présentation du texte :** Cette étape vous permet de situer le texte : sa date, son contexte, le type de texte, son auteur …

Il s'agit de replacer le document dans son contexte politique, historique, géographique etc. Par exemple, la fonction de l'auteur ou de l'orateur peut être nécessaire pour comprendre davantage le sens du document: il vous faudra alors la préciser.

Exemple :

En l'espèce il s'agit d'un extrait du Traité international de droit constitutionnel. Le tome 2 de ce traité est consacré à la distribution des pouvoirs au sein de l'Etat, et notamment la distribution verticale des pouvoirs, c'est-à-dire les formes d'Etat.

Michel Troper et Dominique Chagnollaud sont tous deux professeurs de droit public et dirigent ce Traité, dont l'objectif est de s'interroger sur les grands thèmes du droit constitutionnel. L'article dont est issu l'extrait est l'œuvre du professeur Luciano Vandelli, professeur à l'université de Bologne.

Cet extrait se concentre sur l'Etat régional, en distinguant cette forme d'Etat avec l'Etat unitaire décentralisé et l'Etat fédéral.

Cet article a donc pour but de dresser les caractéristiques de cette forme particulière d'Etat, présente notamment en Espagne et en Italie.

- Déterminer le **thème** principal du document: Essayez de résumer en une phrase la thèse générale de l'auteur ou bien le thème qu'il aborde. Vous montrez ainsi au lecteur que vous avez compris le sens général du texte.

Exemple :

Cet extrait aborde la distinction entre l'Etat régional, forme spécifique de séparation verticale des pouvoirs, et les autres formes d'Etat, tels que le fédéralisme et la décentralisation. L'auteur de ce texte dresse ainsi les différences entre le régionalisme et les deux autres formes de l'Etat, comme par exemple l'existence ou non de droits propres pour les régions.

- A partir du thème général, il faut amorcer la réflexion afin de formuler la **problématique.** Il s'agira alors de se demander : quelle est la question / la difficulté juridique – politique que pose le texte ?

Exemple :

Il est intéressant d'étudier l'Etat régional, car il constitue une forme particulière de séparation verticale des pouvoirs, davantage poussée que la décentralisation mais avec la présence encore dominante de l'Etat central.

Ainsi, Il convient de se demander en quoi les auteurs questionne la forme de l'Etat régional en ce qu'elle laisse apparaitre un modèle sous l'influence des formes unitaire décentralisée et fédérale tout en étant autonome vis-à-vis de ces dernières. En somme, nous nous interrogerons avec eux sur l'autonomie de cette forme nouvelle de séparation verticale des pouvoirs.

- Annoncez le **plan.** Comme pour la dissertation, il faut annoncer vos deux grandes parties.

Exemple :

Ainsi, dans un premier temps nous verrons que le texte rappelle les emprunts de l'Etat régional aux modèles existants (I) avant, dans un second temps, de discuter de la possible spécificité du modèle de l'Etat régional (II).

LE PLAN

Le plan doit être **apparent**, c'est-à-dire que vos parties et sous parties doivent apparaitre dans votre copie.

Chaque titre doit contenir une idée et correspondre aux développements qui suivent. Vos titres doivent être **démonstratifs** (nous montrer ce que vous l'auteur démontre) et surtout intégrer une qualificatif pour rendre évident ce que fait l'auteur (et que vous commenterez).

Ex : *les termes « affirmation », « interrogation », « critique », « démonstration », etc. indique dans votre titre que c'est l'auteur qui fait une affirmation ou une interrogation.*

Le plan doit être **équilibré** : veillez à l'équilibre (quantitatif) entre vos parties et vos sous-parties.

Les **chapeaux introductifs** doivent figurer au début de chaque partie. Ils visent à annoncer les sous-parties. Ils permettent ainsi au lecteur de suivre votre raisonnement.

Soignez vos **transitions** afin de permettre au lecteur de suivre votre raisonnement.

Exemple pour le commentaire :

I- Une affirmation d'emprunts aux modèles existants :

Chapeau introductif : Afin d'établir la spécificité de l'Etat régional en tant que forme d'Etat, nous aborderons Le rapprochement que les auteurs font avec le modèle unitaire (A), ainsi qu'avec le modèle structurel fédéral (B).

A- La perception de l'héritage du modèle unitaire

Transition A-B (1 ou 2 lignes maximum)

B- La reconnaissance de l'influence structurelle du modèle fédéral

Transition B-II (2 ou 3 lignes maximum)

II- Une interrogation d'une spécificité du modèle de l'Etat régional :

Chapeau introductif : L'interrogation de la spécificité du modèle de l'Etat régional est démontré d'une part à une autonomie à géométrie variable des régions (A), et d'autre part à une autonomie politique encadrée par le pouvoir central (B).

A- Une autonomie à géométrie variable : L'élément implicite d'une forme d'Etat nouvelle.

Transition A-B (1 ou 2 lignes maximum)

B- Une autonomie politique encadrée par le pouvoir central : L'élément explicite d'une distinction au fédéralisme

PAS DE CONCLUSION.

DROIT CONSTITUTIONNEL

Année universitaire 2026-2027
1ère année – Semestre 1

Cours de Monsieur GAYE-PALETTES

Travaux dirigés : Matthieu BALOURDET, Maéva BOYER, Corentin CAZIER, Mickaël CIRON, Ahmadou HISSEINE.

SÉANCE N°2

État et souveraineté

Documents :

- T. HOBBES, *Léviathan*, Chapitre XIV, Des première et seconde lois naturelles, et des contrats, Extraits.
- J. LOCKE, *Second traité du gouvernement civil*, Evergreen, 1994[1690], Extraits.
- J. J. ROUSSEAU, *Du Contrat Social*, Livre 1, Chapitres 6 et 7, Extraits.
- J. BODIN, *Les six livres de la république*, LGF, 1993[1576], Extraits.
- R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Sirey, 1922, Extraits.
- O. BEAUD, « La notion d'Etat », *Archives de la philosophie du droit*, vol. 35, 1990, Extraits.

Définitions importantes :

- Etat moderne :
- Souveraineté :
  - Interne
  - Externe
- Critères juridiques de l'Etat :

Exercice :

Dissertation sur le thème :

« La souveraineté dans l'Etat moderne »

Document 1 : T. HOBBES, *Léviathan*, Chapitre XIV, Des première et seconde lois naturelles, et des contrats, Extraits

... Et parce que la condition de l'homme (comme il a été dit au chapitre précédent) est d'être dans un état de guerre de chacun contre chacun, situation où chacun est gouverné par sa propre raison, et qu'il n'y a rien dont il ne puisse faire usage dans ce qui peut l'aider à préserver sa vie contre ses ennemis, il s'ensuit que, dans un tel état, tout homme a un droit sur toute chose, même sur le corps d'un autre homme. Et c'est pourquoi, aussi longtemps que ce droit naturel de tout homme sur toute chose perdure, aucun homme, si fort et si sage soit-il, ne peut être assuré de vivre le temps que la nature alloue ordinairement aux hommes. Et par conséquent, c'est un précepte, une règle générale de la raison, que tout homme doit s'efforcer à la paix, aussi longtemps qu'il a l'espoir de l'obtenir, et, que, quand il ne parvient pas à l'obtenir, il peut rechercher et utiliser tous les secours et les avantages de la guerre. La première partie de cette règle contient la première et fondamentale loi de nature, qui est de rechercher la paix et de s'y conformer. La seconde [contient] le résumé du droit de nature, qui est : par tous les moyens, nous pouvons nous défendre.

De cette fondamentale loi de nature qui ordonne aux hommes de s'efforcer à la paix, dérive la seconde loi : qu'un homme consente, quand les autres consentent aussi, à se démettre de ce droit sur toutes choses, aussi longtemps qu'il le jugera nécessaire pour la paix et sa propre défense ; et qu'il se contente d'autant de liberté à l'égard des autres hommes qu'il en accorderait aux hommes à son propre égard. Car aussi longtemps que chaque homme détient ce droit de faire tout ce qui lui plaît, tous les hommes sont dans l'état de guerre. Mais si les autres hommes ne veulent pas se démettre de leur droit aussi bien que lui, alors il n'y a aucune raison pour quelqu'un de se dépouiller du sien, car ce serait s'exposer à être une proie, ce à quoi aucun homme n'est tenu, plutôt que de se disposer à la paix. ...

Toutes les fois qu'un homme transmet son droit, ou qu'il y renonce, c'est soit en considération d'un droit qu'on lui transmet par réciprocité, soit pour quelque autre bien qu'il espère [obtenir] par ce moyen. Car c'est un acte volontaire, et l'objet des actes volontaires de tout homme est un bien pour lui- même. C'est pourquoi il est inconcevable qu'un homme ait pu, par des paroles ou d'autres signes, abandonner ou transmettre certains droits. D'abord, un homme ne peut pas se démettre du droit de résister à ceux qui l'attaquent par la force pour lui ôter la vie, parce qu'il est inconcevable qu'il vise de cette façon quelque bien pour lui-même. On peut dire la même chose pour les blessures, les fers, l'emprisonnement, parce que, d'une part, il n'y a aucun avantage consécutif au fait d'endurer ces choses, comme il y en a au fait de souffrir qu'un autre soit blessé ou emprisonné, et d'autre part, parce qu'un homme, quand il voit des hommes agir avec violence à son égard, ne peut pas dire s'ils projettent ou non sa mort. Enfin, le motif, la fin pour lesquels un homme accepte ce renoncement au droit et sa transmission n'est rien d'autre que la sécurité de sa personne, pour ce qui est de sa vie et des moyens de la préserver telle qu'il ne s'en dégoûte pas. Et c'est pourquoi, si un homme, par des paroles, ou d'autres signes, semble

se dépouiller de la fin que visaient ces signes, on ne doit pas comprendre qu'il voulait dire cela, ou que c'était sa volonté, mais qu'il était ignorant de la façon dont de telles paroles et de telles actions seraient interprétées.

La transmission mutuelle du droit est ce que les hommes appellent CONTRAT.

Document 2 : J. LOCKE, *Second traité du gouvernement civil*, Evergreen, 1994[1690], Extraits.

Pour bien comprendre ce qu'est le pouvoir politique et pour remonter à sa source, il faut considérer l'état dans lequel tous les hommes se trouvent naturellement : c'est un état de *parfaite liberté*, là ils règlent leurs actions et disposent de leurs biens et personnes comme ils l'entendent, dans les limites de la loi naturelle, sans demander d'autorisation, ni dépendre d'aucune autre volonté humaine.

C'est aussi un *état d'égalité*, dans lequel tout pouvoir et toute juridiction sont réciproques, personne n'en ayant plus qu'un autre. […]

J'accorde sans difficulté que le *pouvoir civil* est bien le remède convenable aux inconvénients de l'état de nature. Ceux-ci sont à coup sûr considérables, lorsque les hommes sont juges dans leur propre cause. […]

Si la terre et toutes les créatures inférieures appartiennent à tous, du moins chaque homme détient-il un droit de *propriété* sur sa propre *personne* ; et sur elle aucun autre que lui n'a de droit. Par suite, son *travail* personnel et l'*oeuvre* de ses mains lui appartiennent en propre. Or, chaque fois qu'il retire une chose quelconque de l'état où l'a mise et laissée la nature, il mêle à cette chose son travail, il y joint donc un élément personnel : par là il s'en acquiert la propriété […] l'*objet principal de la propriété* n'est plus constitué à présent par les fruits de la terre […] mais par la *terre elle-même* […].

[…] la liberté de l'homme, celle d'agir comme il l'entend, se *fonde* sur la possession de la raison qui doit l'instruire de la loi d'après laquelle il doit régler sa conduite, et lui faire connaître la marge d'initiative qui lui est laissée. L'abandonner à une telle liberté sans contrainte, avant qu'il ne puisse se conduire par la raison, ce n'est pas lui reconnaître le droit naturel à la liberté, mais c'est le jeter au milieu des bêtes et le condamner à un état aussi misérable et aussi peu digne d'un homme que le leur. […] Par naissance […] l'homme partage avec chacun de ses semblables le même droit à la liberté absolue et à la jouissance illimitée des prérogatives et des privilèges de la loi naturelle. Il a donc, par nature, le droit de protéger sa propriété, c'est-à-dire sa vie, sa liberté et ses biens, contre les injustices et les atteintes des autres hommes. […]

[…] il n'y a de société politique que là et là seulement où chacun des membres a renoncé à ce pouvoir naturel, et l'a cédé à la communauté pour tous les cas où il ne lui est pas possible de recourir à la loi établie par elle. […] C'est ainsi que l'État en vient à devenir le pouvoir de fixer le châtiment dont il juge convenable de sanctionner les différentes transgressions commises parmi les membres de cette société, ce qui constitue le *pouvoir de faire les lois* : il possède en même temps celui de venger le tort fait à l'un de ses membres par quelqu'un qui ne l'est pas, c'est le pouvoir de paix et de guerre. […] En conséquence, chaque fois qu'un certain nombre d'hommes, s'unissant pour former une société, renoncent, chacun pour son compte, à

leur pouvoir de faire exécuter la loi naturelle et le cèdent à la collectivité, alors et alors seulement naît une société politique ou civile. […] *Les hommes sortent* donc de l'état de nature et forment une *société civile*, lorsqu'ils instituent un juge qui ait autorité pour régler les litiges et réparer les torts susceptibles d'être faits aux membres de celle-ci. […] Il est clair, dès lors, que la *monarchie absolue*, considérée par certains comme le seul gouvernement au monde, est en fait *incompatible avec la société civile*, et qu'elle ne peut même pas, par suite, constituer une forme de pouvoir civil. […]

Dans une société civile personne ne peut se soustraire aux lois qui la régissent. […]

En effet, si, grâce au consentement de chaque individu, ils ont formé une *communauté*, du même coup ils ont constitué celle-ci en un corps, avec le pouvoir d'agir comme un seul corps, ce qui n'est possible que par la volonté et la décision de la *majorité*. Car ce qui détermine à l'action une communauté, c'est seulement le consentement de ses membres ; et, puisqu'il est nécessaire à ce qui constitue un corps de se mouvoir dans une seule direction à la fois, il est nécessaire que le corps se meuve dans la direction où le porte la plus grande force, c'est-à-dire le *consentement de la majorité*. […] Ainsi, en convenant avec d'autres de former un corps politique soumis à un gouvernement, chacun s'engage, vis-à-vis de chaque membre de cette société, à se soumettre à la décision de la *majorité* et de se laisser diriger par elle. […] Et cette délégation de pouvoir résulte de la simple convention de *former une société politique*, qui constitue l'unique *contrat* nécessaire pour que les individus entrent dans un État ou en créent un nouveau. Ainsi, ce qui donne naissance à une *société politique*, ce qui l'institue effectivement, n'est autre que le consentement par lequel un certain nombre d'hommes libres, prêts à accepter le principe majoritaire, acceptent de s'unir pour former un seul corps social. C'est cela et cela seulement qui a pu ou pourrait encore donner naissance à un *gouvernement légitime*. […] À mon avis, tout homme qui est en possession ou en jouissance d'une partie du territoire d'un État donne, par là, son *consentement tacite*. […]

Si, dans l'état de nature, l'homme est aussi libre que nous l'avons dit, s'il est maître absolu de sa personne et de ses biens, égal au plus grand et dégagé de toute sujétion, pourquoi renoncerait-il à sa liberté ? Pourquoi abandonnerait-il ce pouvoir suprême, et se soumettrait-il au gouvernement et à l'autorité des autres ? La réponse évidente, c'est que, si, dans l'état de nature, il possède ce droit, il n'est pas pour autant assuré d'en jouir, et de repousser les empiètements des autres auxquels ce droit est constamment exposé. Étant donné que tous sont rois au même titre que lui, que chacun est son égal et que la plupart ne respectent pas strictement l'équité et la justice […] préfère-t-il finalement quitter cette condition qui, malgré sa liberté, est remplie d'appréhensions et de dangers continuels. Ce n'est donc pas sans raison qu'il cherche et qu'il consent à se joindre à d'autres qui forment déjà une société ou qui projettent d'en former une pour la sauvegarde mutuelle de leurs vies, de leurs libertés et de leurs biens, ce que je nomme, de façon générale, propriété.

Document 3 : J. J. ROUSSEAU, *Du Contrat Social*, Livre 1, Chapitres 6 et 7, Extraits.

Chapitre 6 Du pacte social

Je suppose les hommes parvenus à ce point où les obstacles qui nuisent à leur conservation dans l'état de nature l'emportent, par leur résistance, sur les forces que chaque individu peut employer pour se maintenir dans cet état. Alors cet état primitif ne peut plus subsister ; et le genre humain périrait s'il ne changeait de manière d'être.

Or, comme les hommes ne peuvent engendrer de nouvelles forces, mais seulement unir et diriger celles qui existent, ils n'ont plus d'autre moyen, pour se conserver, que de former par agrégation une somme de forces qui puisse l'emporter sur la résistance, de les mettre en jeu par un seul mobile et de les faire agir de concert.

Cette somme de forces ne peut naître que du concours de plusieurs ; mais la force et la liberté de chaque homme étant les premiers instruments de sa conservation, comment les engagera-t-il sans se nuire et sans négliger les soins qu'il se doit ? Cette difficulté, ramenée à mon sujet, peut s'énoncer en ces termes :

« Trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun, s'unissant à tous, n'obéisse pourtant qu'à lui-même, et reste aussi libre qu'auparavant. » Tel est le problème fondamental dont le Contrat social donne la solution. [...]

Ces clauses, bien entendues, se réduisent toutes à une seule - savoir, l'aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à toute la communauté : car, premièrement, chacun se donnant tout entier, la condition est égale pour tous ; et la condition étant égale pour tous, nul n'a intérêt de la rendre onéreuse aux autres. [...]

Si donc on écarte du pacte social ce qui n'est pas de son essence, on trouvera qu'il se réduit aux termes suivants : « Chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale ; et nous recevons encore chaque membre comme partie indivisible du tout. »

A l'instant, au lieu de la personne particulière de chaque contractant, cet acte d'association produit un corps moral et collectif, composé d'autant de membres que l'assemblée a de voix, lequel reçoit de ce même acte son unité, son moi commun, sa vie et sa volonté.

Chapitre 7 Du souverain

[...] En effet, chaque individu peut, comme homme, avoir une volonté particulière contraire ou dissemblable à la volonté générale qu'il a comme citoyen ; son intérêt particulier peut lui parler tout autrement que l'intérêt commun ; son existence absolue, et naturellement indépendante, peut lui faire envisager ce qu'il doit à la cause commune comme une contribution gratuite, dont la perte sera moins nuisible aux autres que le payement ne sera onéreux pour lui ; et regardant la personne morale qui constitue l'État comme un être de raison, parce que ce n'est pas un homme, il jouirait des droits du citoyen sans vouloir remplir les devoirs du sujet; injustice dont le progrès causerait la ruine du corps politique.

Afin donc que ce pacte social ne soit pas un vain formulaire, il renferme tacitement cet engagement, qui seul peut donner de la force aux autres, que quiconque refusera d'obéir à la volonté générale, y sera contraint par tout le corps ; ce qui ne signifie autre chose sinon qu'on

le forcera à être libre, car telle est la condition qui, donnant chaque citoyen à la patrie, le garantit de toute dépendance personnelle, condition qui fait l'artifice et le Jeu de la machine politique, et qui seule rend légitimes les engagements civils, lesquels, sans cela, seraient absurdes, tyranniques, et sujets aux plus énormes abus.

Document 4 : J. BODIN, *Les six livres de la république*, LGF, 1993 [1576], Extraits.

La souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une République, que les Latins appellent *majestatem*, […] c'est-à-dire la plus grande puissance de commander. Il est ici besoin de former la définition de souveraineté, parce qu'il n'y a ni jurisconsulte, ni philosophe politique, qui l'ait définie, [bien] que c'est le point principal, et le plus nécessaire d'être entendu au traité de la République.

Et d'autant que nous avons dit que République est un droit Gouvernement de plusieurs familles, et de ce qui leur est commun, avec puissance souveraine, il est besoin d'éclaircir [ce] que signifie puissance souveraine. J'ai dit que cette puissance est perpétuelle, parce qu'il se peut faire qu'on donne puissance absolue à un ou plusieurs à certain temps, lequel expiré, ils ne sont plus rien que sujets ; et tant qu'ils sont en puissance, ils ne se peuvent appeler Princes souverains, vu qu'ils ne sont que dépositaires, et gardes de cette puissance, jusqu'à ce qu'il plaise au peuple ou au Prince la révoquer, qui en demeure toujours saisi ; car tout ainsi que ceux qui accommodent autrui de leurs biens, en demeurent toujours seigneurs, et possesseurs, ainsi est-il de ceux-là qui donnent puissance, et autorité de juger, ou commander, soit à certain temps et limité, soit tant et si longtemps qu'il leur plaira, ils demeurent néanmoins saisis de la puissance et juridiction, que les autres exercent par forme de prêt ou de précaire. C'est pourquoi la loi dit que le gouverneur de pays, ou Lieutenant du Prince, après son temps expiré, rend la puissance, comme dépositaire, et garde de la puissance d'autrui. Et en cela il n'y a point de différence du grand officier au petit, autrement, si la puissance absolue, octroyée au Lieutenant du Prince, s'appelait souveraineté, il en pourrait user envers son Prince, qui ne serait plus qu'un chifre, et le sujet commanderait au seigneur, le serviteur au maître, chose qui serait absurde, attendu que la personne du souverain est toujours exceptée en termes de droit, quelque puissance et autorité qu'il donne à autrui. Et n'en donne jamais tant, qu'il n'en retienne toujours davantage, et n'est jamais exclu de commander, ou de connaître par prévention, ou concurrence, ou évocation, ou ainsi qu'il lui plaira, des causes dont il a chargé son sujet, soit commissaire, ou officier, auxquels il peut ôter la puissance qui leur est attribuée, en vertu de leur commission, ou institution, ou la tenir en souffrance tant et si longuement qu'il lui plaira.

Document 5 : R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Sirey, 1922, Extraits.

Si l'on examine les faits, c'cst-à-dire les diverses formations politiques auxquelles l'usage s'est établi de donner le nom d'Etat, on constate que les éléments constitutifs dont chaque Etat est formé, se ramènent essentiellement à trois : Dans chaque Etat on trouve d'abord un certain nombre d'hommes. Ce nombre peut être plus ou moins considérable : il suffit que ces hommes soient parvenus en fait à former un corps politique autonome, c'est-à-dire distinct des groupes étatiques voisins. Un Etat, c'est donc avant tout une communauté humaine. L'Etat est une forme de groupement social. Ce qui caractérise cette sorte de communauté, c'est quelle est une collectivité publique, se superposant à tous les groupements particuliers, d'ordre domestique ou d'intérêt privé, ou même d'intérêt public local, qui peu- vent exister entre ses membres. Tandis qu'à l'origine les individus n'ont vécu que par petits groupes sociaux, famille, tribu, gens, isolés les uns des autres quoique juxtaposés sur le même sol, et ne connaissant chacun que son intérêt particulier, les communautés étatiques se sont formées en englobant tous les individus qui peuplaient un territoire déterminé, en une corporation unique, fondée sur la base de l'intérêt général et commun qui unit entre eux, malgré toutes les différences qui les séparent, les hommes vivant côte à côte en un même pays : corporation supérieure et générale qui a constitué dès lors un peuple, une nation. La nation, c'est donc l'ensemble d'hommes et de populations concourant à former un Etat et qui sont la substance humaine de l'Etat. Et quant à ces hommes pris individuellement, ils portent le nom de nationaux ou encore de citoyens au sens romain du mot ciuis : expression qui désigne précisément le lien social qui, par-dessus tous leurs rapports particuliers et tous leurs groupements partiels, rattache tous les membres de la nation à un corps unique de société publique. Le second élément constitutif des Etats, c'est le territoire. Déjà on vient de voir qu'un rapport de liaison nationale ne peut prendre de consistance qu'entre hommes qui se trouvent mis en contact par le fait même de leur cohabitation fixe sur un ou plusieurs territoires communs : le territoire est donc l'un des éléments qui permettent à la nation de réaliser son unité. Mais en outre une communauté nationale n'est apte à former un Etat qu'autant qu'elle possède une surface de sol sur laquelle elle puisse s'affirmer comme maîtresse d'elle-même et indépendante (3), c’est- à-dire sur laquelle elle puisse tout à la fois imposer sa propre puissance et repousser l'intervention de toute puissance étrangère. L'Etat a essentiellement besoin d'avoir un territoire à soi, parce que telle est la condition même de toute puissance étatique. Si par exemple l'Etat possède quelque puissance sur ceux de ses nationaux situés à l'étranger, c'est dans la mesure seulement où il lui est possible de leur appliquer sur son propre territoire la sanction des prescriptions qu'il prétend leur imposer durant leur séjour au dehors. En revanche, sur son territoire, la puissance de l'Etat s'étend sur tous les individus, étrangers conme nationaux. […]

Enfin et par-dessus tout, ce qui lait un Etat, c'est l'établissement au sein de la nation d'une puissance publique s'exerçant supérieurement sur tous les individus qui font partie du groupe national ou qui résident seulement sur le sol national. L'examen des Etats sous ce rapport révèle que cette puissance publique tire son existence précisément d'une certaine organisation du corps national : organisation par laquelle d'abord se trouve définitivement réalisée l'unité nationale, et dont aussi le but essentiel est de créer dans la nation une volonté capable de prendre pour le compte de celle-ci toutes les décisions que nécessite la gestion de ses intérêts généraux : enfin, organisation d'où résulte un pouvoir coercitif permettant à la volonté ainsi constituée de s'imposer aux individus avec une force irrésistible:. Ainsi cette volonté directrice

et dominatrice s'exerce dans un double but : d'une part elle fait les affaires de la communauté ; d'autre part elle fait des actes d'autorité consistant soit à émettre des prescriptions impératives et obligatoires, soit à faire exécuter ces prescriptions. En tenant compte de ces divers éléments fournis par l'observation des faits, on pourrait donc définir chacun des Etats in concreto une communauté d'bommes, fixée sur un territoire propre -et possédant une organisation d'où résulte pour le groupe envisagé dans ses rapports avec ses membres une puissance supérieure d'action, de commandement et de coercition.

[…]

Cette première définition, quoiqu'elle soit conforme aux faits, ne saurait pleinement satisfaire le juriste. La raison en est que la science juridique n'a pas seulement pour objet de constater les faits générateurs du droit, mais elle a pour tâche principale de définir les relations juridiques qui découlent de ces faits. Or, à ce point de vue, l'insuffisance de la définition ci-dessus proposée provient manifestement de ce qu'elle se borne à indiquer les éléments qui concourent à engendrer l'Etat, bien plutôt qu'elle ne définit l'Etat lui-même. Et par suite elle est dangereuse, en ce qu'elle conduit naturellement à confondre l'Etat avec ses éléments ou du moins avec certains d'entre eux. C'est ainsi que l'on a prétendu identifier l'Etat avec la masse des individus qui le composent. D'autres, envisageant la puissance publique et l'organisation d'où elle découle, comme l'élément capital du système étatique, ont été amenés à identifier l'Ftat avec les personnes mêmes qui, en vertu de cette organisation, sont investies de cette puissance. Ces doctrines reposent sur une confusion. En effet, le territoire, l'agglomération des habitants vivant en commun, l'organisation elle-même de la collectivité et la puissance publique qui en dérive, ne sont que des conditions de la formation de l'Etat : ces divers facteurs combinés vont bien avoir l'Etat pour résultante, mais l'Etat ne se confond avec aucun d'eux. Une telle confusion n'aurait point été commise, si l'on avait su s'élever de l'observation des éléments de fait de l'Etat à une notion tirée des éléments de droit qui déterminent son essence juridique. Il semble incontestable que ce sont ces éléments de droit qui doivent prédominer dans la définition juridique de l'Etat.

Or, au point de vue juridique, l'essence propre de toute communauté étatique consiste d'abord en ceci (que, malgré la pluralité de ses membres et malgré les changements qui s'opèrent parmi eux, elle se trouve ramenée à l'unité) par le fait de son organisation : en effet, par suite de l'ordre juridique statutaire établi dans l'Etat, la communauté nationale, envisagée soit dans la collection de ses membres présentement en vie, soit même dans la série successive des générations nationales, est organisée de telle façon que les nationaux forment à eux tous un sujet juridique unique et invariable, comme aussi ils n'ont à eux tous, en ce qui concerne la direction des affaires publiques, qu'une volonté unique, celle qui est exprimée par les organes réguliers de la nation et qui est la volonté collective de la communauté. Tel est le fait juridique capital dont la science du droit doit tenir compte, et elle ne peut en tenir compte qu'en reconnaissant dès lors à l'Etat, expression de la collectivité unifiée, une individualité globale distincte de celles de ses membres particuliers et transitoires, c'est-à-dire en définissant l'Etat une personne juridique. Par suite, dans les sociétés étatisées, ce que les juristes nomment proprement l'Etat, c'est l'être de droit en qui se résume abstraitement la collectivité nationale. Ou encore, suivant la définition adoptée par les auteurs français : L'Etat est la personnification de la nation

Toutefois, il ne suffirait pas, pour dégager la notion de l'Etat, de le présenter comme unité corporative. Car il n'y a pas que les groupes étatiques qui réalisent de telles unités : nombreuses sont les formations corporatives de droit public ou les sociétés de droit privé, qui sont pourvues d'une organisation les unifiant et qui constituent comme telles des personnes juridiques. Ce qui distingue l'Etat de tous autres groupements, c'est la puissance dont il est doué. Cette puissance, dont lui seul est capable et que par suite l'on peut déjà suffisamment caractériser en la qualifiant de puissance étatique, porte, dans la terminologie traditionnelle- ment consacrée en France, le nom de souveraineté. D'après cela il y aurait donc lieu de ramener la notion juridique de l'Etat à cette double idée fondamentale : l'Etat est une personne collective et une personne souveraine. Toutefois on verra plus loin que l'emploi en cette matière du mot souveraineté, quoiqu'il se trouve justifié quant à l'Etat français, soulève au point de vue du droit public général de fortes objections. Il convient donc de laisser de côté cette expression contestable et d'intituler le double sujet qui vient d'être indiqué et qui va maintenant être traité, de la façon suivante : 1° de l'Etat en tant que personne ; 2" de la puissance propre à l'État.

Document 6 : O. BEAUD, « La notion d'Etat », *Archives de la philosophie du droit*, vol. 35, 1990, Extraits.

Si l'on peut définir l'Etat comme un "mode particulier d'organisation politique", c'est grâce à la souveraineté qui lui confère, en même temps que son critère, son principe d'unité d'action. On a pu certes contester cette idée, soit en niant catégoriquement l'idée même de souveraineté, perçue comme métaphysique (Duguit, Kelsen) ou contraire à la seule souveraineté possible, celle de Dieu (Hauriou), soit en la remplaçant par celle de puissance publique ou étatique (Statsgewalt) (JELLINEK et CARRE DE MALBERG pour simplifier). Mais tout en la contestant, chacun de ces auteurs est alors contraint, ou bien de la réintroduire sous d'autres vocables (puissance publique chez Duguit et "Staatsgewalt" chez Kelsen, souveraineté de gouvernement chez Hauriou), ou bien alors d'introduire, afin de sauver le critère de substitution, une différence artificielle entre les deux sens de la souveraineté, puissance interne et indépendance externe.

Bien que la souveraineté puisse être décrite comme étant analytiquement contenue dans la notion d'Etat, il faut néanmoins, si l'on veut saisir la richesse de la notion, dépasser la définition trop vague d'une puissance suprême à l'intérieur et indépendante à l'extérieur. Bref, il faut la spécifier en examinant la concrétisation juridique de ce principe d'unité d'action par le biais de la notion d'acte de souveraineté qui désigne la prérogative par laquelle le Souverain manifeste sa suprématie et l'Etat son unité et son indivisibilité. L'acte de souveraineté signifie d'abord l'existence du monopole étatique du droit positif et il forme ensuite un système qui permet à l'Etat de développer ses capacités virtuelles de domination. […]

a) L'acte de souveraineté est d'abord un acte juridique; en tant que tel, il est une oeuvre voulue par l'homme afin de produire des conséquences de droit ou d'imposer une norme. Par conséquent, la souveraineté, et indirectement l'Etat, sont liés à l'idée selon laquelle l'homme désormais produit son droit, le "crée" comme on l'habitude de dire. Plus exactement, le droit sur lequel se fonde la domination étatique est le seul droit humain, le droit positif. Cette idée,

déjà présente chez BODIN, l'inventeur de la notion moderne de souveraineté et premier auteur d'une théorie générale de l'Etat, est illustrée, de la façon la plus radicale, par Hobbes.

Ainsi, par l'acte juridique, le Souverain moderne dispose de l'étonnante faculté de modifier à sa guise le droit en vigueur et de l'adapter aux circonstances lorsque celles-ci changent. Le droit est donc désormais tourné vers l'avenir ; il cesse d'être essentiellement coutumier ou d'être lié par des droits acquis immuables. En outre, édicté par le Monarque, Souverain réglementaire, ou de nos jours par les pouvoirs publics constitutionnels, il est édicté proprio motu, à la différence du droit jurisprudentiel qu'il entend par ailleurs dominer.

On pourrait objecter qu'une telle description de la souveraineté de commandement, souveraineté d'action multiforme, ne vaut plus pour l'Etat démocratique d'aujourd'hui où la production juridique est canalisée par les diverses échelles de la hiérarchie des normes. Pourtant, l'acte de souveraineté moderne qu'est l'acte constituant, obéit à cette même conception volontariste (subjectiviste selon ses détracteurs) du droit. La Constitution est en effet un acte de volonté créateur de normes juridiques valables sur l'ensemble du territoire, dont l'objet est, principalement, d'exprimer la souveraineté du peuple et de limiter la puissance des pouvoirs publics afin de protéger les citoyens contre d'éventuels abus.

Toutefois si la souveraineté traduit exactement ce double processus simultané de promotion du droit "législatif" et de recul du droit coutumier et juridictionnel, elle n'acquiert son statut de principe d'unité étatique que grâce à des caractères qui lui sont propres. L'acte de souveraineté est à la fois inabrogeable et incontestable.

b) Il est inabrogeable en ce sens qu'il ne peut être abrogé par un tiers, par une personne autre que son auteur. En revanche, cet acte a la particularité de pouvoir abroger tous les autres actes juridiques, ou encore dans une version atténuée, une autorité étatique sera chargée d'annuler tout acte contraire ou non compatible avec la norme suprême.

Cette remarquable faculté lui permet de demeurer la norme suprême dès lors qu'il est protégé contre les autres normes et qu'il peut faire disparaître celles qui lui sont contraires. On peut en trouve un exposé, saisissant par sa modernité, dans les Six livres de la République où BODIN examine les rapports de la loy édictée par le Souverain à la fois avec la loy de son prédécesseur et avec l'acte de commandement édicté par le subordonné du Souverain, le Magistrat. Dans ces deux hypothèses, le Souverain peut abroger l'acte posé par un tiers et manifeste par là sa supériorité. De même, une coutume est abrogée par une loy qui prescrit un contenu contraire.

Ce caractère inabrogeable de l'acte de souveraineté marque aussi la Constitution dans nos Etats démocratiques, à condition cependant de dissocier l'acte constituant de l'acte de révision constitutionnelle. Contrairement à ce que prétend l'opinion dominante, la révision ne peut abroger la Constitution car si elle peut en modifier certaines dispositions, elle ne peut certainement pas supprimer les principes qui en forment le noyau (qui font d'elles par exemple une Constitution démo-libérale ou une Constitution autoritaire). Telle était d'ailleurs l'opinion de SIEYES, l'inventeur du concept de pouvoir constituant, et telle est aujourd'hui la signification des prohibitions de révision contenues dans certaines Constitutions (a. 89 al.4 Const. français e de 1958, a.79 Const. R.F.A.).

Une fois édictée par le peuple souverain, la Constitution conserve sa suprématie ; elle ne saurait être abrogée (c'est-à-dire abrogée légalement) par les autorités qui sont chargées de l'appliquer. A ce titre, l'autorité de révision constitutionnelle se trouve dans la même situation que le juge

constitutionnel chargé de défendre la Constitution contre les violations dont se rendraient coupables les autres pouvoirs publics.

c) L'acte de souveraineté est également incontestable. Autrement dit, la décision prise par le Souverain est sans appel ; elle possède, dès son édiction, un caractère définitif au sens contentieux du terme. En attribuant cette qualité essentielle à la loy, Jean Bodin transposait la signification médiévale du terme de souveraineté selon laquelle la notion de souveraineté absolue désignait cette qualité remarquable d'acte insusceptible de contrôle parce qu'il est de dernier ressort. En vertu de la logique interne à la souveraineté, aucune personne ne peut se proclamer juge de l'acte suprême, sauf alors à s'ériger lui-même en nouveau Souverain.

Appliquée à la notion de Constitution, cette idée trouve son illustration dans le fait que l'acte constituant, une fois ratifié par l'autorité de dernière instance - le peuple par référendum - ne peut plus être contesté par une quelconque autorité. Il a une valeur absolue dans la mesure seulement où il clôt toute discussion sur le contenu des principes constituants. Cette idée de certitude juridique était aussi à l'origine de l'intention de BODIN quand celui-ci attribuait au Prince le droit de vider définitivement, sans appel, le conflit entre les partis religieux. La métaphore judiciaire d'un Tiers arbitre suprême éclaire l'action aussi bien du Souverain gouvernemental de la Monarchie que du Souverain constituant de la démocratie constitutionnelle. […]

DROIT CONSTITUTIONNEL

Année universitaire 2026-2027
1ère année – Semestre 1

Cours de Monsieur GAYE-PALETTES

Travaux dirigés : Matthieu BALOURDET, Maéva Boyer, Corentin CAZIER, Mickaël CIRON, Ahmadou HISSEINE.

SÉANCE N°3

Les formes d'État

Documents :

- Constitution française du 4 octobre 1958, (extraits) : Art-1 ; Art-72 ; Art-72-3 ; Art-73.
- J. BAGUENARD, *La décentralisation*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2004, Extraits.
- Constitution italienne du 22 décembre 1947 : Art-114.
- M. I. ALVAREZ VELEZ (dir.), *Lecciones de Derecho Constitucional*, 4e éd., Tirant Lo Blanch, 2014, Extrait traduis.
- J. FOUGEROUSSE, « L'Etat régional, un modèle original d'organisation politique ? », *Politeia*, vol. 26, 2014, p. 213-217, extraits.
- J. MADISON, *Le fédéraliste*, Classiques Garnier, 2012[1787], Extraits.
- A. THEVAND, « La pérennité du fédéralisme », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2009, n°5, Extraits.

Définitions importantes :

- Séparation verticale des pouvoirs :
- Etat unitaire :
  - Centralisé :
  - Décentralisé :
- Etat régional :
- Etat fédéral :
  - Principe de superposition/autonomie/participation/

Exercice :

Vous commenterez l'extrait suivant : **Document 5**, J. FOUGEROUSSE, « L'Etat régional, un modèle original d'organisation politique ? », *Politeia*, vol. 26, 2014, p. 213-217, extraits.

Document 1 : Constitution française du 4 octobre 1958, (extraits) : Art-1 ; Art-72 ; Art-72-3 ; Art-73.

Article 1 : La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée.
[…]

Article 72 : Les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74. Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi, le cas échéant en lieu et place d'une ou de plusieurs collectivités mentionnées au présent alinéa.
Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en oeuvre à leur échelon.
Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences.
[…]

Article 72-3 : La République reconnaît, au sein du peuple français, les populations d'outre-mer, dans un idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité. La Guadeloupe, la Guyane, la Martinique, La Réunion, Mayotte, Saint-Barthélemy, Saint-Martin, Saint-Pierre-et-Miquelon, les îles Wallis et Futuna et la Polynésie française sont régis par l'article 73 pour les départements et les régions d'outre-mer et pour les collectivités territoriales créées en application du dernier alinéa de l'article 73, et par l'article 74 pour les autres collectivités.

Le statut de la Nouvelle-Calédonie est régi par le titre XIII.
La loi détermine le régime législatif et l'organisation particulière des Terres australes et antarctiques françaises et de Clipperton.

Article 73 : Dans les départements et les régions d'outre-mer, les lois et règlements sont applicables de plein droit. Ils peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités. Ces adaptations peuvent être décidées par ces collectivités dans les matières où s'exercent leurs compétences et si elles y ont été habilitées, selon le cas, par la loi ou par le règlement. Par dérogation au premier alinéa et pour tenir compte de leurs spécificités, les collectivités régies par le présent article peuvent être habilitées, selon le cas, par la loi ou par le règlement, à fixer elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire, dans un nombre limité de matières pouvant relever du domaine de la loi ou du règlement.
[…]

Document 2 : J. BAGUENARD, *La décentralisation*, PUF, coll. Que sais-je ?, 2004, Extraits.

Au sens juridique, la décentralisation suppose l'existence d'une pluralité de centres autonomes de décision, exige que des « organes locaux » aient la maîtrise juridique de leur activité, c'est-à-dire qu'ils soient libres de prendre, dans le respect des lois et règlements, la décision qu'ils

veulent. Telle est la véritable décentralisation, analysée avec la rigueur juridique qui convient par Charles Eisenmann.
La théorie juridique situe la décentralisation au coeur des problèmes soulevés par la structure territoriale de l'administration. Dès lors qu'elle doit intervenir dans le cadre d'une collectivité nationale étatique, toute administration publique est contrainte, en diversifiant ses activités, de mettre en place une organisation complexe ; analyser sa « structure », c'est observer la manière dont cet ensemble est agencé. Mais deux méthodes distinctes peuvent être employées, selon que l'on souhaite mettre en lumière l'aspect fonctionnel ou insister sur le paramètre territorial.

La première méthode permet de vérifier si (et comment) toutes les fonctions administratives sont assurées par un corps unique ou confiées, selon le principe de la spécialisation fonctionnelle, à plusieurs corps distincts. La seconde, reposant sur l'utilisation du critère spatial, fait porter l'attention sur l'étendue de la zone territoriale d'action du ou des organes concernés. Cet angle de vue conduit à distinguer clairement deux types d'agents administratifs : les premiers relèvent de ce que Charles Eisenmann appelle l'« administration d'État », qualifiée aussi de « nationale » ; elle est constituée d'organes dits « centraux », investis de fonctions qui s'étendent à l'ensemble de la collectivité nationale (tel est le cas des ministres) : « C'est une administration dont l'organe suprême est un organe central, à savoir un organe dont la compétence n'est pas limitée à une fraction seulement de la collectivité par un élément d'ordre territorial. » Les seconds, qualifiés d'« Administration locale », développent une compétence qui ne peut s'exercer qu'à l'égard d'une partie territorialement délimitée de cette collectivité nationale (telle est la situation du préfet, dont la compétence s'arrête aux frontières du département, ou celle du maire, qui ne peut agir que dans le cadre territorial de sa commune) : « C'est une administration dirigée par un organe dont la compétence est limitée à une fraction de la collectivité déterminée par un élément d'ordre territorial, c'est-à-dire par le tracé et les limites d'une circonscription, d'une subdivision, du territoire national. » Toutefois, cette « Administration locale » identifie deux situations différentes. Dans l'une d'entre elles, se trouvent désignées des autorités « locales » qui dépendent étroitement, selon le principe de la subordination hiérarchique, des organes centraux : ainsi en va-t-il du préfet ou du directeur départemental de l'agriculture, que l'on peut dès lors qualifier d'« organes non centraux », ou, plus communément, de « services extérieurs » de l'État.

Toute différente est l'autre situation juridique, celle correspondant à l'émergence d'autorités « territoriales » bénéficiant d'une plus large autonomie d'action. Seules ces dernières relèvent de la « décentralisation » qui consiste à « donner à des autorités à compétence "locale" des pouvoirs d'action, donc d'abord de décision, indépendantes des autorités centrales (ou centralisées) ». Cette rigueur conceptuelle est cependant tempérée par la majorité de la doctrine, dans la mesure où celle-ci admet l'existence d'un mécanisme de régulation étatique qui permet de contrôler plus ou moins amplement l'autonomie de ces autorités territoriales. Ainsi, l'unité nationale, dont l'État s'affirme le protecteur normatif dans l'exercice de son rôle régulateur, l'emporte en dernier ressort sur la diversité locale, qui demeure seconde. La pratique administrative situe généralement la décentralisation dans le cadre des États unitaires s'identifiant d'abord par une unité, plus ou moins tempérée par la mise en place de mécanismes décentralisateurs.

Lorsqu'un État unitaire est clairement et absolument centralisé, le pouvoir central concentre entre ses mains l'ensemble des compétences. Pour diverses raisons, qui tiennent notamment à la dimension et à la complexité des sociétés, une telle solution – que l'on peut appeler « centralisation parfaite » – est depuis longtemps impraticable ; elle demeure, toutefois, opérationnelle pour l'exercice de fonctions mettant directement en cause l'unité nationale, telle la décision d'engager la force de dissuasion nucléaire ou la mise en oeuvre du processus législatif dans un État unitaire au sens strict.

Les nécessités pratiques expliquent le développement de la déconcentration, procédé consistant à confier certains pouvoirs de décision à des autorités non centrales reliées au pouvoir central par le principe de la subordination hiérarchique. Cette formule de « centralisation imparfaite » permet à la fois une plus grande rapidité dans le traitement des affaires et une meilleure prise en considération des données locales. En France, le préfet représente l'institution type de mise en oeuvre de la déconcentration : ses pouvoirs peuvent être d'autant plus larges que sa subordination au pouvoir central est étroite. Toutefois, même quand elle est affirmée, la déconcentration administrative peut être d'ampleur variable. Ce ne sera qu'illusion si le pouvoir central se reconnaît le droit d'intervenir à tout moment, enfermant ainsi l'autorité déconcentrée dans un carcan de consignes multiples qui anéantissent son pouvoir décisionnel. Tel est d'ailleurs le regrettable constat fait le 24 novembre 1982 par le président de l'Association du corps préfectoral et des hauts fonctionnaires du ministère de l'Intérieur et de la Décentralisation, au cours de l'Assemblée générale de cette association. « Nous constatons, a-t-il alors rappelé, la prolifération des circulaires qui prétendent interpréter, mais en fait grignotent les pouvoirs des représentants de l'État dans les régions et les départements » – ce qui, joint à d'autres indices, « s'apparente à une spoliation ». Inversement, la déconcentration prend toute son ampleur si elle permet qu'un nombre considérable de dossiers soit traité sur place au lieu de suivre la spirale ascensionnelle vers Paris. C'est, notamment, ce que fera la loi d'orientation no 92-125 du 6 février 1992, complétée par le décret no 92-804 du 1er juillet 1992 portant charte de la déconcentration. Le président de la République l'avait annoncé en ces termes à Moulins, le 22 mars 1990 : « Il va falloir que les administrations centrales se résignent à limiter leurs activités aux missions qui leur sont propres, mission de réglementation, de conception, de coordination, et qu'elles abandonnent ou qu'elles délèguent, une fois pour toutes, la volonté et le pouvoir de régler les dossiers à des services extérieurs renforcés, regroupés sous l'autorité du représentant du gouvernement. » Désormais, la déconcentration constitue le principe général, « le mode de droit commun d'intervention de l'État », l'acteur principal étant le préfet, et plus particulièrement le préfet de région. Ce « renouveau préfectoral », selon l'expression de Pierre Bernard, alors préfet de la région Rhône-Alpes, facilite le dialogue avec les autorités locales et situe la pratique de la décentralisation au niveau décisionnel adéquat. C'est ce en quoi la déconcentration peut être perçue comme le complément indispensable de la décentralisation. Mais, aussi intense soit-elle, la déconcentration demeure, dans ses principes, un aménagement technocratique de la centralisation, non une remise en cause de celle-ci. Il semble, par ailleurs, que les combats pour imposer cette unicité préfectorale en matière de déconcentration se heurte toujours à de fortes réticences de la part des autres organes déconcentrés de l'État. Si les décrets d'octobre 1999 ont cherché à renforcer, une fois encore, le rôle de chef d'orchestre qui lui est dévolu, chaque direction départementale demeure jalouse de ses prérogatives fonctionnelles. Le 17 janvier 2001, le Premier ministre énonce à nouveau, en la citant comme « sixième et dernière priorité » de la « nouvelle étape » de la décentralisation, la nécessité de faire « progresser la déconcentration », ce qui témoigne de la persistance des réticences « corporatistes ».

En exigeant que les organes locaux ne soient pas nommés par le pouvoir central ni soumis à son pouvoir hiérarchique, la décentralisation se révèle fondamentalement différente : « De l'ensemble de la législation et de la jurisprudence, constataient, dès 1930, Maspetiol et Laroque, il ressort que la décentralisation implique le principe de l'autonomie des personnes morales. Cela signifie que, à moins de règles expresses en sens contraire, les personnes morales décentralisées sont libres d'agir à leur guise. Décentralisation veut dire liberté. » Une telle autonomie peut-elle aller jusqu'à remettre en cause l'unité étatique et donner naissance à un État composé de type fédéral ? Cette question divise la doctrine : si l'on admet généralement qu'entre la décentralisation administrative et le fédéralisme 22

politique existe une différence de nature, les collectivités décentralisées n'étant pas souveraines puisqu'elles ne disposent pas du pouvoir de décider librement ce que sera leur compétence, d'aucuns, à l'instar de F.-P. Bénoit, n'y voient qu'une différence de régime. Il semble bien que pratique administrative et évolution politique rapprochent des distinctions théoriquement fondées et clairement défendues par la doctrine classique. Encore faut-il ne pas oublier que le fédéralisme constitutionnel ne résout pas le problème de la décentralisation administrative au sein même de chaque État fédéré. Comparant les expériences étrangères, le Sénat, dans son rapport intitulé « Pour une République territoriale », en date du 28 juin 2000, en arrive à distinguer quatre catégories de pays : les États fédéraux conférant à l'échelon intermédiaire la qualité d'État disposant de sa propre constitution (tel est, par exemple, le cas de l'Allemagne ou de la Belgique), les États « régionalisés » dans lesquels la décentralisation s'ouvre à l'autonomie législative, au risque de compromettre à terme une unité de moins en moins ostensible (tel est le cas de l'Espagne ou de l'Italie – laquelle s'oriente de plus en plus vers une voie fédérale), les États unitaires où les pouvoirs octroyés aux échelons locaux le sont par la loi et non par la Constitution (relèvent d'une telle situation le Danemark, la Finlande, la Grèce, l'Irlande, le Luxembourg et la Suède), et les États unitaires décentralisés dans lesquels les droits des collectivités locales sont, pour la plupart, constitutionnellement garantis (comme au Pays-Bas) ; la France s'oriente depuis la révision constitutionnelle du 17 mars 2003 dans cette voie où la diversité est constitutionnellement proclamée et protégée.

Document 3 : Constitution italienne du 22 décembre 1947 : Art-114.

TITRE V : Les régions, les provinces et les communes

Article 114 : La République est composée des Communes, des Provinces, des Métropoles, des Régions et de l'État.

Les Communes, les Provinces, les Métropoles et les Régions sont des collectivités autonomes ayant des statuts, des pouvoirs et des fonctions qui leur sont propres, selon les principes établis par la Constitution

Rome est la capitale de la République. La loi de l'État pourvoit à son organisation.

Document 4 : M. I. ALVAREZ VELEZ (dir.), *Lecciones de Derecho Constitucional*, 4e éd., Tirant Lo Blanch, 2014, Extrait traduit.

Les Etats composés ont des éléments en commun et d'autres qui, étant de nature différenciatrice, permettent de distinguer entre Etat fédéral et régional. Sont ainsi des points communs entre ces types d'Etats les éléments suivants :

- Distribution de compétences entre la fédération et les Etats fédérés ou entre l'Etat et les régions ou, selon la dénomination en Espagne, Communautés Autonomes. […]
- Tribunal chargé de résoudre les conflits de compétences territoriales : Cour suprême aux Etats-Unis, Cour constitutionnelle pour la République Fédérale Allemande ou Tribunal Constitutionnel en Espagne.

- Chambre haute au sein du parlement bicaméral, spécialisée dans le traitement des affaires territoriales ou composée de représentants territoriaux, ou bien les deux à la fois […].
- Elément important en ce qui concerne les Etats composés, le principe de loyauté symbolise le pacte historique entre les territoires et citoyens de l'Etat, qu'il soit appelé « loyauté fédérale », tel que prévue dans la Loi Fondamentale de Bonn, ou « loyauté autonomique » qui, [dans le cas espagnol], figure implicitement aux articles 138 et 139 de la Constitution.
- Dans les deux cas, la coopération se présente comme un principe fonctionnel élémentaire […]

A l'inverse, Etat fédéral et Etat régional divergent sur deux points essentiels :

- Alors que l'Etat fédéral suppose une constitution fédérale et autant d'autres constitutions qu'il y a d'Etats fédérés au sein de la fédération, dans l'Etat régional il n'y a qu'une seule constitution et la « norme institutionnel basique » de la région ou communauté reçoit généralement une autre dénomination – Statut d'autonomie en Espagne et en Italie ou Acte de dévolution en Ecosse et en Galles. Néanmoins, il ne s'agit pas là d'une simple différence de noms : alors que la constitution résulte de l'exercice de la souveraineté, les statuts d'autonomie sont des normes politiques primaires à vocation régionale, subordonnés à la constitution et indisponibles unilatéralement puisqu'ils ne peuvent être modifiés que par le parlement national.
- Précisément, du fait de l'existence d'un seul Etat [concernant l'Etat régional], le parlement national est le seul organe qui exprime la souveraineté tandis que les parlements régionaux ne sont que des organes représentatifs non souverains.

Document 5 : J. FOUGEROUSSE, « L'Etat régional, un modèle original d'organisation politique ? », *Politeia*, vol. 26, 2014, p. 213-217, extraits

---

[…]La doctrine établit souvent une distinction entre État fédéral et régional, parfois de manière nuancée, et en utilisant parfois le terme d'« État composé » pour englober État fédéral et régional. Toutefois, on peut reconnaître une différenciation en référence aux caractéristiques essentielles du fédéralisme.

Tout d'abord, dans l'État régional l'autonomie bien qu'élevée fait apparaître que les statuts régionaux ne sont pas des constitutions, que le critère de répartition des compétences législatives n'est pas déterminant et que la compétence juridictionnelle n'est pas du ressort des régions. En effet, les statuts régionaux ne sont pas des constitutions car le contenu des statuts est prédéterminé et limité par la constitution de l'État central. […] Ainsi, les statuts sont essentiellement compétents dans le domaine du choix des modes de désignation des organes, de la sélection des rapports entre les organes ou encore de la répartition de la compétence régionale entre les organes de la région, et plus rarement de la fixation des compétences de la collectivité. Les contraintes imposées à l'élaboration et au contenu de ces statuts révèlent la distance qui les sépare d'une constitution.

Par ailleurs, l'étendue des compétences législatives régionales est variable et c'est un élément difficile à utiliser comme critère de distinction entre État fédéral et régional. Certes, le système de répartition est un indice intéressant mais qu'il ne faut pas surévaluer : d'ailleurs le choix d'un système de répartition ou d'un autre est en général issu de la culture politique et juridique des États et du contexte historique (le rôle du passé franquiste en Espagne ne peut se comparer aux conditions d'obtention de la dévolution en Grande-Bretagne). On trouve deux cas de figure

: celui de la répartition fondée sur une compétence de principe de l'État central et une compétence d'attribution aux régions. C'est le système adopté par l'Italie avant la réforme de 2001, et de manière plus complexe par l'Espagne. Ce mécanisme permet à l'État de préserver son rôle central et symbolique et le principe de l'unité normative. À l'inverse, la répartition de compétences peut être fondée sur le principe de la compétence régionale, l'État ne disposant que d'une compétence d'attribution. C'est le système de répartition que l'on trouve habituellement dans les États fédéraux. Il a été retenu par l'Italie depuis la réforme de 2001. De même, au Royaume-Uni, les compétences attribuées par l'État au profit de l'Écosse et de l'Irlande du Nord sont définies comme toutes celles qui ne rentrent pas dans les domaines réservés à l'État. Toutefois, au vu de la grande quantité de réserves établies, on peut mettre en doute le fait que la compétence régionale soit une compétence de principe. Au Portugal, la compétence régionale est fondée sur la notion de « matières intéressant spécifiquement les régions », et peut s'exercer hors des zones réservées à l'État. Cependant, la diversité des systèmes formels de répartition ne doit pas cacher une certaine uniformité dans les domaines réciproques de compétences et la place respective de l'État et des régions.

En outre, l'autonomie juridictionnelle est très limitée voire inexistante. Au Portugal, les régions autonomes n'ont aucune compétence dans le domaine judiciaire. […]

Enfin, l'État fédéral est construit non seulement autour de l'idée d'autonomie de ses composantes mais aussi sur la capacité de ces dernières à influer sur l'État central. Or, sur ce point, les régions développent une participation insuffisante aux activités de l'État. Cette participation peut prendre différentes formes juridiques et politiques. Mais l'élément déterminant de cette participation est la représentation institutionnelle des régions au niveau de l'État central. Or, dans l'État régional, celle-ci est marquée par sa faiblesse : les secondes chambres des États régionaux, lorsqu'elles existent (ce qui n'est pas le cas au Portugal), ne représentent pas ou peu les régions. En effet, les sénats sont peu représentatifs des régions et disposent de pouvoirs faibles. La capacité politique de certaines régions permet à ces dernières de préserver et de développer leur autonomie mais ne compense que ponctuellement la faible reconnaissance politique des régions au niveau étatique. […]

L'État régional ne peut donc être assimilé à l'État fédéral. Pour autant, il ne peut pas être considéré par défaut comme un État unitaire. Une partie de la doctrine, essentiellement française, semble opter pour le rattachement du « régionalisme politique » à la forme unitaire de l'État en arguant en particulier que ces États proclament cette unité et la font souvent prévaloir au travers de différents mécanismes juridiques et politiques (contrôles administratifs, financiers…). Toutefois il ne faut pas confondre les limites posées au pouvoir de différenciation normative et ce dernier. L'attribution d'un pouvoir législatif authentique à des composantes régionales, dans des domaines variés et étendus, avec des clauses favorisant le développement de ces compétences, ne peut être tenue pour une variante de l'État unitaire à moins de confondre État unitaire et unité de l'État. Or, ces deux dernières notions ne sont pas équivalentes : tout État quelle que soit sa forme, y compris l'État fédéral, revêt une forme d'unité sans laquelle il n'existe pas. L'étendue de cette unité connaît toutefois des fluctuations importantes ; la notion d'État unitaire renvoie à une forme de répartition du pouvoir de décision, et en particulier à l'unicité du détenteur du pouvoir législatif. C'est donc essentiellement en raison de l'existence d'un pouvoir normatif primaire – le pouvoir législatif régional – que l'État régional ne peut pas être considéré comme un État unitaire. En effet, l'éclatement du pouvoir législatif constitue une atteinte fondamentale au modèle unitaire. La loi régionale ne peut être contrôlée que par un juge constitutionnel sur la base des règles constitutionnelles, et ce dernier assure la répartition des compétences entre pouvoir législatif national et régional. Par ailleurs, il existe certes des mécanismes juridiques permettant d'assurer un certain degré d'homogénéité normative par l'intermédiaire de législations nationales cadres, par la réservation à l'État

central de secteurs de compétences régaliens ou transversaux. Mais ces techniques ne font que canaliser l'autonomie législative des régions. Finalement, « parce que la régionalisation politique correspond manifestement à une aspiration nouvelle et originale, il semble qu'à tout prendre, il faille établir une frontière entre l'État unitaire décentralisé et l'État régional ». Plus encore, l'État régional en s'écartant des catégories établies conduit à s'interroger sur la classification des formes d'État.

Document 6 : J. MADISON, *Le fédéraliste*, Classiques Garnier, 2012 [1787], Extrait.

Il apparaît, en premier lieu, que la Constitution doit être fondée sur l'assentiment et la ratification du peuple d'Amérique, donnés par des représentants élus à cet effet ; mais, d'autre part, que cet assentiment et cette ratification doivent être donnés par le peuple, non pas en tant qu'individus composant une nation entière, mais en tant qu'il compose les États distincts et indépendants auxquels il appartient respectivement. Il doit s'agir de l'assentiment et de la ratification des différents États, émanant de l'autorité suprême de chaque État, l'autorité du peuple lui-même. L'acte établissant la Constitution ne sera donc pas un acte NATIONAL, mais un acte FÉDÉRAL.

Le fait qu'il s'agit d'un acte fédéral et non d'un acte national – au sens où ces termes sont compris par nos opposants ; l'acte du peuple, comme formant autant d'États indépendants, et non comme formant une nation agrégée – est évident à partir de cette seule considération, qu'il ne doit résulter ni de la décision d'une MAJORITÉ du peuple de l'Union, ni de celle d'une MAJORITÉ d'États. Elle doit résulter de l'assentiment UNANIME des différents États, qui ne diffère de leur assentiment ordinaire qu'en ce qu'il est exprimé, non par l'autorité législative, mais par celle du peuple lui-même. Si le peuple était considéré dans cette transaction comme formant une seule nation, la volonté de la majorité de l'ensemble du peuple des Etats-Unis lierait la minorité, de la même manière que la majorité du peuple de chaque Etat doit lier la minorité ; et la volonté de la majorité devrait alors être déterminée soit en comparant les votes individuels, soit en prenant en compte la volonté de la majorité des Etats comme une preuve de la volonté de la majorité du peuple des Etats-Unis. Aucune de ces règles n'a été adoptée. Chaque État, en ratifiant la Constitution, est considéré comme un corps souverain, indépendant de tous les autres, qui n'est lié que par son propre acte de consentement. De ce point de vue, la nouvelle Constitution, si elle est établie, sera une Constitution FÉDÉRALE et non une Constitution NATIONALE.
Quant aux sources d'où proviendront les pouvoirs ordinaires du gouvernement, la Chambre des représentants tirera ses pouvoirs du peuple américain ; et le peuple sera représenté dans la même proportion et selon le même principe qu'il l'est par la législature de chaque État particulier. Jusqu'ici, le gouvernement est NATIONAL et non FÉDÉRAL. Le Sénat, quant à lui, tirera ses pouvoirs des Etats, en tant que sociétés politiques et égales, et ceux-ci seront représentés au Sénat sur le principe de l'égalité, comme ils le sont actuellement au sein du Congrès existant. Sur ce point, le gouvernement est FÉDÉRAL et non NATIONAL. Le pouvoir exécutif proviendra d'une source très complexe. L'élection immédiate du Président doit être faite par les États dans l'exercice de leurs prérogatives politiques. Les votes qui leur sont attribués selon une double proportion qui les considère en partie comme des sociétés distinctes et égales, en partie comme des membres inégaux d'une même société. L'élection finale, encore une fois, doit être faite par la branche de la législature qui se compose des représentants nationaux ; mais dans cet acte particulier, ils doivent être présents sous la forme de délégations individuelles, provenant d'autant de corps politiques distincts et égaux. De ce point de vue, le

gouvernement semble avoir un caractère mixte, présentant au moins autant de caractéristiques FÉDÉRALES que NATIONALES.

La différence entre un gouvernement fédéral et un gouvernement national, en ce qui concerne le FONCTIONNEMENT DU GOUVERNEMENT, est censée consister en ceci que, dans le premier cas, les pouvoirs s'exercent sur les corps politiques composant la Confédération, en leurs capacités politiques ; dans le second, sur les citoyens individuels composant la nation, en leurs capacités individuelles. Si l'on considère la Constitution selon ce critère, elle relève du caractère NATIONAL et non du caractère FÉDÉRAL, mais peut-être pas aussi complètement que certains l'ont compris. Dans plusieurs cas, et en particulier dans le jugement des controverses auxquelles les États peuvent être parties, ils doivent être considérés et jugés uniquement en leur qualité collective et politique. En ce sens, l'apparence nationale du gouvernement de ce côté-ci semble défigurée par quelques traits fédéraux. Mais ce défaut est peut-être inévitable; et il demeure que l'action du gouvernement sur le peuple, pris comme ensemble d'individus, dans ses procédures ordinaires et les plus essentielles, peut, dans l'ensemble, être désignée comme étant le propre d'un gouvernement NATIONAL.

Mais si le gouvernement est national en ce qui concerne le FONCTIONNEMENT de ses pouvoirs, il change à nouveau d'aspect lorsque nous l'envisageons en relation avec l'ÉTENDUE de ses pouvoirs. L'idée d'un gouvernement national implique non seulement une autorité sur les citoyens individuels, mais une suprématie indéfinie sur toutes les personnes et toutes les choses, dans la mesure où elles sont l'objet d'un gouvernement légal. Au sein d'un peuple consolidé en une seule nation, cette suprématie est entièrement dévolue à la législature nationale. Parmi les communautés unies à des fins particulières, elle est dévolue en partie à la législature générale et en partie aux législatures locales. Dans le premier cas, toutes les autorités locales sont subordonnées à l'autorité suprême et peuvent être contrôlées, dirigées ou abolies par elle à sa guise. Dans le second cas, les autorités locales forment des parties distinctes et indépendantes de la suprématie, pas davantage soumises, dans leurs sphères respectives, à l'autorité générale, que l'autorité générale n'est soumise à elles, dans sa propre sphère. Sous ce rapport, le gouvernement proposé [par la Constitution de 1787) ne peut donc être considéré comme NATIONAL, puisque sa compétence ne s'étend qu'à certains objets énumérés, et qu'il laisse aux divers États une souveraineté subsidiaire et inviolable sur tous les autres objets. (…)

Enfin, si nous examinons la Constitution en fonction de sa relation avec l'autorité qui peut procéder à sa révision, nous constatons qu'elle n'est ni entièrement NATIONALE, ni entièrement FÉDÉRALE. Si elle était entièrement nationale, l'autorité suprême et ultime résiderait dans la MAJORITÉ du peuple de l'Union ; et cette autorité serait compétente à tout moment, comme celle d'une majorité de toute société nationale, pour modifier ou abolir son gouvernement établi. S'il était entièrement fédéral, en revanche, l'accord de chaque État de l'Union serait essentiel pour toute modification qui serait contraignante pour tous. Le mode de révision prévu par le projet de Constitution n'est fondé sur aucun de ces principes. En exigeant plus qu'une majorité, et en particulier en calculant la proportion en fonction des ÉTATS et non des CITOYENS, il s'éloigne du caractère NATIONAL et se rapproche du caractère FÉDÉRAL ; en rendant suffisant l'assentiment d'un nombre d'États inférieur à la totalité, il perd à nouveau le caractère FÉDÉRAL et se rapproche du caractère NATIONAL.

La Constitution que nous vous proposons de ratifier n'est donc, à proprement parler, ni une Constitution nationale ni une Constitution fédérale, mais un mélange des deux. Dans ses fondements, elle est fédérale et non nationale ; dans les sources où sont puisés les pouvoirs ordinaires du gouvernement, elle est en partie fédérale et en partie nationale ; dans l'exercice de ces pouvoirs, elle est nationale et non fédérale ; dans l'étendue de ces pouvoirs, encore une

fois, elle est fédérale et non nationale ; et, enfin, dans le mode d'introduction des révisions constitutionnelles, elle n'est ni entièrement fédérale, ni entièrement nationale.

Document 7 : A. THEVAND, « La pérennité du fédéralisme », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2009, n°5, Extraits.

[…] L'attrait pour le fédéralisme s'explique par sa vocation à allier l'unité et la diversité. Le fédéralisme est un mode de séparation verticale des pouvoirs assez souple pour reconnaître les particularismes locaux, tout en étant assez solide pour garantir l'unité des diverses entités. Le fédéralisme organise un lien plus étroit entre les composantes de la fédération que la confédération dont les organes, sommaires, permettent de regrouper plusieurs États. Ces derniers conservant complètement leur souveraineté, leur autonomie est sauve, tandis que l'unité de l'ensemble n'est que relative et temporaire. Par ailleurs, la forme fédérale offre une autonomie plus forte que celle qui est accordée aux collectivités décentralisées d'un État unitaire. La décentralisation, organisation administrative, consiste à transférer à des collectivités infra- étatiques des compétences en principe réglementaires, sans leur permettre de prendre effectivement part à la formation de la volonté souveraine. En somme, le fédéralisme promet d'instaurer l'unité qui manque à une confédération et la diversité qui fait défaut dans un État décentralisé. Les lois du fédéralisme, dégagées par Georges Scelle au début du XXe siècle, ont pour objectif de concilier ce qui apparaît inconciliable. La superposition, l'autonomie et la participation se combinent pour parvenir à un système complexe, mais harmonieux. L'unité explique que le droit fédéral, élaboré avec la participation des entités fédérées, prime sur le droit de ces dernières, dont l'autonomie est, néanmoins, garantie par une répartition des compétences prévue par la Constitution fédérale, à la révision de laquelle elles sont nécessairement associées.

En pratique, les principes du fédéralisme sont apparus comme un moyen, pour des entités diverses, de s'associer en préservant leurs particularismes. En 1787, les États-Unis forment premier gouvernement fédéral moderne, créé à partir d'une alliance volontaire entre les anciennes colonies qui souhaitaient dépasser les limites de la confédération. Le fédéralisme devait préserver l'autonomie des membres qui partageaient toutefois un ensemble de valeurs. De même, en se rassemblant au sein de la Confédération suisse en 1848, les Cantons hétéroclites, mais liés par une histoire commune, ont voulu assurer leur défense et s'affirmer politiquement. Plus récemment, le fédéralisme a été perçu comme un moyen de gérer la diversité culturelle au sein d'un État unitaire. Dans ce cas, le fédéralisme résulte d'une dissociation des entités. Que le fédéralisme soit le fruit d'une association d'États ou d'une dissociation à partir d'un État unitaire, la pratique montre que l'équilibre entre l'unité et la diversité est fragile. Ainsi, comme l'explique Olivier Gohin, «l'État fédéral s'unitarise», tandis que « l'État unitaire se désagrège ». En d'autres termes, l'unité risque de nier la diversité et la diversité risque de détruire l'unité. Dans ces conditions, le fédéralisme conduit soit à une recentralisation comme aux États-Unis ou en Allemagne, soit à une dislocation comme celle qui guette la Belgique. Partant, en raison de ses buts, la fédération a tendance à se transformer en État fédéral, qui implique un lien de subordination des membres. La fédération a pour objectif l'unité et se fonde, ainsi, sur la garantie mutuelle qui l'autorise à intervenir dans les affaires des membres, réduisant d'autant leur autonomie. En outre, le fédéralisme ne peut apparemment survivre que si les membres présentent une certaine homogénéité politique et sociale. La fédération repose donc sur un paradoxe puisqu'elle admet le pluralisme, mais éclate si l'hétérogénéité est trop grande.

Le fédéralisme est un système qui, par nature, est « vivant ». Le pari de « l'unité pour la diversité » impose, effectivement, un ajustement constant des principes du fédéralisme et explique son caractère multiforme. Sans révéler une crise, cette dynamique est une condition du maintien du fédéralisme. […] En effet, le fédéralisme ne peut concilier durablement l'unité et la diversité que si les échelons locaux maîtrisent la mise en œuvre des principes du fédéralisme. De cette façon, les entités fédérées peuvent contrôler la structure fédérale afin qu'elle n'impose pas une uniformité, et témoignent aussi leur volonté de rester associées. Le fédéralisme est une solution pertinente pour maintenir agrégées des entités même très différentes, car il rend inséparables l'unité et la diversité. Les entités acceptent d'être réunies parce qu'elles trouvent dans cette alliance un moyen de protéger leur autonomie. Par conséquent, le fédéralisme garantit une unité encadrée par la diversité (I) et durable malgré la diversité (II).

I. — LE FÉDÉRALISME, OU LE DÉFI D'UNE UNITÉ ENCADRÉE PAR LA DIVERSITÉ

Un mouvement de recentralisation semble altérer le fédéralisme car, en pratique, l'unité contredit la diversité. Face à certaines situations, les entités fédérées ont besoin de l'intervention de la fédération, afin d'introduire une législation égale pour l'ensemble du territoire. Ce mouvement ne conduit toutefois pas à nier le système fédéral. En effet, avant que les membres perdent une telle part de leur autonomie qu'ils ne pourraient plus voir en la fédération un moyen de conserver leurs différences, ils auront tendance à freiner la domination de la fédération, grâce au principe de participation. De fait, les réformes institutionnelles sont fréquentes dans les fédérations. Loin de révéler une disparition de la logique fédérale, ces ajustements sont la condition de la survie du fédéralisme. Parfois, le fédéralisme se traduit effectivement par un centralisme qui impose une uniformisation. Ce constat n'est pas le résultat d'une évolution du fédéralisme. Dans cette hypothèse, les principes du fédéralisme sont utilisés dans un autre but que la conservation des particularismes. L'uniformité est donc contenue par les mécanismes du fédéralisme (A) à condition que ceux-ci soient utilisés pour reconnaître la diversité (B).

A. — L'uniformité contenue par les mécanismes du fédéralisme

Dans une fédération, la répartition des compétences doit être guidée par le principe de subsidiarité qui rend les entités fédérées prioritaires. La superstructure n'intervient que si les entités fédérées en ont besoin. De fait, la définition de compétences d'attribution pour la fédération est généralement retenue. Si les compétences externes relèvent logiquement de la fédération, et les compétences des entités fédérées doivent leur offrir une possibilité de s'organiser librement sur le plan politique et juridique, une incertitude existe sur l'échelon le plus à même de remplir certaines missions. En outre, des circonstances particulières peuvent conduire les membres de la fédération à solliciter une intervention plus grande de la structure fédérale. Par conséquent, la suprématie du droit fédéral tend parfois à l'emporter, mais de façon temporaire et mesurée. L'instabilité de la répartition des compétences entre la fédération et les entités fédérées est donc intrinsèque au fédéralisme. Le système perdure car les principes du fédéralisme, garantis par les institutions fédérales, jouent un rôle régulateur en offrant aux membres de la fédération la faculté de reprendre une part de leur autonomie lorsqu'ils le souhaitent.

Le fédéralisme, entendu comme favorisant la plus grande autonomie des entités fédérées, ne conduit parfois pas à des résultats satisfaisants. Il est des compétences si essentielles pour

l'unité qu'elles ne peuvent être abandonnées aux structures fédérées. La détermination de compétences qui reviennent nécessairement à la fédération varie selon les priorités des citoyens. Par exemple, le fédéralisme américain a retardé la fin de l'esclavagisme en laissant trop de liberté aux États pour régler la question. Il a fallu une intervention de l'Union pour que soient reconnus les droits des Noirs. Après la guerre civile (1860-1865) la suprématie de la constitution fédérale a ainsi été affirmée en matière de droits politiques et civils des individus. La protection des droits et libertés fondamentaux, qui constitue un élément de l'identité d'un État, peut opportunément relever de la compétence fédérale. En la matière, il importe qu'il existe une uniformité qui ne contredit pas l'autonomie des entités fédérées, mais affirme au contraire l'unité de la fédération. Dans ce but, le pouvoir de révision de leur constitution par les entités fédérées peut être limité. De même, dans les années 1960 aux États-Unis, il est apparu indispensable que soient définis des programmes fédéraux en matière sociale, culturelle et pour l'éducation.

Par ailleurs, les crises économiques et les guerres peuvent justifier temporairement l'intervention fédérale. Ainsi, aux États-Unis, la mise en place du New Deal dans les années 1930 a marqué une recentralisation, nécessaire pour affronter la récession. De même, en Allemagne, la réunification a imposé des transferts financiers aux Länder les plus pauvres. Cette prépondérance de la fédération a vocation à demeurer provisoire. Par exemple, l'inégalité financière des membres de la fédération est parfois comblée avec l'aide de la fédération dont les ressources peuvent augmenter, afin d'engager des dépenses dans des domaines relevant de la compétence des entités fédérées. Pour défendre leur autonomie, ces dernières sont incitées à trouver des façons de contourner l'intervention de la fédération. Ainsi, les échelons fédérés peuvent choisir un système de péréquation horizontale plutôt que verticale pour collecter des moyens et les redistribuer sans l'intervention de la superstructure. Plus largement, des mécanismes de coopération entre entités fédérées se sont développés. En Allemagne, les gouvernements des Länder se réunissent fréquemment dans des Commissions de coordination. De même, en Suisse, il existe de nombreuses structures pour que les Cantons coopèrent. La doctrine parle à ce sujet d'un fédéralisme « coopératif ». Dénoncée parfois comme étant une preuve de la fin du fédéralisme, cette évolution « obligée » dans l'exercice des compétences au sein du système fédéral est le résultat d'une application des principes du fédéralisme. En effet, ce phénomène est issu de la participation des entités fédérées qui ont ainsi pu garder leur autonomie. Les institutions du système fédéral jouent donc un rôle essentiel pour maintenir l'autonomie des entités fédérées.

Les atteintes à l'autonomie des entités fédérées, qui résultent de révisions constitutionnelles, imposent leur accord, conformément au principe de participation. L'intervention de la fédération, temporairement, peut avoir des résultats positifs. Lorsque les entités fédérées se réapproprient ensuite les compétences, il est probable qu'elles soient en mesure de les exercer plus convenablement. Par exemple, aujourd'hui, les États américains prennent des initiatives pour protéger les droits fondamentaux. La complémentarité entre la fédération et ses membres s'illustre ainsi. Le mécanisme de distribution des compétences prévu par la Constitution fédérale peut toutefois favoriser la supériorité de la superstructure. Une répartition exclusive des compétences est susceptible de protéger l'égalité des entités fédérées et de la fédération, mais des correctifs, telles des compétences concurrentes, réduisent souvent l'autonomie locale. Cependant, l'imbrication des compétences et l'exercice de compétences locales par la fédération ne mettent pas en danger le fédéralisme, dès lors que les institutions jouent leur rôle régulateur.

Les chambres représentant les entités fédérées permettent aux deux niveaux de coopérer. En Allemagne, le Bundesrat, dont les membres ont un mandat impératif et un pouvoir étendu,

représente effectivement les Länder. Aux États-Unis et en Suisse, le bicamérisme égalitaire donne au Sénat et au Conseil des États la faculté de participer aux lois fédérales de la même manière que la Chambre des représentants et le Conseil national. Si cette effectivité n'est pas la même dans tous les États fédéraux, la participation à l'exécution des lois fédérales est un moyen, pour les entités fédérées, de protéger leur autonomie. En outre, les Cours constitutionnelles, gardiennes du fédéralisme, sont des institutions essentielles pour maintenir l'équilibre de la répartition des compétences. Leur jurisprudence peut protéger l'autonomie des entités fédérées ou au contraire l'amenuiser. Ainsi, malgré l'égalité des Länder allemands, la tendance est à la recentralisation en raison des nombreuses compétences concurrentes. Jusqu'en 2004, peu d'obstacles entravaient l'emprise de la fédération. Depuis lors, la Cour de Karlsruhe défend les compétences des Länder. De même, la Cour suprême des États-Unis a depuis longtemps développé une jurisprudence défavorable aux États fédérés, beaucoup dénoncée. En particulier, la théorie des pouvoirs implicites, inaugurée sur le fondement du 10e amendement, consiste à reconnaître la compétence de la fédération pour toutes les activités liées aux buts pour lesquels elle a été explicitement créée. Depuis les années quatre-vingt- dix, un rééquilibrage est désormais visible dans la jurisprudence.

Si les mécanismes du fédéralisme jouent effectivement leur rôle, la structure fédérale ne devrait pas pouvoir dominer les entités fédérées au point de les priver de toute autonomie réelle. L'ajustement des compétences entre les deux niveaux du pouvoir dans la fédération fait de la superstructure la gardienne de la diversité des membres en intervenant lorsque l'unité est menacée. Ainsi, la prépondérance de la fédération dans certains systèmes fédéraux ne résulte pas d'une évolution du fédéralisme. Dans ces hypothèses, le fédéralisme a pour but exclusif d'affirmer l'unité de la fédération en niant la diversité des composantes.

B. — La recherche de la diversité, condition du maintien du fédéralisme

L'histoire du fédéralisme américain renseigne sur la philosophie qui a sous-tendu la mise en place de ce modèle. Sortis de la colonisation, les États ont pensé la fédération comme une garantie de la liberté individuelle contre l'État central dont le rôle se limite à « réguler » la société. Il appartient à l'État d'assurer une séparation des pouvoirs aussi bien horizontalement que verticalement, en instituant de multiples contre-pouvoirs, afin d'éviter qu'un groupe ne devienne majoritaire et donc tyrannique. Ainsi, la fédération et les États fédérés se trouvent à égalité. Pour certains auteurs, l'égalité est d'ailleurs un critère du fédéralisme, l'opposant à la décentralisation. En vertu de l'égalité, les entités fédérées doivent pouvoir adopter des règles de même force que le centre. Le modèle américain du fédéralisme admet nécessairement une souveraineté partagée entre la superstructure et les membres. Dans ces conditions, la « loyauté » des entités fédérées à l'égard de la superstructure n'est pas imposée ; elle est « la conséquence naturelle de la conscience que tous les citoyens contribuent au fait social global à divers niveaux » sans que l'un ne prenne le dessus. La devise des États-Unis, « e pluribus unum », résume l'unité résultant de cette loyauté volontaire des divers États. Parfois, les principes du fédéralisme ne permettent pas d'éviter l'hégémonie de la fédération, car l'unité est imposée par le pouvoir central qui n'a pas pour but de préserver les spécificités locales. Par conséquent, la suprématie du droit fédéral n'est pas contrôlée par les entités fédérées. La fédération dirige les structures locales dont l'autonomie n'est pas protégée. Lorsque la superstructure contraint les entités à s'agréger, un rapport hiérarchique s'établit entre les deux niveaux et le fédéralisme n'est qu'une façade qui masque un régime peu démocratique.

L'exemple type d'un fédéralisme seulement théorique se trouve en Russie. Cet État se caractérise par une pluralité d'ethnies que le fédéralisme pourrait réunir en préservant

l'autonomie. Pourtant, le pouvoir central se sert du fédéralisme pour endiguer les particularismes et non pour en permettre l'expression. Par conséquent, l'autoritarisme de la fédération accroît les revendications ethniques. L'article 1er de la Constitution proclame le caractère démocratique et fédéral de la Russie. Cependant, la centralisation poussée du fédéralisme russe ne garantit aucune réelle autonomie des Sujets dont la participation à la souveraineté de la fédération est limitée. Par exemple, le Conseil de la fédération n'a qu'un pouvoir restreint pour la révision de la Constitution. Les articles 134 et 135 de la Constitution autorisent les Sujets à prendre part aux modifications de la Constitution. Néanmoins, trois cinquièmes des voix des deux Chambres sont nécessaires pour provoquer la révision des chapitres 1, 2 et 9 de la Constitution. Ainsi, le Conseil de la fédération ne peut provoquer seul une telle révision. Le fondement même du fédéralisme se trouve donc atteint. Les Sujets ressemblent davantage à des autorités administratives décentralisées. De plus, depuis 2000, le Conseil de la Fédération comprend deux représentants de chaque Sujet. Les Gouverneurs, qui représentaient les régions, ont donc été exclus. Par ailleurs, depuis 2004, le Gouverneur peut être destitué par le Président de la fédération.

La même centralisation est visible en Inde. Dans cet État multiculturel a été mis en place un système fédéral par la Constitution de 1950. Dès l'origine, la volonté de garder une unité a justifié l'attribution de forts pouvoirs au centre. La Chambre des États dispose de prérogatives limitées. Elle n'a pas de compétences budgétaires et ne peut renvoyer le gouvernement. En outre, la fédération intervient fréquemment dans le champ de compétence des entités fédérées. Toutefois, progressivement, les entités fédérées acquièrent plus d'autonomie. Une évolution vers un régime démocratique est en marche. La forme fédérale peut au demeurant soutenir une démocratisation naissante. Ainsi, au Mexique, les trente-deux entités sont soumises au centre, mais les partis politiques commencent à se multiplier. Les mécanismes du fédéralisme peuvent

alors servir d'appui au peuple qui voudrait instaurer des contrepouvoirs. En outre, le fédéralisme est apte à offrir une stabilité à une démocratie en voie de consolidation. Par exemple, en Allemagne, après le régime nazi, le fédéralisme a permis d'écarter toute possibilité d'une domination du pouvoir étatique. Le fédéralisme « invite véritablement au débat démocratique... et offre des structures institutionnelles nécessaires à cette fin ».

Les mécanismes du fédéralisme sont de nature à empêcher une dérive vers une centralisation niant l'autonomie locale, dès lors que les entités fédérées sont en mesure de contrôler la répartition des compétences. Un fédéralisme imposé par le pouvoir central a toutes les chances de vouloir limiter l'autonomie des membres de la fédération. Partant de ce constat, il est possible de déduire que le modèle fédéral est parfaitement adapté pour garantir la pérennité de l'Union

européenne. Les États membres sont à l'origine de la création de l'Union. Si la construction européenne a d'abord été limitée à une dimension économique, ses fondateurs ont toujours eu un dessein plus politique. Cette unité se réalise très progressivement, en particulier parce que les États défendent leur souveraineté, marque de leur autonomie. Certes, il n'existe pas véritablement de demos qui exige plus qu'une simple agrégation de peuples. Cependant, les États membres sont attachés à la nationalité de leur État tout en se sentant unis au sein de l'Union. Les auteurs reconnaissent l'existence d'un ordre public communautaire devant lequel s'efface l'identité nationale. Le fait que les États défendent leur souveraineté évite tout risque de centralisme et de négation de la diversité. L'Union n'est pas unanimement reconnue comme une fédération sans doute car elle est trop comparée à un État auquel elle ne ressemble pas. Or, Olivier Beaud insiste sur la nécessité de ne pas se référer à la théorie de l'État pour analyser

une fédération. Il n'en demeure pas moins que l'Union européenne utilise les mécanismes du fédéralisme. L'attachement des membres à une structure supranationale doit être assez fort pour permettre en tout état de cause une unité de la fédération. Cependant, la grande hétérogénéité des États européens laisse encore douter de l'évolution vers un fédéralisme durable.

Les principes du fédéralisme font que l'unité de la fédération sert l'autonomie des entités fédérées qui ont décidé de s'associer volontairement. Si le fédéralisme exclut une domination de la fédération, l'expression des différentes composantes au niveau fédéral conduit à une cohérence globale du système. Par conséquent, le fédéralisme est un moyen de faire coexister, au sein d'une même structure politique, des entités même très diverses, sans risque d'éclatement.

DROIT CONSTITUTIONNEL

Année universitaire 2026-2027
1ère année – Semestre 1

Cours de Monsieur GAYE-PALETTES

Travaux dirigés : Matthieu BALOURDET, Maéva BOYER, Corentin CAZIER, Mickaël CIRON, Ahmadou HISSEINE.

SÉANCE N°4

La Constitution

Documents :

- Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, 1789, art. 16.
- O. BEAUD, « Constitution et constitutionnalisme », *in* P. RAYNAUD & S. RIAL (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, PUF, 1992, Extrait.
- M. TROPER, « Le concept de constitutionnalisme et la théorie moderne du droit, *in* M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, 1994, Extrait.
- G. BURDEAU, « La Constitution comme statut du pouvoir », in G. BURDEAU, *Traité de science politique*, 3ème éd., LGDJ, t. IV,1984, Extrait.
- B. MATHIEU, « Qu'est-ce que la constitution ? », *in La constitution en 20 questions*, 2008, Extrait.
- D. ROUSSEAU, « Le constitutionnalisme social, une pensée constitutionnelle de la société », *Questions constitutionnelles*, 2025, Extrait.

Définitions importantes :

- Constitution :
  - Ecrite/coutumière :
  - Matérielle/Formelle :
- Constitutionnalisme :
- Bloc de constitutionnalité :

Exercice :

Vous disserterez sur le sujet suivant :

« La constitution vise elle à protéger les libertés ? »

Document 1 : Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, 1789, Art. 16.

Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.

Document 2 : O. BEAUD, « Constitution et constitutionnalisme », *in* P. RAYNAUD & S. RIAL (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, PUF, 1992, Extrait.

À l'origine, le terme de constitution, qui vient du latin *constitutio*, renvoie aussi bien à la médecine (où il décrit l'idée d'état, d'ordre ou d'organisation d'un tout) qu'au droit où il désigne à la fois un ensemble de textes pontificaux ou monastiques et une sorte d'acte authentique. De même, il peut renvoyer à la fois tant au corps d'un individu ('la constitution humaine') qu'à un corps social ou abstrait. La riche polysémie du terme lui a permis un usage très extensif. Quant au concept de constitution, il est traversé par une opposition radicale entre deux conceptions qu'on appellera respectivement institutionnelle (Bobbio) et normative.

Selon la conception institutionnelle ou 'organique', la constitution est 'l'ordre' politique ou le 'principe premier de l'unité politique ou de l'ordre politique' (Fioravanti). En tant qu'organisation, elle règle l'action et la vie de l'Etat tout comme la constitution règle la vie et le mouvement du corps physique. D'où il résulte que tout Etat a une constitution, 'car tout ce qui existe a une manière d'existence, bonne ou mauvaise, conforme ou non à la raison' (P. Rossi). Très souvent, cette conception de la constitution est attachée à une pensée politique antilibérale car cette primauté de l'ordre politique – du Tout – suppose d'admettre une (ou des) autorité(s) capable(s) de créer et de maintenir un tel ordre. La constitution est alors ce qui permet de conserver l'unité d'un peuple face aux forces centrifuges (internes à l'Etat ou externes) qui la menacent de manière permanente […]. En revanche, la conception normative perçoit la constitution comme une loi fondamentale, c'est-à-dire comme une norme juridique suprême. Elle correspond au courant de la pensée politique qui, remontant à Locke et passant par Constant jusqu'à Rawls, envisage la constitution comme une technique de limitation du pouvoir destinée à garantir la liberté de l'individu.

Le concept de constitutionnalisme n'est pas moins plurivoque que celui de constitution. Dans son acception la plus large (lato sensu), il décrit la 'technique consistant à établir et à maintenir des freins effectifs à l'action politique et étatique' (C. J. Friedrich). Ainsi défini, le constitutionnalisme condenserait deux idées essentielles et anciennes de la philosophie politique : d'abord, la promotion d'un gouvernement limité, et, ensuite, le gouvernement de la loi qui se serait substitué au gouvernement des hommes. Ainsi permettrait-il de rendre compte de la limitation tant du pouvoir de la Cité ('constitutionnalisme ancien') que du pouvoir de la royauté par un droit coutumier ('constitutionnalisme médiéval'). En revanche, dans son acception plus restreinte (stricto sensu), le constitutionnalisme désigne certes l'idée de limitation du pouvoir politique, mais ce pouvoir politique est uniquement l'Etat moderne. Le

constitutionnalisme fait en effet partie intégrante de la philosophie de la démocratie libérale qui présuppose une distinction entre la sphère privée ou sociale et la sphère publique et politique, c'est-à-dire entre l'Etat et la société civile, distinction inconnue des anciens modes de pensée constitutionnalistes ».

Seule sera ici retenue l'acception stricto sensu de constitutionnalisme parce que le constitutionnalisme ancien ou médiéval est devenu obsolète depuis la naissance de la souveraineté et de l'Etat moderne. Le constitutionnalisme postule l'existence d'un ensemble de règles intangibles formant ce qu'on appelle la 'constitution'. Mais, contrairement à ce qu'affirme Mac Ilwain, l'apparition de l'Etat moderne (qui est souverain) a totalement déclassé le constitutionnalisme médiéval dans la mesure où la souveraineté met à la disposition du Souverain le droit non étatique – le droit coutumier par exemple. En d'autres termes, l'Etat souverain peut modifier tout le droit positif (donc les règles coutumières formant la 'constitution') au gré de sa volonté, de la raison politique. Ce constat n'invalide cependant pas l'idée d'un constitutionnalisme moderne pour la simple raison que celui-ci se développera à l'intérieur de l'Etat, par une sorte de processus d'involution. La souveraineté de l'Etat est donc impliquée dans le concept de constitutionnalisme moderne. Ce dernier vise à limiter cette puissance de l'Etat au moyen de règles 'intangibles' appelées constitutionnelles et qui sont hors de portée des gouvernants. Plus précisément, la naissance de la constitution moderne témoigne de l'effort visant à soustraire une partie du droit positif à la volonté des gouvernants en faveur de la défense des droits des citoyens. Le constitutionnalisme est inséparable de l'idée du trust – propre à Locke, son premier théoricien – selon laquelle le peuple (la community), devenu souverain, investit des gouvernants de la confiance et les contrôle afin que les droits des citoyens soient respectés. Ainsi, inscrits dans la relation entre droits de l'homme et souveraineté du peuple, le constitutionnalisme obéit au programme lockien : 'le peuple a […] proclamé les limites de la 'prérogative' royale dans des domaines où cela lui a semblé nécessaire' (Second traité, § 162). Historiquement, son triomphe signifie d'abord et avant tout le recul de la 'prérogative' royale, c'est-à-dire du pouvoir absolu du monarque. On peut donc dire que, depuis Locke, l'opposition cardinale en matière politique passe entre le pouvoir absolu, qualifié d'arbitraire, et le pouvoir limité, qualifié de constitutionnel. Dans un Etat constitutionnel, les gouvernants sont liés par le droit qui les protège contre les abus du pouvoir. Le constitutionnalisme peut s'accommoder de la monarchie et donner naissance à ce qu'on a appelé la 'monarchie limitée' (S. Rials) dans le cas français et qu'on appelle généralement 'monarchie constitutionnelle'. La question de la forme du gouvernement (monarchique ou démocratique) est donc reléguée au second plan par les principes et techniques du constitutionnalisme.

Toutefois, si le constitutionnalisme procède indubitablement de la philosophie politique libérale, sa spécificité provient du fait que la limitation du pouvoir politique qu'il poursuit est réalisée au moyen du droit, au moyen de la constitution conçue comme juridique. De ce point de vue, il se distingue autant du constitutionnalisme grec (constitution-ordre) que du constitutionnalisme médiéval (constitution coutumière). Comme le droit moderne lui-même tend vers la norme juridique, le constitutionnalisme moderne tend lui aussi vers la constitution-norme, ainsi que l'indiquent les définitions courantes de la constitution. Celle-ci, prise dans son acception usuelle (c'est-à-dire normative) 'se caractérise par la prétention à régir de manière globale et unique, par une loi supérieure à toutes les autres normes, le pouvoir politique dans sa formation et ses modes d'exercice (D. Grimm). De cette définition découlent quatre grandes caractéristiques de la constitution-norme.

Selon la première, elle règle et organise la dévolution et le fonctionnement des pouvoirs publics de l'Etat. Elle habilite les gouvernants à agir en fixant et donc en délimitant leurs pouvoirs qui deviennent des compétences. Juridiquement, elle est davantage un acte d'habilitation qu'un commandement. Le second trait de la constitution est de protéger les droits de l'individu contre les abus potentiels du pouvoir. Telle est sa première dimension spécifiquement libérale en ce qu'elle relie la problématique des droits naturels de l'homme avec l'idée de limitation du pouvoir des gouvernants. Selon sa troisième caractéristique, la constitution vise à limiter l'exercice du pouvoir et garantit cette limitation en organisant une séparation des pouvoirs, c'est-à-dire une division des fonctions exercées par les pouvoirs actifs de l'Etat. On sait que l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 résume ces deux derniers traits en énonçant que 'toute société, dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution'. Enfin, la dernière marque de la constitution moderne est d'être, formellement, une loi suprême, supérieure aux autres normes juridiques, condensée dans un seul document. Sauf dans certains pays, notamment le Royaume-Uni et Israël, la constitution est une loi écrite, une sorte de code constitutionnel (G. Stourzh) ».

Document 3 : M. TROPER, « Le concept de constitutionnalisme et la théorie moderne du droit », *in* M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, PUF, 1994, Extrait.

On se propose d'examiner ici le rapport entre le concept de constitutionnalisme et la théorie moderne du droit, c'est-à-dire la fonction que ce concept remplit en fait ou qu'il pourrait remplir dans la théorie moderne du droit.

Pour de multiples raisons, on pourrait penser qu'il n'en remplit et n'en peut remplir aucune. Si en effet, l'on entend par théorie moderne du droit, comme il est commode de le faire pour les nécessités de cette étude, des travaux d'inspiration positiviste – qu'ils portent sur la théorie générale du droit ou le droit constitutionnel – le terme même de « constitutionnalisme » n'y est guère employé, comme on peut le constater par une simple consultation des index analytiques. On peut être tenté de penser que cette absence résulte simplement d'une incompatibilité entre le constitutionnalisme et les courants dominants de la théorie du droit contemporaine, au moins en Europe.

Par « constitutionnalisme » on entend, semble-t-il, en général plusieurs idées distinctes, qu'il est possible de regrouper de la façon suivante :

- le constitutionnalisme *lato sensu* est l'idée, très répandue à partir du xviii^{e} siècle, que, dans tout Etat, il faut une constitution, de manière à empêcher le despotisme ;
- le constitutionnalisme *stricto sensu* est l'idée que non seulement une constitution est nécessaire, mais que cette constitution doit être fondée sur quelques principes propres à produire certains effets : l'impossibilité du despotisme ou, ce qui ne revient pas tout à fait au même, la liberté politique. Le contenu de cette idéologie est variable. Les principes dont elle préconise l'application peuvent être la séparation des pouvoirs, la distinction du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués, le gouvernement représentatif, l'institution d'un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois

ou seulement certains d'entre eux. Par extension, on appelle « constitutionnalisme » non pas l'idéologie, mais les principes eux-mêmes ;
- le constitutionnalisme *strictissimo sensu* est l'idée selon laquelle le résultat souhaité (impossibilité du despotisme ou liberté politique) ne peut être atteint que si au nombre des principes sur lesquels est fondée la constitution figure le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois.

En tout état de cause, il s'agit d'une théorie prescriptive ou d'une idéologie.

Il est certain que si le constitutionnalisme *lato sensu* fait partie du fonds commun de la culture politique européenne depuis le xviii^{e} siècle, le constitutionnalisme *stricto* ou *strictissimo sensu* n'a pas trouvé en Europe un terrain favorable. Il y a à cela au moins deux raisons, qui ne sont d'ailleurs pas entièrement indépendantes :

La première, comme l'a parfaitement montré le professeur Matteucci, est le rôle joué dans la doctrine politique européenne, plus préoccupée de donner au pouvoir une légitimité que des limites, par la théorie de la souveraineté, largement absente de la doctrine américaine. C'est au nom de la souveraineté qu'a été par exemple critiquée en Europe la doctrine de la séparation des pouvoirs, accusée de vouloir diviser ce qui est indivisible ou celle du contrôle de constitutionnalité des lois, jugée peu compatible avec l'idée de la loi, expression de la volonté générale, c'est-à-dire expression de la volonté du souverain.

La seconde est la domination en Europe du positivisme juridique.

Document 4 : G. BURDEAU, « La Constitution comme statut du pouvoir », in G. BURDEAU, *Traité de science politique*, 3ème éd., LGDJ, t. IV,1984, Extrait.

Double fonction de la constitution : statut de l'institution, statut des gouvernants. – Depuis que la pratique s'est établie de rédiger les constitutions, leur raison d'être n'échappe à personne. Ce sont elles qui édictent les règles d'après lesquelles l'autorité publique s'impose, se transmet et s'exerce. L'importance politique qu'on leur accorde vient de ce que l'on comprend que la forme du gouvernement et l'action que l'opinion peut exercer sur lui dépendent de ses dispositions. Il est toutefois insuffisant de voir dans la constitution le statut de la fonction gouvernementale. Ce caractère, en quelque sorte intangible, ne doit pas cacher sa signification profonde, qui fait d'elle le statut, non seulement des gouvernants, mais du Pouvoir lui-même.

En effet, le Pouvoir ne peut pas être défini par les gouvernants, puisque, dans le régime étatique, ils ne font que mettre en oeuvre une puissance qui les dépasse. Ce n'est pas en eux que le Pouvoir trouve son origine et ce n'est pas en eux non plus que dépendent ses fins. Dire par qui et comment sera exercé le Pouvoir, c'est bien, mais encore faut-il savoir de quel Pouvoir il s'agit. Déterminer dans quelles conditions les décisions et les commandements devront être tenus pour réguliers c'est nécessaire sans doute à l'ordre public, mais il importe au moins autant de déterminer quelle pourra être la substance des ordres. Ces questions, c'est dans la constitution quelles trouvent leurs solutions. Et c'est pourquoi il importe de voir en elle, en même temps que le statut formel de l'autorité gouvernementale, le statut fondamental de l'institution étatique elle-même. L'État c'est un Pouvoir au service d'une idée. La constitution, fondement juridique de l'État, ne se désintéresse ni de l'un ni de l'autre.

Document 5 : B. MATHIEU, « Qu'est-ce que la constitution ? », *in La constitution en 20 questions*, 2008, Extrait.

La Constitution, règle de droit suprême

La Constitution est un acte de souveraineté. C'est au sein d'un État démocratique la règle qu'un peuple se donne à lui même.

La Constitution est formellement une norme juridique supérieure à l'ensemble des autres normes juridiques produites et applicables dans l'ordre juridique national. Cette suprématie est en général assurée par des mécanismes de contrôle de constitutionnalité assurés soit par les juges ordinaires, soit par un juge spécialisé, en France le Conseil constitutionnel. La Constitution est élaborée selon une procédure spéciale faisant intervenir directement le Peuple, ou adoptée par ses représentants, le plus souvent selon une procédure particulière (par exemple en France, sous la Ve République un vote par le Congrès, c'est à dire l'Assemblée nationale et le Sénat réunis, à la majorité des trois cinquièmes).

Sur le plan substantiel, une Constitution contient deux types de règles. D'une part des règles relatives au fonctionnement des institutions, d'autre part des règles relatives aux droits garantis aux individus. Cette conception de la Constitution est inscrite dans l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen selon lequel : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminées, n'a point de Constitution ». S'agissant des aspects institutionnels, la Constitution détermine la nature de l'État (par exemple État unitaire ou fédéral), le régime politique (par exemple régime parlementaire ou présidentiel), la nature des pouvoirs (par exemple existence, ou non, d'un pouvoir juridictionnel), la désignation des gouvernants (par exemple élection du chef de l'État) et la définition de leurs compétences (par exemple répartition des compétences entre le législateur et le gouvernement). Par ailleurs, la Constitution exprime un certain nombre de valeurs (par exemple l'égalité ontologique entre les hommes), pose un certain nombre de principes (par exemple la souveraineté nationale) et décline un certain nombre de droits (par exemple la liberté d'expression).

Historiquement la notion de Constitution est liée à l'État. Mais le développement d'ordres juridiques non étatiques comme l'Union européenne a conduit à s'interroger sur la question de savoir si de tels ordres pouvaient être dotés d'une Constitution.

La Constitution française, un texte composite

La Constitution française actuellement en vigueur est celle de la Ve République. Elle a été approuvée par le référendum du 28 septembre 1958 et porte la date de sa promulgation par le Président de la République : le 4 octobre 1958. Elle a fait depuis lors l'objet de maintes révisions partielles. La plus importante est celle opérée par la loi constitutionnelle du 6 novembre 1962. Cette révision instaure l'élection du Président de la République au suffrage universel direct. Les effets de cette réforme ont été renforcés par l'adoption en 2000 du quinquennat présidentiel qui s'est substitué au septennat. D'autres révisions ont eu pour objet d'adapter la Constitution à la construction européenne et de prendre acte du transfert à l'Union européenne de compétences relevant de l'exercice de la souveraineté nationale. Enfin, en 2008, une réforme d'une grande ampleur a eu pour objet de rééquilibrer le fonctionnement des institutions en faveur du Parlement et de renforcer la protection des droits des citoyens.

La Constitution de la Ve République est constituée non seulement des articles numérotés qu'elle contient, mais aussi d'un certain nombre de dispositions auxquelles elle renvoie. Ces textes concernent essentiellement les droits et libertés fondamentaux. Il en est ainsi de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, du Préambule de la Constitution de 1946, qui renvoie aux principes de 1789 et énonce de nouveaux « principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps » et de la Charte de l'environnement de 2004. Par un effet de « poupées gigognes », le Préambule de 1946 renvoie lui-même aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, c'est à dire des principes fixés par des grandes lois de la République, notamment de la III° République. C'est ainsi l'ensemble du patrimoine républicain relatif à la protection des droits et libertés qui est intégré dans la Constitution ; mais aussi des droits, et devoirs, qui concernent des questions nouvelles et considérées comme essentielles, comme la protection de l'environnement.

Ainsi l'ensemble des règles de nature et de niveau constitutionnels qui composent la Constitution, au sens plein du terme, est formé de parties datant de périodes différentes. Il s'ensuit que certaines contradictions peuvent apparaître entre elles, notamment par exemple entre les principes de 1789 inspirés par l'individualisme libéral et ceux de 1946 marqués par une empreinte sociale. La solution de ces difficultés renvoie au problème général de l'interprétation de la Constitution dont on dira plus loin quelques mots.

Constitution, lois organiques, lois ordinaires

Certaines questions intéressant l'organisation de l'État et l'exercice du pouvoir ne sont pas traitées par la Constitution qui les renvoie à la loi.

Dans certains cas (statut de la magistrature par exemple), le Parlement doit alors voter des lois organiques selon une procédure plus difficile que celle des lois ordinaires. Les lois organiques ont une valeur supérieure à celle des lois ordinaires mais inférieure à celle de la Constitution.

Dans d'autres cas, la Constitution renvoie à la simple loi « ordinaire ». Par exemple le mode de scrutin pour l'élection des députés est fixé par une loi ordinaire malgré l'importance politique considérable qui s'attache au choix entre scrutin majoritaire et scrutin proportionnel.

Constitution, droit international et droit européen

L'une des questions majeures auxquelles est confronté l'ordre juridique constitutionnel national concerne ses rapports avec les ordres juridiques internationaux (Nations unies, Conseil de l'Europe...) et communautaire (Union européenne). Dans l'ordre juridique national, les normes constitutionnelles prévalent sur les normes internationales et européennes, mais la reconnaissance constitutionnelle spécifique de l'appartenance de la France à l'Union européenne conduit à reconnaître une prévalence à certaines normes communautaires, sous réserve du respect des règles et principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France (décision 2006-540 DC).

La constitutionnalisation du droit français

La tradition française antérieure à 1958 donnait à la Constitution une portée plus politique que juridique. Le droit constitutionnel traitait du pouvoir politique ; il n'était pas porteur de principes fondamentaux effectivement valables hors du droit public.

Cette situation a profondément changé. Non seulement la Constitution est directement présente et agissante dans les domaines du droit public (droit administratif, droit fiscal notamment) mais elle intervient en droit pénal et en droit privé. Beaucoup de décisions du Conseil constitutionnel ont pour objet de contrôler la constitutionnalité de lois concernant les personnes privées en matière civile, commerciale, sociale, etc.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel

Cette constitutionnalisation tient essentiellement à la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Cet organe a pour mission de vérifier que la loi respecte la volonté du Constituant, expression directe et initiale de la souveraineté démocratique. Ainsi, comme l'a affirmé le Conseil constitutionnel (décision 85-197 DC): « la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution ». Ce contrôle porte sur le respect de l'ensemble des exigences constitutionnelles, par exemple aussi bien celles relatives à la procédure législative que celles relatives à la liberté contractuelle ou au droit de grève.

Le juge interprète alors la Constitution, le cas échéant à la lumière du droit comparé et du droit international. Il est souvent amené à opérer un contrôle de la conciliation opérée par le législateur entre des principes potentiellement contradictoires dans leur application (par exemple la liberté d'information des journalistes et le respect de la vie privée) en utilisant le principe de proportionnalité. Mais le juge constitutionnel ne crée pas à proprement parler de normes constitutionnelles. Au demeurant, il ne peut contrôler ni les lois constitutionnelles, ni les lois référendaires, expression directe de la souveraineté nationale, car censeur de la loi, il est serviteur de la Constitution. L'ensemble de la jurisprudence du Conseil constitutionnel est inséparable du texte constitutionnel qu'elle applique et dont elle enrichit l'interprétation.

Présence et avenir de la Constitution

La constitutionnalisation de l'ensemble des branches du droit et « l'appropriation » par les citoyens des droits que leur reconnaît la Constitution devraient connaître un grand développement du fait de l'instauration, en 2008, d'une exception d'inconstitutionnalité qui permet à tout justiciable de soulever devant un juge, à l'occasion d'un litige, l'inconstitutionnalité de la loi qui lui est appliquée, à charge pour le juge, de saisir de cette question le Conseil d'État et la Cour de cassation qui, s'ils l'estiment fondée, la soumettront au Conseil constitutionnel qui pourra le cas échéant abroger la disposition législative contestée.

Sur le plan institutionnel, la Constitution de 1958 qui a fait preuve de sa solidité et de son efficacité, dans le cadre de configurations politiques variées, a été modernisée et rééquilibrée par la réforme de 2008, ce qui est peut être un gage de sa pérennité.

Comme l'écrivait ici, en 1998, Georges Vedel : « Peut-être ce que la Constitution de 1958 a apporté de plus neuf et de plus assuré pour l'avenir, c'est cette " présence " (...). La Constitution n'est plus alternativement, comme très souvent dans le passé, un majestueux document philosophique ou un code de la route parlementaire, dans les deux cas étranger au citoyen et à sa vie personnelle et quotidienne. Elle est descendue parmi les hommes. »

Document 6 : D. ROUSSEAU, « Le constitutionnalisme social, une pensée constitutionnelle de la société », *Questions constitutionnelles*, 2025, Extrait.

Depuis plusieurs années, les constitutionnalistes de tous les pays s'interrogent sur leur discipline, sur son objet, sur ses méthodes, sur ses concepts, sur ses relations avec les autres disciplines et parfois même sur la pertinence du savoir constitutionnel pour dire ce qu'il en est de ce qui est. Les constitutionnalistes ont déjà connu de telles interrogations. Par exemple sur l'importance respective du principe de la séparation des pouvoirs et du principe de la garantie des droits. À l'origine du constitutionnalisme, c'est-à-dire au XVIIIe siècle, la séparation des pouvoirs est le principe qui domine et donne son sens à la notion de constitution : une constitution, c'est la détermination de la séparation des pouvoirs. Sans doute, la garantie des droits et libertés des citoyens, n'est pas oubliée mais elle est considérée comme la conséquence nécessaire de la limitation des pouvoirs obtenue par leur division : tout serait perdu pour la liberté politique, écrit Montesquieu, « si le même homme ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçait ces trois pouvoirs, celui de faire la loi, celui d'exécuter les résolutions publiques et celui de juger les crimes ». Progressivement, cette représentation perd en force et en autorité sous l'effet des pratiques politiques qui montrent que, quelle que soit l'organisation constitutionnelle retenue, les pouvoirs législatif et exécutif sont, par la grâce de la logique électorale majoritaire, réunis entre les mains du chef de l'Exécutif. Et il apparaît en conséquence que la constitution-séparation des pouvoirs n'est plus le moyen d'assurer la démocratie et la liberté politique des citoyens. Cet effacement relatif produit une montée en puissance du principe de la garantie des droits, et surtout fait émerger une institution propre à en assurer le respect : la juridiction constitutionnelle. Puisque la protection des droits n'est pas mécaniquement garantie par le jeu de la séparation des pouvoirs, elle le sera donc par un mécanisme spécial, le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, c'est-à-dire, la possibilité pour un juge de sanctionner les atteintes portées par le législateur aux droits constitutionnels. La constitution qui porte la démocratie n'est donc plus la constitution qui garantit les droits fondamentaux par la séparation des pouvoirs, mais qui les garantit par le

contrôle de constitutionnalité ; ce n'est plus la constitution-séparation des pouvoirs mais la constitution-droits fondamentaux. Et ce « glissement » des principes provoque une controverse entre constitutionnalistes sur l'importance prise par le contentieux constitutionnel au détriment de la dimension institutionnelle et politique du droit constitutionnel.

A cette controverse, toujours actuelle, s'en ajoute aujourd'hui une autre qui, dans le prolongement de la première, porte sur les relations entre Etat, Constitution et Démocratie et se traduit par une floraison de courants de pensée comme le constitutionnalisme populiste, le constitutionnalisme populaire, le constitutionnalisme dialogique, le populisme constitutionnel, …. Dans ce moment d'interrogations, il peut être utile de lire la littérature étrangère mais aussi de retrouver dans la littérature juridique française des éléments pertinents de réflexion pour aujourd'hui. Par exemple, dans les écrits de Pellegrino Rossi, premier professeur de droit constitutionnel à Paris, de Maurice Hauriou ou du doyen Vedel. A l'aune de ces auteurs mais sans épouser l'ensemble de leur pensée ni leur imputer indument les propositions qui suivent, le constitutionnalisme social peut être présenté comme le courant de pensée qui, concevant la société comme objet de la constitution […] et les droits et libertés comme la matière de la constitution […] permet de comprendre le moment actuel des configurations politiques. […]

« Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution ». Malgré, ce « toute société », dans le régime conceptuel des constitutionnalistes, la constitution est d'abord comprise comme l'acte qui fixe le statut de l'Etat, qui fixe le cadre à l'intérieur duquel se déroule – doit se dérouler – l'activité politique du pays. Le constitutionnalisme social prend au sérieux l'article 16 pour penser la constitution comme la langue de la société et ses exigences comme s'imposant au-delà de l'Etat à toutes les sphères sociales.

[…] Si la constitution politique est la langue de l'Etat, la langue par laquelle il se dit, se raconte et se manifeste, la constitution sociale est la langue de la société, la langue par laquelle elle donne force à ses réclamations, à ses contestations, à ses révoltes. Si les droits inscrits dans la constitution sociale sont le produit des révoltes sociales et luttes politiques, il faut admettre que tout droit constitutionnel, à un moment donné de son histoire, n'est pas un droit constitutionnel mais relève du domaine de l'ordre social. Tout droit constitutionnel est, au départ, une aspiration, un souhait, une demande, une revendication sociale ; ainsi en a-t-il été non seulement du droit de grève, du droit syndical, du droit de vote des femmes, du droit au logement mais aussi, même si le temps a fait son œuvre, du droit d'aller et venir, de la liberté d'opinion et d'expression, etc … De sorte que pour tous les droits, la question se résume à celle des conditions de passage de l'état pré-normatif à l'état normatif. A la lumière des travaux trop oubliés de Charles Chaumont, le passage d'un état à l'autre dépend de la rencontre de trois conditions.

D'abord, une évolution des contradictions sociales. Un droit constitutionnel est le produit de l'évolution des contradictions qu'exprimait, au stade premier de leur développement, la revendication de droit. Par définition, une revendication signifie absence d'harmonie et présence d'une opposition, d'une contradiction d'intérêts entre ceux qui réclament et ceux à qui s'adresse la demande et qui s'efforcent de résister. Tant que cette contradiction reste circonscrite et faible, elle n'est pas en état de produire « du droit constitutionnel » dans la mesure où elle n'est pas assez menaçante pour l'harmonie sociale. Mais, à partir du moment où elle devient aiguë et forte, à partir du moment où elle s'étend parce que le problème dépasse le cercle étroit de ses initiateurs pour être porté par l'ensemble social et prétendre ainsi à l'universel, elle met en cause l'être même de la communauté politique qui, pour assurer son

devenir, la prend en charge, la traite, c'est-à-dire, lui fait subir une mutation en la transformant, au moyen de la technologie juridique, en droit constitutionnel. Ensuite, il convient que la revendication n'apparaisse pas en contradiction avec la logique du système. Pour être transformée en droit constitutionnel, elle doit se présenter et être présentée sous un rapport de cohérence avec les droits constitutionnels existants au point que son inscription constitutionnelle soit perçue comme le produit, le prolongement « naturel » des droits en vigueur. En d'autres termes, la revendication d'un droit nouveau doit formellement trouver dans le système normatif existant le fondement même de sa reconnaissance. Ainsi, les droits et libertés de 1946, même s'ils expriment sur le plan de la philosophie politique une modification des rapports de forces sociaux, sont délibérément situés par leurs auteurs dans la continuité de la pensée de 1789 dont ils sont, précise de manière significative le préambule de 1958, « les compléments ». Enfin, le passage de l'état pré-normatif à l'état normatif implique que la revendication ait elle-même suffisamment changé de forme. Exprimée à son origine dans le langage particulier de la révolte politique, elle doit, pour gagner en autorité et accéder à la reconnaissance juridique, se mouler préalablement dans la forme d'expression propre au droit auquel elle aspire.

Ces trois étapes du processus de transformation d'une demande sociale en droit constitutionnel sont, aujourd'hui, celles que franchissent ou qu'essaient de franchir celles et ceux qui portent les revendications de genre, d'environnement ou de corruption : ces trois « questions » – comme autrefois la « question sociale » – expriment des contradictions qui sont devenues dangereuses pour l'être de la société ; un travail « politique » d'arrimage de ces questions à l'ordre constitutionnel est à l'oeuvre avec, par exemple, la référence à l'article 15 de la Déclaration de 1789 pour fonder le droit à la transparence et le statut de lanceur d'alerte ; et un travail d'écriture constitutionnelle de ces questions avec, par exemple, la proposition de la Convention citoyenne pour le climat d'inscrire à l'article 1er de la constitution que « La République garantit la préservation de la biodiversité, de l'environnement et lutte contre le dérèglement climatique. » Cette lutte pour la transformation de ces « questions » en droits constitutionnels témoigne de l'importance politique de cette inscription qui, par la force propre ou magique du droit, transforme la figure du citoyen, la fait devenir autre. […]

DROIT CONSTITUTIONNEL

Année universitaire 2026-2027
1ère année – Semestre 1

Cours de Monsieur GAYE-PALETTES

Travaux dirigés : Matthieu BALOURDET, Maéva BOYER, Corentin CAZIER, Mickaël CIRON, Ahmadou HISSEINE.

SÉANCE N° 5

Le pouvoir constituant

Documents :

- E.-J. SIEYES, *Qu'est-ce que le Tiers-État ?*, 1789, Extrait.
- Discours du député FROCHOT, Assemblée constituante, séance du 31 aout 1791, Archives parlementaires, t. 30, Extrait.
- O. BEAUD, « La distinction entre acte constituant et révision, corollaire de la distinction entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués », *in* O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, PUF, 1994, Extrait.
- W. MASTOR & E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, 3ème éd., PUF, 2021, Extrait.
- A. LE PILLOUER, « Pouvoir constituant originaire et pouvoir constituant dérivé : à propos de l'émergence d'une distinction conceptuelle », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique*, 2006, extraits.
- Constitution française du 4 octobre 1958, Art. 89.

Définitions importantes :

- Constitution souple/rigide :
- Pouvoir constituant/constitué :
  - Pouvoir constituant originaire
  - Pouvoir constituant dérivé
- Clauses d'éternité

Exercice :

Vous commenterez l'extrait suivant : **Document 5** : A. LE PILLOUER, « Pouvoir constituant originaire et pouvoir constituant dérivé : à propos de l'émergence d'une distinction conceptuelle », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique*, 2006, extraits.

Document 1 : E.-J. SIEYES, *Qu'est-ce que le Tiers-État ?*, 1789, Extrait.

Dans toute nation libre, et toute nation doit être libre, il n'y a qu'une manière de terminer les différends qui s'élèvent touchant la constitution. Ce n'est pas à des notables qu'il faut avoir recours, c'est à la nation elle-même. Si nous manquons de constitution, il faut en faire une ; la nation seule en a le droit. Si nous avons une constitution, comme quelques-uns s'obstinent à le soutenir, et que par elle l'Assemblée nationale soit divisée, ainsi qu'ils le prétendent, en trois députations de trois ordres de citoyens, on ne peut pas, du moins, s'empêcher de voir qu'il y a de la part d'un de ces ordres une réclamation si forte qu'il est impossible de faire un pas de plus sans la juger. Or, à qui appartient-il de décider de pareilles contestations ? On sent bien qu'une question de cette nature ne peut paraître indifférente qu'à ceux qui, comptant pour peu en matière sociale les moyens justes et naturels, n'estiment que ces ressources factices, plus ou moins iniques, plus ou moins compliquées, qui font partout la réputation de ce qu'on appelle les hommes d'État, les grands politiques. Pour nous, nous ne sortirons point de la morale ; elle doit régler tous les rapports qui lient les hommes entre eux à leur intérêt particulier et à leur intérêt commun ou social. C'est à elle à nous dire ce qu'on aurait dû faire, et, après tout, il n'y a qu'elle qui puisse le dire. Il en faut toujours revenir aux principes simples, comme plus puissants que tous les efforts du génie.

Jamais on ne comprendra le mécanisme social, si l'on ne prend pas le parti d'analyser une société comme une machine ordinaire, d'en considérer séparément chaque partie, et de les rejoindre ensuite, en esprit, toutes l'une après l'autre, afin d'en saisir les accords et d'entendre l'harmonie générale qui en doit résulter. Nous n'avons pas besoin, ici, d'entrer dans un travail aussi étendu. Mais puisqu'il faut toujours être clair et qu'on ne l'est point en discourant sans principes, nous prierons au moins le lecteur de considérer dans la formation des sociétés politiques trois époques dont la distinction préparera à des éclaircissements nécessaires.

Dans la première, on conçoit un nombre plus ou moins considérable d'individus isolés qui veulent se réunir. Par ce seul fait, ils forment déjà une nation ; ils en ont tous les droits ; il ne s'agit plus que de les exercer. Cette première époque est caractérisée par le jeu des volontés individuelles. L'association est leur ouvrage. Elles sont l'origine de tout pouvoir.

La seconde époque est caractérisée par l'action de la volonté commune. Les associés veulent donner de la consistance à leur union ; ils veulent en remplir le but. Ils confèrent donc, et ils conviennent entre eux des besoins publics et des moyens d'y pourvoir. On voit qu'ici le pouvoir appartient au public. Des volontés individuelles en sont bien toujours l'origine et en forment les éléments essentiels ; mais considérées séparément, leur pouvoir serait nul. Il ne réside que dans l'ensemble. Il faut à la communauté une volonté commune ; sans l'unité de volonté, elle ne parviendrait point à faire un tout voulant et agissant. Certainement aussi, ce tout n'a aucun droit qui n'appartienne à la volonté commune. Mais franchissons les intervalles de temps. Les associés sont trop nombreux et répandus sur une surface trop étendue pour exercer facilement eux-mêmes leur volonté commune. Que font-ils ? Ils en détachent tout ce qui est nécessaire pour veiller et pourvoir aux soins publics, et cette portion de volonté nationale, et par conséquent de pouvoir, ils en confient l'exercice à quelques-uns d'entre eux. Telle est l'origine

d'un gouvernement exercé par procuration. Remarquons sur cela plusieurs vérités. 1º la communauté ne se dépouille point du droit de vouloir. C'est sa propriété inaliénable. Elle ne peut qu'en commettre l'exercice. Ce principe est développé ailleurs. 2º le corps des délégués ne peut pas même avoir la plénitude de cet exercice. La communauté n'a pu lui confier de son pouvoir total que cette portion qui est nécessaire pour maintenir le bon ordre. On ne donne point du superflu en ce genre. 3º il n'appartient donc pas au corps des délégués de déranger les limites du pouvoir qui lui a été confié. On conçoit que cette faculté serait contradictoire à elle-même.

Je distingue la troisième époque de la seconde, en ce que ce n'est plus la volonté commune réelle qui agit, c'est une volonté commune représentative. Deux caractères ineffaçables lui appartiennent ; il faut le répéter. 1º Cette volonté n'est pas pleine et illimitée dans le corps des représentants, ce n'est qu'une portion de la grande volonté commune nationale. 2º Les délégués ne l'exercent point comme un droit propre, c'est le droit d'autrui ; la volonté commune n'est là qu'en commission.

Actuellement, je laisse une foule de réflexions auxquelles cet exposé nous conduirait assez naturellement, et je marche à mon but. Il s'agit de savoir ce qu'on doit entendre par la constitution politique d'une société, et de remarquer ses justes rapports avec la nation elle-même. Il est impossible de créer un corps pour une fin, sans lui donner une organisation, des formes et des lois propres à lui faire remplir les fonctions auxquelles on a voulu le destiner. C'est ce qu'on appelle la constitution de ce corps. Il est évident qu'il ne peut pas exister sans elle. Il l'est donc aussi, que tout gouvernement commis doit avoir sa constitution ; et ce qui est vrai du gouvernement en général l'est aussi de toutes les parties qui le composent.

Ainsi le corps des représentants, à qui est confié le pouvoir législatif ou l'exercice de la volonté commune, n'existe qu'avec la manière d'être que la nation a voulu lui donner. Il n'est rien sans ses formes constitutives ; il n'agit, il ne se dirige, il ne se commande que par elles. À cette nécessité d'organiser le corps du gouvernement, si on veut qu'il existe ou qu'il agisse, il faut ajouter l'intérêt qu'a la nation à ce que le pouvoir public délégué ne puisse jamais devenir nuisible à ses commettants. De là, une multitude de précautions politiques qu'on a mêlées à la constitution, et qui sont autant de règles essentielles au gouvernement, sans lesquelles l'exercice du pouvoir deviendrait illégal. On sent donc la double nécessité de soumettre le gouvernement à des formes certaines, soit intérieures, soit extérieures, qui garantissent son aptitude à la fin pour laquelle il est établi et son impuissance à s'en écarter.

Mais qu'on nous dise d'après quelles vues, d'après quel intérêt on aurait pu donner une constitution à la nation elle-même. La nation existe avant tout, elle est l'origine de tout. Sa volonté est toujours légale, elle est la loi elle-même. Avant elle et au-dessus d'elle il n'y a que le droit naturel. Si nous voulons nous former une idée juste de la suite des lois positives qui ne peuvent émaner que de sa volonté, nous voyons en première ligne les lois constitutionnelles, qui se divisent en deux parties : les unes règlent l'organisation et les fonctions du corps législatif : les autres déterminent l'organisation et les fonctions des différents corps actifs. Ces lois sont dites fondamentales, non pas en ce sens qu'elles puissent devenir indépendantes de la volonté nationale, mais parce que les corps qui existent et agissent par elles ne peuvent point y toucher. Dans chaque partie, la constitution n'est pas l'ouvrage du pouvoir constitué, mais du pouvoir constituant. Aucune sorte de pouvoir délégué ne peut rien changer aux conditions de sa délégation. C'est en ce sens que les lois constitutionnelles sont fondamentales. Les premières, celles qui établissent la législature, sont fondées par la volonté nationale avant toute constitution ; elles en forment le premier degré. Les secondes doivent être établies par une

volonté représentative spéciale. Ainsi toutes les parties du gouvernement se répondent et dépendent en dernière analyse de la nation. Nous n'offrons ici qu'une idée fugitive, mais elle est exacte.

On conçoit facilement ensuite comment les lois proprement dites, celles qui protègent les citoyens et décident de l'intérêt commun, sont l'ouvrage du corps législatif formé et se mouvant d'après ses conditions constitutives. Quoique nous ne présentions ces dernières lois qu'en seconde ligne, elles sont néanmoins les plus importantes, elles sont la fin dont les lois constitutionnelles ne sont que les moyens. On peut les diviser en deux parties ; les lois immédiates ou protectrices, et les lois médiates ou directrices. Ce n'est pas ici le lieu de donner plus de développement à cette analyse.

Nous avons vu naître la constitution dans la seconde époque. Il est clair qu'elle n'est relative qu'au gouvernement. Il serait ridicule de supposer la nation liée elle-même par les formalités ou par la constitution auxquelles elle a assujetti ses mandataires. S'il lui avait fallu attendre, pour devenir une nation, une manière d'être positive, elle n'aurait jamais été. La nation se forme par le seul droit naturel. Le gouvernement, au contraire, ne peut appartenir qu'au droit positif. La nation est tout ce qu'elle peut être, par cela seul qu'elle est. Il ne dépend point de sa volonté de s'attribuer plus de droits qu'elle n'en a à sa première époque, elle a tous ceux d'une nation. À la seconde époque, elle les exerce ; à la troisième elle en fait exercer par ses représentants tout ce qui est nécessaire pour la conservation et le bon ordre de la communauté. Si l'on sort de cette suite d'idées simples, on ne peut que tomber d'absurdités en absurdités. Le gouvernement n'exerce un pouvoir réel qu'autant qu'il est constitutionnel ; il n'est légal qu'autant qu'il est fidèle aux lois qui lui ont été imposées. La volonté nationale, au contraire, n'a besoin que de sa réalité pour être toujours légale, elle est l'origine de toute légalité. Non seulement la nation n'est pas soumise à une constitution, mais elle ne peut pas l'être, mais elle ne doit pas l'être, ce qui équivaut encore à dire qu'elle ne l'est pas.

Elle ne peut pas l'être. De qui, en effet, aurait-elle pu recevoir une forme positive ? Est-il une autorité antérieure qui ait pu dire à une multitude d'individus : « je vous réunis sous telles lois ; vous formerez une nation aux conditions que je vous prescris ? » nous ne parlons pas ici brigandage ni domination, mais association légitime, c'est-à-dire volontaire et libre. Dira-t-on qu'une nation peut, par un premier acte de sa volonté, à la vérité indépendant de toute forme, s'engager à ne plus vouloir à l'avenir que d'une manière déterminée ? D'abord, une nation ne peut ni aliéner, ni s'interdire le droit de vouloir ; et quelle que soit sa volonté, elle ne peut pas perdre le droit de la changer dès que son intérêt l'exige. En second lieu, envers qui cette nation se serait-elle engagée ? Je conçois comment elle peut obliger ses membres, ses mandataires, et tout ce qui lui appartient ; mais peut-elle, en aucun sens, s'imposer des devoirs envers elle-même ? Qu'est-ce qu'un contrat avec soi-même ? Les deux termes étant la même volonté, elle peut toujours se dégager du prétendu engagement.

Quand elle le pourrait, une nation ne doit pas se mettre dans les entraves d'une forme positive. Ce serait s'exposer à perdre sa liberté sans retour, car il ne faudrait qu'un moment de succès à la tyrannie, pour dévouer les peuples, sous prétexte de constitution, à une forme telle, qu'il ne leur serait plus possible d'exprimer leur volonté, et par conséquent de secouer les chaînes du despotisme. On doit concevoir les nations sur la terre comme des individus hors du lien social, ou, comme l'on dit, dans l'état de nature. L'exercice de leur volonté est libre et indépendant de toutes formes civiles. N'existant que dans l'ordre naturel, leur volonté, pour sortir tout son effet, n'a besoin que de porter les caractères naturels d'une volonté. De quelque manière qu'une nation veuille, il suffit qu'elle veuille ; toutes les formes sont bonnes, et sa volonté est toujours

la loi suprême. Puisque, pour imaginer une société légitime, nous avons supposé aux volontés individuelles, purement naturelles, la puissance morale de former l'association, comment refuserions-nous de reconnaître une force semblable dans une volonté commune, également naturelle ?

Une nation ne sort jamais de l'état de nature, et au milieu de tant de périls, elle n'a jamais trop de toutes les manières possibles d'exprimer sa volonté. Répétons-le : une nation est indépendante de toute forme ; et de quelque manière qu'elle veuille, il suffit que sa volonté paraisse, pour que tout droit positif cesse devant elle, comme devant la source et le maître suprême de tout droit positif. Mais il est une preuve encore plus pressante de la vérité de nos principes. Une nation ne doit ni ne peut s'astreindre à des formes constitutionnelles, car au premier différend qui s'élèverait entre les parties de cette constitution, que deviendrait la nation ainsi disposée à ne pouvoir agir que suivant la constitution disputée ? Faisons attention combien il est essentiel, dans l'ordre civil, que les citoyens trouvent dans une partie du pouvoir actif une autorité prompte à terminer leurs procès. De même, les diverses branches du pouvoir actif doivent pouvoir invoquer la décision de la législature dans toutes les difficultés qu'elles rencontrent. Mais si votre législature elle-même, si les différentes parties de cette première constitution ne s'accordent pas entre elles, qui sera le juge suprême ? Car il en faut toujours un, ou bien l'anarchie succède à l'ordre.

Comment imagine-t-on qu'un corps constitué puisse décider de sa constitution ? Une ou plusieurs parties intégrantes d'un corps moral ne sont rien séparément. Le pouvoir n'appartient qu'à l'ensemble. Dès qu'une partie réclame, l'ensemble n'est plus ; or s'il n'existe pas, comment pourrait-il juger ? Ainsi donc, on doit sentir qu'il n'y aurait plus de constitution dans un pays, au moindre embarras qui surviendrait entre ses parties, si la nation n'existait indépendante de toute règle et de toute forme constitutionnelle. À l'aide de ces éclaircissements, nous pouvons répondre à la question que nous nous sommes faite. Il est constant que les parties de ce que vous croyez être la constitution française ne sont pas d'accord entre elles. À qui donc appartient-il de décider ? À la nation, indépendante, comme elle l'est nécessairement, de toute forme positive. Quand même la nation aurait ces états généraux réguliers, ce ne serait pas à ce corps constitué à prononcer sur un différend qui touche à sa constitution. Il y aurait à cela une pétition de principes, un cercle vicieux.

Les représentants ordinaires d'un peuple sont chargés d'exercer, dans les formes constitutionnelles, toute cette portion de la volonté commune, qui est nécessaire pour le maintien d'une bonne administration. Leur pouvoir est borné aux affaires du gouvernement.

Des représentants extraordinaires auront tel nouveau pouvoir qu'il plaira à la nation de leur donner. Puisqu'une grande nation ne peut s'assembler elle-même en réalité toutes les fois que des circonstances hors de l'ordre commun pourraient l'exiger, il faut qu'elle confie à des représentants extraordinaires les pouvoirs nécessaires dans ces occasions. Si elle pouvait se réunir devant vous et exprimer sa volonté, oseriez-vous la lui disputer, parce qu'elle ne l'exerce pas dans une forme plutôt que dans une autre ? Ici, la réalité est tout, la forme n'est rien.

Un corps de représentants extraordinaires supplée à l'assemblée de cette nation. Il n'a pas besoin, sans doute, d'être chargé de la plénitude de la volonté nationale ; il ne lui faut qu'un pouvoir spécial, et dans des cas rares ; mais il remplace la nation dans son indépendance de toutes formes constitutionnelles. Il n'est pas nécessaire ici de prendre tant de précautions pour empêcher l'abus de pouvoir ; ces représentants ne sont députés que pour une seule affaire, et pour un temps seulement. Je dis qu'ils ne sont point astreints aux formes constitutionnelles sur lesquelles ils ont à décider. 1º cela serait contradictoire ; car ces formes sont indécises, c'est à

eux à les régler. 2º ils n'ont rien à dire dans le genre d'affaires pour lequel on avait fixé les formes positives. 3º ils sont mis à la place de la nation elle-même ayant à régler la constitution. Ils en sont indépendants comme elle. Il leur suffit de vouloir comme veulent des individus dans l'état de nature. De quelque manière qu'ils soient députés, qu'ils s'assemblent et qu'ils délibèrent, pourvu qu'on ne puisse pas ignorer (et comment la nation, qui les commet, l'ignorerait-elle ?) qu'ils agissent en vertu d'une commission extraordinaire des peuples, leur volonté commune vaudra celle de la nation elle-même.

Je ne veux pas dire qu'une nation ne puisse donner à ses représentants ordinaires la nouvelle commission dont il s'agit ici. Les mêmes personnes peuvent sans doute concourir à former différents corps. Mais toujours est-il vrai qu'une représentation extraordinaire ne ressemble point à la législature ordinaire. Ce sont des pouvoirs distincts. Celle-ci ne peut se mouvoir que dans les formes et aux conditions qui lui sont imposées. L'autre n'est soumise à aucune forme en particulier : elle s'assemble et délibère, comme ferait la nation elle-même, si, n'étant composée que d'un petit nombre d'individus, elle voulait donner une constitution à son gouvernement. Ce ne sont point, ici, des distinctions inutiles. Tous les principes que nous venons de citer sont essentiels à l'ordre social ; il ne serait pas complet, s'il pouvait se rencontrer un seul cas sur lequel il ne pût indiquer des règles de conduite capables de pourvoir à tout.

Il est temps de revenir au titre de ce chapitre. Qu'aurait-on dû faire au milieu de l'embarras et des disputes sur les prochains états généraux ? Appeler des notables ? Non. Laisser languir la nation et les affaires ? Non. Manœuvrer auprès des parties intéressées pour les engager à céder chacune de leur côté ? Non. Il fallait recourir au grand moyen d'une représentation extraordinaire. C'est la nation qu'il fallait consulter. […]

Document 2 : Discours du député FROCHOT, Assemblée constituante, séance du 31 aout 1791, Archives parlementaires, t. 30, Extrait.

Messieurs, le législateur satisfait d'avoir constitué un grand peuple et donné des lois à son pays, croirait en vain que sa tâche est remplie. Il n'a rien fait encore, si le caprice ou l'ambition des hommes peuvent à chaque instant menacer et détruire son ouvrage. Il n'a rien fait encore, si l'égide immuable de la raison ne protège pas, contre le délire de l'inconstance, les institutions qu'il a formées ; si enfin il ne leur a pas attaché la garantie sacrée du temps.

Mais aussi, Messieurs, les droits des nations ont été proclamés en vain, si l'on ne reconnaît pas ce principe : qu'au peuple appartient le pouvoir de rectifier, de modifier sa constitution, de la détruire même, de changer la forme de son gouvernement, et d'en créer une autre ; ou plutôt, il importe peu au principe en lui-même qu'il soit consacré par la constitution. L'éternelle vérité n'a pas besoin d'être déclarée, elle est préexistante à tous les temps, commune à tous les lieux, indépendante de tous les pactes.

Dès en abordant la question, vous apercevez donc, Messieurs, d'une part un grand principe à respecter ; de l'autre, de grandes erreurs à prévenir dans son application. Cependant, laisserai-je sans réponse un argument proposé plus d'une fois contre la prévoyance du législateur à cet égard ? Des hommes inattentifs, mais de bonne foi, ont prétendu qu'ici était la fin de nos pouvoirs, et que tout acte ultérieur deviendrait une atteinte aux droits sacrés du peuple. […]

Nous admettons tous, comme attribut essentiel de la puissance nationale, le droit de modifier ou de changer la constitution ; mais je demande à ceux qui ne veulent rien d'ultérieur à la déclaration de ce principe, je leur demande quels moyens leur restent de provoquer l'exercice d'un tel droit.

Je n'en connais que deux :

La forme légale et l'insurrection.

La forme légale si la constitution a voulu l'indiquer.

L'insurrection, lorsque la constitution est muette.

Cela posé, l'argument que je combats se réduit à cette question fort simple : Dans le choix des moyens, l'insurrection vaut-elle mieux que la forme légale ? Présenter ainsi la question, c'est, je crois, la discuter, et c'est aussi la résoudre ; car je ne pense pas qu'une seule voix se fasse entendre pour vanter parmi nous les douceurs de l'insurrection.

Mais la souveraineté nationale, a-t-on dit, ne peut se donner aucune chaîne, sa détermination future ne peut être interprétée ou prévue, ni soumise à des formes certaines ; car il est de son essence de pouvoir ce qu'elle voudra et de la manière dont elle voudra.

Eh bien, Messieurs, c'est précisément par un effet de cette toute-puissance que la nation veut aujourd'hui, en consacrant son droit, se prescrire à elle-même un moyen légal et paisible de l'exercer ; et, loin de trouver dans cet acte une aliénation de la souveraineté nationale, j'y remarque au contraire l'un des plus beaux monuments de sa force et de son indépendance.

Document 3 : O. BEAUD, « La distinction entre acte constituant et révision, corollaire de la distinction entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués », *in* O. BEAUD, *La puissance de l'Etat*, PUF, 1994, Extrait.

Depuis que Roger Bonnard a canonisé la distinction entre le pouvoir constituant et le pouvoir de révision sous la double appellation de pouvoir constituant originaire et de pouvoir constituant institué, cette distinction est devenue une sorte de lieu commun dans la doctrine constitutionnelle française, à cette variante près qu'on parle davantage de pouvoir constituant « dérivé » que de pouvoir constituant « institué ». Le premier désigne « un pouvoir existant en dehors de toute habilitation constitutionnelle », et le second, un pouvoir qui existe « en vertu d'une constitution et qui a été établi pour venir, le cas échéant ». Le pouvoir constituant originaire désigne donc l'autorité (ou quelquefois la fonction, suivant une confusion fréquente en droit public français) ayant le pouvoir d'édicter une constitution, tandis que le pouvoir constituant « dérivé » dénomme l'autorité chargée de modifier ladite constitution ou de la réviser. Apparemment, la différence est profonde entre ces deux pouvoirs : le pouvoir constituant originaire est « inconditionné » tandis que le pouvoir constituant dérivé dépend de la constitution qui « fixe elle-même les conditions, au moins les conditions de forme dans lesquelles ce pouvoir constituant est exercé (...). Dans ce cas, le pouvoir constituant de révision n'est plus inconditionné. C'est un pouvoir dérivé ». Ainsi, le pouvoir constituant originaire n'est régi par aucune constitution tandis que le pouvoir constituant dérivé est subordonné à la constitution en vigueur. Le premier serait donc un pouvoir inconditionné et absolu, le second un pouvoir constitutionnel, c'est-à-dire habilité et donc limité. Le premier relèverait de la

politique, le second du droit et de la norme constitutionnelle. Par sa référence à la légalité constitutionnelle, le pouvoir constituant dérivé ou institué serait auréolé du sceau de la conformité au droit tandis que le pouvoir constituant originaire évoque, au contraire, l'image sulfureuse d'un gouvernement de pur fait.

Cette distinction semble a priori tout à fait acceptable ; elle décrit parfaitement le droit positif. Elle ne suffit pourtant pas, et de loin, à résoudre tous les problèmes. Le premier touche au caractère juridique du pouvoir constituant originaire qui divise les auteurs. Si Roger Bonnard soutenait « la juridicité de l'œuvre constitutionnelle du pouvoir constituant originaire », la plupart des juristes qui reprennent sa distinction lui dénient un tel caractère. Mais, le plus intéressant pour notre propos se situe dans le fait que la doctrine est infidèle à l'esprit de la distinction qu'elle pose. En effet, elle est inconséquente en admettant, d'un côté, la nature différente de ces deux pouvoirs (inconditionné et conditionné ou absolu et limité) et de l'autre, en persistant à les englober dans la même catégorie constituante. Or, on ne peut pas à la fois soutenir le caractère juridiquement inconditionné du pouvoir constituant originaire, celui juridiquement habilité du pouvoir dérivé, et les qualifier tous deux de pouvoir constituant comme s'ils étaient de nature identique. L'erreur de la doctrine — une faute de logique en fait — est donc de ranger ces deux pouvoirs dans un genre unique, d'adopter une différenciation relative (différence de degré), alors qu'elle devrait être absolue. L'opposition entre un pouvoir absolu et un pouvoir non absolu constitue une différence de nature, comme nous l'enseigne la notion de souveraineté. Pour éviter de tirer cette conclusion logique, la doctrine dominante soit ajoute au pouvoir de révision le correctif de « dérivé », soit dissimule l'opposition des deux pouvoirs en définissant le pouvoir constituant de manière syncrétique comme « le pouvoir d'établir ou de modifier la Constitution ». Le « ou » permet évidemment de combler le fossé qui sépare les deux notions. Mais ces artifices de langage n'éliminent pas le problème de la définition des notions qui reste entier.

Notre hypothèse consiste donc à dire que l'acte constituant et l'acte de révision sont, ainsi que les pouvoirs qui s'y rattachent, fondamentalement distincts et opposés. Il faut donc les dénommer de manière différente : l'acte qui édicte la constitution s'appellera ici l'acte constituant et l'acte qui révise la constitution s'appellera ici l'acte de révision, de même que l'autorité qui prend le premier se nommera le « pouvoir constituant » tout court (à la place du pouvoir constituant originaire) et le second le pouvoir de révision, ou le pouvoir de révision constitutionnelle (à la place du pouvoir constituant dérivé). Cet usage sémantique n'est pas nouveau ; Georges Burdeau et Carl Friedrich, pour ne citer que deux juristes connus, y ont recouru ; en outre, une grande partie de la doctrine constitutionnelle allemande distingue clairement le pouvoir et l'acte constituant, Verfassunggebung, du pouvoir et de l'acte de révision, Verfassungsänderung. Cette différenciation sémantique vise à décrire le rapport hiérarchique existant entre le pouvoir constituant et les pouvoirs constitués. Cette hypothèse sera d'abord vérifiée en montrant qu'elle se trouve, quoi qu'on en dise, dans l'œuvre de Sieyès, le théoricien pionnier du pouvoir constituant.

Sieyès a étudié aussi bien le pouvoir constituant que la révision constitutionnelle. Mais en tant que théoricien constitutionnel, il est surtout réputé pour avoir élaboré la distinction entre le pouvoir constituant et les pouvoirs constitués qui donne à l'Etat constitutionnel sa véritable structure. Les lois constitutionnelles, explique-t-il, « sont dites fondamentales, non pas en ce sens qu'elles puissent devenir indépendantes de la volonté nationale, mais parce que les corps qui existent et agissent par elles, ne peuvent point y toucher. Dans chaque partie, la constitution n'est pas l'ouvrage du pouvoir constitué, mais du pouvoir constituant. Aucune sorte de pouvoir délégué ne peut rien changer aux conditions de sa délégation » (QTE, p. 63). Dans ce fameux

passage, l'auteur pose à la fois le principe de la hiérarchie juridique entre les deux types de pouvoirs et le principe libéral de leur séparation qui aboutit à la règle du non-cumul des fonctions constituante et constituée. Mais quels sont les pouvoirs constitués qui sont visés ? Sieyès formule cette règle de non-cumul sous la forme d'une prohibition adressée aux pouvoirs classiques soumis à la séparation des pouvoirs : « Je ne défends à ma législature que de toucher à la Constitution et à celle de tous les corps qui composent le premier cercle. »

Apparemment, la limitation principielle contenue dans la séparation des deux types de pouvoirs est donc d'abord pensée comme limitation des deux pouvoirs d'action, le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Mais ne doit-on pas se demander si le pouvoir de révision ne doit pas être également inclus dans les pouvoirs constitués ? Autrement dit, la véritable question juridique est de savoir si le pouvoir de révision est un pouvoir constituant ou un pouvoir constitué. Certes, à la différence des corps constitués, l'autorité de révision a le pouvoir de modifier la constitution, mais on sait que cette fonction de révision s'exerce dans le cadre de la constitution elle-même, en vertu d'une « habilitation constitutionnelle », comme disait Bonnard. La première qualité le fait assimiler à un pouvoir constituant, la seconde à un pouvoir constitué. De cette ambivalence apparente résulte une double interprétation possible : pour la majorité de la doctrine, il est analogue au pouvoir constituant (v. supra), pour une autre, il est analogue au pouvoir constitué. Une relecture de l'œuvre de Sieyès permet d'établir que s'il n'a pas explicitement pensé la nature constituée du pouvoir de révision, tout son système repose sur l'idée que seul le pouvoir constituant est souverain et que, donc, l'autorité de révision ne peut pas abroger la constitution.

On doit d'abord prendre au sérieux les réflexions constitutionnelles de Sieyès sur la révision. Certes, une fois l'œuvre révolutionnaire accomplie, l'abbé philosophe insiste davantage sur la révision (évolution pacifique des institutions) que sur le pouvoir constituant. Il a compris le danger de la permanence du pouvoir constituant qui serait synonyme d'anarchie et facteur d'instabilité chronique. Son programme de réformisme constitutionnel se laisse facilement résumer par une formule lapidaire : « Mieux vaut un frein qu'une insurrection permanente. »

Il est cependant réducteur d'expliquer son intérêt sans cesse grandissant pour la révision par le fait « psychologique » et « politique » de sa conversion politique. Il y a dans son œuvre constitutionnelle une authentique doctrine de la révision qui témoigne certes de son opportunisme politique, mais traduit aussi la cohérence logique de sa pensée et la fermeté de ses principes constitutionnels. Sa manière de concevoir l'organisation juridique de la révision constitutionnelle répond au besoin d'encadrer par le droit l'action des pouvoirs publics conformément au projet constitutionnel libéral du « règne du droit ». En dépit de la variation des aménagements constitutionnels de Sieyès proposés en ce domaine, une constante en ressort qui est la progressive institutionnalisation (constitutionnalisation ?) du pouvoir de révision de manière à mettre en œuvre le principe de perfectionnement illimité et à éviter les ruptures révolutionnaires. Partisan à l'origine des Conventions de révision périodiquement convoquées, Sieyès va finalement pencher en faveur d'une autorité permanente — la jurie constitutionnaire — chargée de la fonction de révision. Or, ce jury cumule les deux fonctions de révision constitutionnelle (faculté d'initiative) et de contrôle juridictionnel de constitutionnalité qui sont aujourd'hui bien distinctes. La nature mixte de ce pouvoir, pouvoir neutre avant la lettre, témoigne du manque d'autonomie organique de la fonction de révision constitutionnelle.

On prétend qu'en organisant la révision, Sieyès aurait domestiqué, assagi ou encore humanisé « la force révolutionnaire » du pouvoir constituant. Cette idée de la domestication du pouvoir constituant impliquerait que l'on fasse de l'acte de révision l'équivalent d'un acte constituant.

Mais, selon nous, cette interprétation méconnaît la conception sieyésienne de la révision. L'interprétation systématique de son œuvre conduit à la conclusion suivante : le pouvoir de révision, parce que pouvoir simplement constitué, est subordonné au pouvoir constituant. On ne voit pas d'abord pourquoi la révision constitutionnelle échapperait aux conséquences de la distinction entre le pouvoir constituant et les pouvoirs constitués. Puisque comme Sieyès l'écrivait plus haut, aucun « pouvoir délégué ne peut rien changer aux conditions de sa délégation » et que le pouvoir de révision est lui aussi un pouvoir délégué, habilité par la constitution, ce dernier tombe immanquablement dans la catégorie des pouvoirs constitués, subordonnés au pouvoir constituant. Il y a chez Sieyès en tout cas un gouffre entre le pouvoir constituant de la nation, « être de raison », et le pouvoir de révision qui appartient à cet « établissement public » que la constitution est censée régir. Ensuite, le système de la révision chez Sieyès contient implicitement la limitation de ces représentants extraordinaires que sont les membres des Conventions de révision. Reconnaître la nécessité de prévoir l'existence de la révision n'implique pas d'accorder un blanc-seing à l'autorité compétente en la matière. Comme la plupart de ses contemporains, Sieyès croit que la constitution républicaine est la meilleure constitution. Lorsqu'il définit la procédure de révision comme un « mode d'amélioration constitutionnaire », il avoue peut-être l'insuffisance potentielle de l'œuvre accomplie, mais il considère néanmoins que cette constitution républicaine (antimonarchique en tout cas) est la base intangible du gouvernement. Le langage, non juridique, qu'il emploie pour décrire respectivement le pouvoir constituant et le pouvoir de révision, atteste de cette volonté d'opposer le pouvoir constituant au pouvoir de révision. Les verbes « changer », « transformer », servent à caractériser l'activité déconstituante et ceux de « réformer », « revoir », « améliorer », visent la simple révision. Surtout comment ne pas admettre que l'auteur établit une différence de signification entre la révision, simple modification à la constitution, et l'abolition, établissement d'une nouvelle constitution, lorsqu'il écrit : « Dès qu'on est parvenu à asseoir du moins un acte constitutionnel sur sa véritable base, je n'aime pas qu'on lui ménage encore la chance d'une entière rénovation. Ce n'est pas à nous à dire à notre constitution : vous appellerez vous-même des époques fixes, et les déploierez avec solennité comme autant de signaux indicateurs de votre prochaine destruction ? »

Enfin, et surtout, cette thèse de la nature constituée du pouvoir de révision n'empêche pas de continuer à penser l'existence d'un pouvoir constituant, maître souverain et absolu de la constitution. Ce pouvoir constituant, c'est la souveraineté du peuple prise dans son activité « dé-constituante » c'est-à-dire insurrectionnelle.

Il ressort donc des développements précédents que Sieyès conçoit la fonction de révision comme une fonction constituée, même s'il n'a pas vraiment pensé la distinction entre l'acte constituant et l'acte de révision. Son œuvre constitutionnelle n'est certainement pas la caution dogmatique de la thèse de l'identification entre pouvoir de révision et pouvoir constituant, comme l'ont cru Carré de Malberg et ses disciples.

Document 4 : W. MASTOR & E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, 3ème éd., PUF, 2021, Extrait.

Le problème de la supra-constitutionalité. – Depuis l'origine des constitutions écrites, un problème récurrent s'est toujours posé dans les Etats dotés de constitution normative : celui de savoir si, nonobstant les règles relatives à la révision posées par les dispositions constitutionnelles, il n'y aurait pas d'autres règles ou principes qui interdiraient certaines

révisions constitutionnelles. Soit que ces règles soient déduites par implication de la constitution elle-même, soit qu'elles se rattachent à des normes et à des valeurs extérieures à elle, l'idée centrale de l'argument consiste à compléter les conditions explicites de la révision telles qu'elles sont formellement posées par les textes, par des conditions implicites formant ce que l'on appelle parfois une supra-constitutionnalité. On rencontre cette démonstration sous des formes différentes aux Etats-Unis, en Allemagne et en France.

[…]

Le problème de la supra-constitutionnalité s'est posé en France surtout après la seconde guerre mondiale. A partir de la Libération et de la désacralisation de l'Assemblée nationale comme pouvoir constituant exclusif, l'étendue jusque-là sans limite du pouvoir de révision de la constitution par les élus de la nation a été remise en cause. Des doutes se sont élevés sur la constitutionnalité de la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 par laquelle l'assemblée nationale avait donné tout pouvoir au gouvernement du maréchal Pétain pour promulguer une nouvelle constitution. Mais c'est surtout dans le contexte de la construction européenne que le thème de la supra-constitutionnalité a connu de grand développement, du chef des nombreux transferts de compétence et limitations de souveraineté rendus nécessaires par la mise en place des institutions européennes.

Instruit par l'histoire constitutionnelle française qui a maintes fois prouvé le danger de constitutions trop rigides, le constituant de 1958 (comme celui de 1946 l'avait fait avant lui) n'a pratiquement posé aucune condition de fonde à la révision de la Constitution si ce n'est l'interdiction de réviser la forme républicaine du gouvernement, autrement dit de rétablir la monarchie. Il suffit donc de suivre les procédures prévues pour apporter toutes les modifications désirées à la Constitution. Ces conditions de procédure qui ne sont pas très rigoureuses ont permis une révision facilement acquise de la Constitution pour la mettre en harmonie avec le traité de Maastricht en vue de permettre sa ratification ultérieure après référendum. A cette occasion, un certain nombre de parlementaires, émus des atteintes au principe de la souveraineté nationale que l'Union européenne nécessitait tant du chef de la reconnaissance du droit de vote aux ressortissants communautaire que de la mise en place de l'Union monétaire, ont fait valoir que, par-delà et nonobstant les silences du texte, il y aurait des limites implicites aux modifications susceptibles d'être apportés à la Constitution.

Appréciation critique. – La théorie de la supra-constitutionnalité a exercé un grand pouvoir de séduction sur les esprits. L'idée selon laquelle, par-delà les conditions posées par les textes, il existe des principes fondamentaux auxquels le pouvoir constituant ne peut pas déroger est certainement exacte du point de vue de la philosophie politique. Mais l'idée corollaire selon laquelle il appartiendrait aux pouvoirs constitués d'opposer ces principes au pouvoir constituant va à l'encontre du principe cardinal de la constitution normative : la soumission des pouvoirs constitués au pouvoir constituant. La principale faiblesse de la théorie de la supra-constitutionnalité n'est donc pas dans son fondement, mais dans sa mise en œuvre.

Que les pouvoirs constitués puissent se rappeler entre eux au respect des dispositions de la constitution, et en particulier au respect des conditions explicites et même implicites posées par les textes à la révision (pourvu que toute condition implicite puisse se rattacher – même faiblement- à un texte), c'est une chose. Mais que ces mêmes pouvoirs constitués en tant que gardiens de la constitution puissent rappeler le pouvoir constituant au respect de ces conditions, c'est admettre que les gardiens de la constitution, et en particulier les juges, sont

au-dessus du pouvoir constituant, c'est-à-dire le peuple. Dans sa mise en œuvre, la théorie de la supra-constitutionnalité est radicalement contraire au principe de la souveraineté du peuple.

Au surplus, la théorie de la supra-constitutionnalité débouche sur le gouvernement des juges. Elle postule en effet que le juge doit pouvoir déclarer l'inconstitutionnalité de certaines révisions constitutionnelles. Ce faisant, en interdisant au peuple de réviser sa constitution sur certains points, elle lui interdit de renverser par voie de révision constitutionnelle les décision juridictionnelles qu'il désapprouve. Ainsi, en voulant renforcer le contrôle juridictionnel de constitutionnalité, les partisans de la supra-constitutionnalité vont à l'encontre du but qu'ils recherchent. Si le juge constitutionnel devait faire respecter la supra-constitutionnalité qu'il croit trouver au-delà de la constitution, le pouvoir constituant serait réellement entre ses mains puisque seul il aurait le droit d'interpréter une constitution dont nul ne pourrait changer les termes, même pas le peuple lui-même. La théorie de la supra-constitutionnalité s'autodétruit en voulant trop prouver.

Document 5 : A. LE PILLOUER, « Pouvoir constituant originaire et pouvoir constituant dérivé : à propos de l'émergence d'une distinction conceptuelle », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique*, 2006, extraits.

[L]'opposition terminologique entre un pouvoir constituant « originaire » et un pouvoir constituant « institué » (qui ne deviendra « dérivé » que plus tardivement) a bien été « canonisée » par un professeur de droit - en l'occurrence le doyen Bonnard, dans son ouvrage consacré aux « Actes constitutionnels » de 1940. Mais si l'on s'intéresse à la distinction conceptuelle, et non seulement aux mots qui la désignent, on doit constater qu'elle est apparue bien avant le doyen Bonnard. L'opposition entre un pouvoir constituant agissant en dehors de toute norme constitutionnelle et un pouvoir constituant agissant en vertu d'une norme constitutionnelle, faisait en effet déjà l'objet de longs développements par exemple dans la thèse de Georges Burdeau, mais aussi chez Carré de Malberg : cette distinction était alors souvent désignée comme l'opposition entre le pouvoir constituant proprement dit et le pouvoir de révision constitutionnelle, mais, du point de vue strictement conceptuel elle n'était pas différente.

[…]

Il est tout à fait remarquable à cet égard que dès lors que Barnave finalise la distinction conceptuelle entre deux types de « pouvoirs constituants », il s'emploie à utiliser pour chacun des concepts qu'il oppose un terme différent, qui marque suffisamment leur différence de nature : il parle, et l'Assemblée à sa suite, de « pouvoir constituant » d'un côté, et de « pouvoir de révision » de l'autre. C'est bien cette terminologie qui connaîtra une certaine postérité jusqu'au milieu du XXe siècle, et c'est pour un retour à celle-ci que plaide aujourd'hui le professeur Olivier Beaud. Or, il serait intéressant de chercher à comprendre pourquoi la terminologie proposée par le doyen Bonnard, qui désigne ces deux concepts par le même terme de « pouvoir constituant », même si l'un est originaire et l'autre institué ou dérivé, s'est finalement imposée en France. À l'évidence, ces expressions tendent à atténuer la différence de nature que la distinction conceptuelle, désignée par l'ancienne terminologie, tendait à souligner: que le même mot (« pouvoir constituant ») soit utilisé pour parler de l'un et de l'autre, et que leur différence

ne réside plus que dans l'épithète qui leur est attribuée (« originaire » ou « dérivé »), permet sans doute à ceux qui plaident pour l'illimitation du pouvoir de révision constitutionnelle de nuancer, voire de nier (plus facilement) la réalité de la distinction entre les deux concepts. C'est pourquoi les auteurs qui, comme Olivier Beaud, défendent ardemment la thèse de la limitation du pouvoir de révision constitutionnelle, peuvent également plaider pour un retour au vocabulaire utilisé par Barnave, plus explicite quant à la radicalité de l'opposition entre les deux concepts.

Il reste que la fonction justificative de la distinction persiste, malgré le changement de terminologie : les partisans d'une illimitation du pouvoir de révision constitutionnelle doivent continuer à la nier, ou du moins à la nuancer radicalement, tandis que ceux qui voudraient limiter ce pouvoir doivent toujours en accentuer les traits. La postérité du vocabulaire contemporain s'explique sans doute simplement […] par le fait qu'il rétablit un certain équilibre entre les deux types d'argumentations, et parvient ainsi à contenter tout le monde : parler de pouvoir constituant dérivé autorise à plaider indifféremment pour la thèse de la limitation ou de l'illimitation du pouvoir de révision constitutionnelle -les partisans de la première insistant sur la « nature » dérivée de ce pouvoir, ceux de la seconde soulignant sa « nature » constituante.

Document 6 : Constitution française du 4 octobre 1958 – Art. 89.

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

Le projet ou la proposition de révision doit être examiné dans les conditions de délai fixées au troisième alinéa de l'article 42 et voté par les deux assemblées en termes identiques. La révision est définitive après avoir été approuvée par référendum.

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

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

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

DROIT CONSTITUTIONNEL

Année universitaire 2026-2027
1ère année – Semestre 1

Cours de Monsieur GAYE-PALETTES

Travaux dirigés : Matthieu BALOURDET, Maéva BOYER, Corentin CAZIER, Mickaël CIRON, Ahmadou HISSEINE, Marina WATTEYNE.

SÉANCE N° 7

La justice constitutionnelle

Documents :

- Décision de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique, *Marbury vs. Madison*, 5 U.S. 137, 1803, Extrait.
- H. KELSEN, « la garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », *Revue de droit public*, vol. 45, 1928, Extrait.
- L. FAVOREU, « Modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle », *Annuaire internationale de justice constitutionnelle*, 1988, n° 4, Extrait.
- C. ROYNIER, « Penser la justice constitutionnelle au-delà des modèles et des grands systèmes », *Politeia*, vol. 26, 2014, Extrait.
- G. DRAGO, « Justice constitutionnelle », *Droits*, 34 (2), 2001, Extrait.

Définitions importants :

- Garanties politiques de la Constitution :
- Justice constitutionnelle :
- Les modèles de justices constitutionnelles :
    - Modèle américain
    - Modèles européens

Exercice :

Vous disserterez sur le sujet suivant :

« Une justice constitutionnelle est-elle nécessaire ? »

Document 1 : Décision de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique, *Marbury vs. Madison*, 5 U.S. 137, 1803, Extrait.

La question de savoir si un acte contraire à la Constitution peut devenir la loi du pays est une question d'intérêt essentiel pour les Etats-Unis mais, heureusement, pas d'une difficulté proportionnée à son intérêt. Pour la résoudre, il n'est besoin que de rappeler certains principes depuis longtemps fermement établis.

[Aux Etats-Unis, les] compétences du pouvoir législatif sont définies et limitées ; et c'est pour que ces limites ne soient pas ignorées ou oubliées que la Constitution est écrite. […] Soit la Constitution l'emporte sur la loi ordinaire qui lui est contraire, soit le pouvoir législatif peut modifier la Constitution au moyen d'une loi ordinaire. Entre ces deux possibilités, il n'y a pas de troisième voie. […]

Si c'est la première partie de la proposition qui est vraie, alors une loi contraire à la Constitution n'est pas du droit ; si c'est la deuxième qui est vraie, alors les constitutions écrites ne sont que d'absurdes tentatives de la part des peuples de limiter un pouvoir par nature illimité. […] Si un acte du pouvoir législatif, contraire à la Constitution, est nul, doit-il, nonobstant sa nullité, être considéré comme liant les juges et oblige-t-il ceux-ci à lui donner effet ? […]

C'est par excellence le domaine et le devoir du pouvoir judiciaire de dire ce qu'est le droit. Ceux qui appliquent la règle à des cas particuliers doivent par nécessité expliquer et interpréter cette règle. Lorsque deux lois sont en conflit, le juge doit décider laquelle des deux s'applique.

Dans ces conditions, si une loi est en opposition avec la Constitution, si la loi et la Constitution s'appliquent toutes les deux à un cas particulier ; de telle sorte que le juge doit, soit décider de l'affaire conformément à la loi et écarter la Constitution, soit décider de l'affaire conformément à la Constitution et écarter la loi, le juge doit décider laquelle de ces deux règles en conflit gouverne l'affaire. C'est là l'essence même du devoir judiciaire.

Si donc les juges doivent tenir compte de la Constitution, et si la Constitution est supérieure à la loi ordinaire, c'est la Constitution, et non pas la loi ordinaire, qui régit l'affaire à laquelle toutes les deux s'appliquent. Ceux qui contestent le principe selon lequel la Constitution doit être tenue par le juge comme une loi suprême en sont réduits à la nécessité de soutenir que les juges doivent ignorer la Constitution et n'appliquer que la loi.

Cette doctrine minerait les fondements mêmes de toutes les Constitutions écrites. Elle considérerait qu'un acte, selon les principes et la théorie de notre gouvernement, est entièrement nul, est néanmoins, en pratique, obligatoire en tous points. Elle admettrait que, si le pouvoir législatif venait à faire ce qui est expressément défendu, cet acte, nonobstant l'interdiction absolue, serait en réalité effectif. Elle donnerait en pratique au pouvoir législatif une omnipotence considérable tout en prétendant restreindre ses pouvoirs dans d'étroites limites. C'est assigner des limites et déclarer dans le même temps que ces limites peuvent être outrepassées à volonté.

Que cela réduise à rien ce que nous tenons pour le plus grand progrès de nos institutions politiques – une Constitution écrite –serait déjà en soi suffisant en Amérique – où les constitutions écrites sont considérées avec un tel respect – pour rejeter cette doctrine.

Document 2 : H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », *Revue de droit public*, vol. 45, 1928, Extrait.

La garantie juridictionnelle de la Constitution – la justice constitutionnelle – est un élément du système des mesures techniques qui ont pour but d'assurer l'exercice régulier des fonctions étatiques. Ces fonctions ont-elles-mêmes un caractère juridique : elles consistent en des actes juridiques. Ce sont des actes de création de droit, c'est-à-dire de normes juridiques, ou des actes d'exécution de droit, c'est-à-dire de normes juridiques posées. […]

Législation et exécution ne sont pas deux fonctions étatiques coordonnées, mais deux étapes hiérarchisées du processus de création du droit, et deux étapes intermédiaires. […] Constitution, loi, règlement, acte administratif et jugement, acte d'exécution sont simplement les stades typiques de la formation de la volonté collective dans l'Etat moderne. […] Le droit, sur la voie qu'il parcourt, depuis la Constitution jusqu'aux actes d'exécution matérielle ne cesse de se concrétiser. Si la Constitution, la loi et le règlement sont des normes juridiques générales, le jugement et l'acte administratif constituent des normes juridiques individuelles. La liberté du législateur, qui n'est subordonné qu'à la Constitution, n'est soumise qu'à des limitations relativement faibles ; son pouvoir de création reste relativement grand. A chaque degré que l'on descend, le rapport de liberté à limitation se modifie en faveur du second terme : la part de l'application augmente, celle de la libre création diminue.

Chaque degré de l'ordre juridique constitue donc ensemble et une production de droit vis-à-vis du degré inférieur et une reproduction du droit vis-à-vis du degré supérieur. L'idée de régularité s'applique à chaque degré dans la mesure où il est application ou reproduction du droit. Car la régularité n'est que le rapport de correspondance d'un degré inférieur à un degré supérieur de l'ordre juridique. […] Des garanties de la légalité des règlements et de la constitutionnalité des lois sont donc aussi concevables que des garanties de la régularité des actes juridiques individuels. Garanties de la Constitution signifie donc : garanties de la régularité des règles immédiatement subordonnées à la Constitution, c'est-à-dire, essentiellement, garanties de la constitutionnalité des lois. […]

Si le droit positif connaît une forme constitutionnelle spéciale, distincte de la forme légale, rien ne s'oppose à ce qu'elle soit aussi employée […] pour des normes qui règlent, non pas la création, mais le contenu des lois. De là résulte la notion de constitution au sens large. C'est elle qui est en jeu lorsque les Constitutions modernes contiennent, non seulement des règles sur les organes et la procédure de la législation, mais encore un catalogue de droits fondamentaux des individus ou libertés individuelles. Par là – c'est le sens primordial, sinon exclusif de cette pratique – la Constitution trace des principes, des directions, des limites pour le contenu des lois à venir. […] La Constitution n'est alors pas uniquement une règle de procédure, mais aussi une règle de fond ; et par suite, une loi peut alors être inconstitutionnelle soit en raison d'une irrégularité de procédure dans sa confection, soit en raison de la contrariété de son contenu aux principes ou directions formulés dans la Constitution, lorsqu'elle excède les limites qui y sont posées.

Aussi distingue-t-on souvent l'inconstitutionnalité formelle de l'inconstitutionnalité matérielle des lois. Cette distinction n'est admissible qu'avec cette réserve que l'inconstitutionnalité dite matérielle est en dernière analyse une inconstitutionnalité formelle, en ce sens qu'une loi dont le contenu est en contradiction avec les prescriptions de la Constitution cesserait d'être inconstitutionnelle si elle était votée comme loi constitutionnelle. Il ne peut donc jamais s'agir

que de savoir si c'est la forme légale ou la forme constitutionnelle qui doit être observée. Si le droit positif ne différencie pas ces deux formes, l'établissement de principes, de directions, de limites pour le contenu des lois n'a pas de sens juridique, et n'est qu'une apparence voulue pour des raisons politiques […].

Les garanties objectives, qui ont en même temps un caractère répressif accentué, sont la nullité ou l'annulabilité de l'acte irrégulier. La nullité signifie qu'un acte qui prétend à être un acte juridique et spécialement un acte étatique n'est pas tel objectivement, parce qu'il est irrégulier, c'est-à-dire ne répond pas aux conditions que prescrit pour lui une norme juridique de degré supérieur. Tout caractère juridique fait par avance défaut à l'acte nul, de sorte qu'il n'est pas besoin pour lui retirer sa qualité juridique d'un autre acte juridique. Si un tel acte était au contraire nécessaire, on serait en présence, non d'une nullité, mais d'une annulabilité. […] Il peut y avoir, incontestablement, des actes qui n'ont de loi que l'apparence. Mais on ne peut définir par une formule théorique générale la limite qui sépare l'acte nul a priori qu'est une pseudo-loi d'un acte législatif entaché d'un vice mais valable, –d'une loi inconstitutionnelle. […] Car c'est toujours, en fin de compte une autorité publique qui doit déclarer de façon authentique si les conditions minimums sont ou non remplies, sans quoi chacun pourrait se dispenser d'obéir aux lois en alléguant qu'elles ne le sont pas. […] Du point de vue du droit positif, c'est-à-dire de l'autorité qui décide sur l'acte prétendument nul, il n'y a jamais qu'annulabilité, ne fût-ce qu'en ce sens qu'on peut présenter la nullité comme un cas limite d'annulabilité – une annulation avec effet rétroactif.

L'annulabilité de l'acte signifie la possibilité de le faire disparaître avec ses conséquences juridiques. L'annulation comporte à vrai dire des degrés […] quant à sa portée […]. Elle peut – c'est une première solution – se limiter à un cas concret. S'agit-il d'un acte individuel, cela va de soi. Mais il en est autrement lorsqu'il s'agit d'une norme générale. L'annulation d'une norme générale reste limitée au cas concret lorsque les autorités – tribunaux ou autorités administratives – qui devraient appliquer la norme, peuvent ou doivent en refuser l'application dans un cas concret lorsqu'ils la tiennent pour irrégulière et décider en conséquence comme si elle n'était pas en vigueur, mais que, pour le reste, cette norme reste en vigueur et doit être appliquée dans d'autres cas par d'autres autorités, lorsque celles-ci n'ont pas le pouvoir d'en examiner la régularité et d'en décider, ou le pouvant, la tiennent pour régulière. [...] Les défauts et l'insuffisance d'une annulation ainsi limitée à l'espèce sont évidents. C'est avant tout le manque d'unité des solutions et l'insécurité juridique qui en résulte et qui se fait très désagréablement sentir lorsqu'un tribunal s'abstient d'appliquer un règlement ou même une loi comme irréguliers cependant qu'un autre tribunal fait le contraire et qu'il est interdit aux autorités administratives lorsqu'elles sont, elles aussi, appelées à intervenir, de refuser l'application de la norme. La centralisation du pouvoir d'examiner la régularité des normes générales se justifie certainement à tous égards. Mais si l'on se résout à confier ce contrôle à une autorité unique, il devient possible d'abandonner la limitation de l'annulation au cas concret, au profit du système de l'annulation totale, c'est-à-dire pour tous les cas où la norme aurait dû être appliquée. Il va de soi qu'un pouvoir aussi considérable ne peut être confié qu'à une instance centrale suprême. […]

Or annuler une loi, c'est poser une norme générale : car l'annulation d'une loi a le même caractère de généralité que sa confection, n'étant pour ainsi dire que la confection avec un signe négatif, donc elle-même une fonction législative. Et un tribunal qui a le pouvoir d'annuler les lois est par conséquent un organe du pouvoir législatif. On pourrait donc interpréter l'annulation des lois par un tribunal aussi bien comme une répartition du pouvoir législatif entre deux organes que comme un empiètement sur le pouvoir législatif. Or dans ce cas, on ne parle

généralement pas d'une violation du principe de la séparation des pouvoirs […]. Mais alors l'institution de la justice constitutionnelle n'est nullement en contradiction avec le principe de la séparation des pouvoirs, mais en est au contraire une affirmation. La question de savoir si l'organe appelé à annuler les lois inconstitutionnelles peut être un tribunal est par suite sans portée.

Doivent être soumis au contrôle de la juridiction constitutionnelle tous les actes qui accusent la forme des lois, même s'ils ne contiennent que des normes individuelles […]. Mais même la constitutionnalité d'autres actes du Parlement, qui ont d'après la Constitution caractère obligatoire sans revêtir nécessairement la forme des lois – leur publication au Bulletin des lois n'étant pas exigée –, par exemple le règlement du Parlement ou le vote du budget (à supposer naturellement qu'il ne doive pas avoir lieu en forme de loi) et autres actes semblables doit pouvoir être vérifiée par la juridiction constitutionnelle. De même encore, tous les actes qui prétendent à valoir comme des lois, mais qui ne le sont pas en raison du défaut d'une condition quelconque […] ainsi que les actes qui ne prétendent pas être des lois mais qui auraient dû l'être d'après la Constitution, et qui […] ont été inconstitutionnellement revêtu d'une autre forme, soit votés par le Parlement comme simples résolutions non publiées, soit publiées comme simples règlements. […] Si l'on veut empêcher que le contrôle juridictionnel ne soit tourné, de tels actes doivent pouvoir être déférés à cette juridiction. Et ce principe doit s'appliquer par analogie à tous les autres objets du contrôle de constitutionnalité.

La compétence de la juridiction constitutionnelle ne doit pas se limiter au contrôle de la constitutionnalité des lois. Elle doit s'étendre d'abord aux règlements ayant force de loi, actes immédiatement subordonnés à la Constitution et dont la régularité consiste exclusivement […] en leur constitutionnalité. […] Mais il y aurait lieu d'attribuer également à la juridiction constitutionnelle le contrôle de la constitutionnalité des simples règlements complémentaires. […]. Si nous proposons d'y étendre également la compétence de la juridiction constitutionnelle, […] [c'est] eu égard à la frontière naturelle entra actes juridiques généraux et actes juridiques individuels. Le point essentiel dans la détermination de la compétence de la justice constitutionnelle est en effet de la délimiter de façon adéquate par rapport à celle de la justice administrative qui existe dans la plupart des Etats. […]. Deux points de vue concourent donc à la détermination de la compétence de la juridiction constitutionnelle : d'une part, la notion pure de garantie de la Constitution, qui conduirait à y faire entrer le contrôle de tous les actes immédiatement subordonnés à la Constitution et d'eux seuls ; d'autre part, l'opposition entre actes généraux et actes individuels, qui conduirait à y ranger le contrôle des lois et aussi des règlements. Il faut, en se gardant de tout préjugé doctrinal, combiner des deux principes selon les besoins de la Constitution considérée. […]

Une constitution à laquelle la garantie de l'annulation des actes inconstitutionnels fait défaut, n'est pas pleinement obligatoire, au sens technique. […] Une constitution dans laquelle les actes inconstitutionnels et en particulier les lois inconstitutionnelles restent ainsi valables […] équivaut à peu près du point de vue proprement juridique, à un voeu sans force obligatoire. […] Ce faible degré de force obligatoire réelle est en désaccord radical avec l'apparence de fermeté allant jusqu'à la fixité que l'on confère à la Constitution en soumettant sa révision à des conditions renforcées. Pourquoi tant de précautions, si les normes de la Constitution, bien que presque immodifiables, sont en réalité presque sans force obligatoire ? […]

A côté de cette signification générale commune à toutes les Constitutions, la justice constitutionnelle a aussi une importance spéciale, qui varie selon les traits caractéristiques de la Constitution considérée. Cette importance est de tout premier ordre pour la République

démocratique, dont les institutions de contrôle sont une condition d'existence. […] [En outre, la justice constitutionnelle] est un moyen de protection efficace de la minorité contre les empiètements de la majorité. La domination de celle-ci ne devient supportable que si elle est exercée de façon régulière. La forme constitutionnelle spéciale, qui consiste d'ordinaire en ceci que la révision de la Constitution est liée à une majorité renforcée, signifie que certaines questions fondamentales ne peuvent être résolues que d'accord avec la minorité : la majorité simple n'a pas, du moins en certaines matières, le droit d'imposer sa volonté à la minorité. […] Si l'on voit l'essence de la démocratie, non dans la toute-puissance de la majorité, mais dans le compromis constant entre les groupes représentés au Parlement par la majorité et la minorité, et par suite, dans la paix sociale, la justice constitutionnelle apparaît comme un moyen particulièrement propre à réaliser cette idée.

Document 3 : L. FAVOREU, « Modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle », *Annuaire internationale de justice constitutionnelle*, 1988, n° 4, Extrait.

II. Ce qui caractérise le modèle européen par rapport au modèle américain

On relèvera six caractéristiques essentielles : l'existence de contentieux constitutionnel distinct des autres contentieux ; le monopole du jugement de ce contentieux au profit une seule juridiction, la Cour ou le Tribunal constitutionnel ; la spécificité de cette cour ; les conditions de saisine de celle-ci ; la nature du contentieux constitutionnel ; les conséquences qui en résultent quant aux effets des décisions ou arrêts rendus par les cours ou tribunaux constitutionnels.

A. La séparation du contentieux constitutionnel des autres contentieux est la première caractéristique à noter.

Dans ce que l'on appelle le « contrôle diffus » à l'américaine, les tribunaux sont appelés à se prononcer sur tous les aspects d'un même litige, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les questions civiles, administratives ou constitutionnelles que soulève cette affaire : les tribunaux américains ont plénitude de juridiction.

Tandis que les tribunaux européens sont obligés de faire un tri parmi les questions posées et éventuellement de mettre de côté celle qui touche à la constitutionnalité d'une loi (dont l'application conditionne la solution du litige) : et ceci afin, soit de renvoyer la question à la cour constitutionnelle, soir de renoncer purement et simplement à l'examen de cette question parce qu'il n'est pas compétent pour en juger.

B. Les questions d'inconstitutionnalité de la loi constituent en elles-mêmes un contentieux dont le jugement est attribué, de manière exclusive, à la Cour constitutionnelle.

Celle-ci a donc aussi un monopole et concentre entre ses mains le pouvoir d'interpréter la Constitution, le plus souvent en premier et dernier ressort, et quelquefois en dernier ressort (cas portugais). Les avantages de cette concentration sont évidents : l'unité de l'interprétation renforce la cohésion de celle-ci, réduit les inégalités et assure la sécurité juridique. La Cour Suprême, dans le système américain, agit de même : mais elle aura à harmoniser ou synthétiser toute une série d'interprétations souvent contradictoires émanant de juges inférieurs tandis que,

par hypothèse dans le système européen, La première et unique interprétation sera donnée directement par la Cour constitutionnelle elle-même.

C. La singularité de la cour constitutionnelle résulte moins de sa composition que de son absence d'attaches avec l'appareil juridictionnel ordinaire.

La Cour constitutionnelle n'est pas au sommet de l'édifice juridictionnel : elle est placée en dehors de cet édifice et n'a aucun lien structurel avec lui. Sa place est alors très particulière dans l'ordre juridique et constitutionnel. En effet, elle ne fait pas partie pouvoir judiciaire : comme le souligne l'éminent constitutionnaliste italien, v. Crisafulli, la Cour constitutionnelle « ne rentre pas, non seulement dans l'ordre judiciaire mais même pas dans l'organisation juridictionnelle au sens plus large du terme :… la cour constitutionnelle… reste en dehors des pouvoirs étatiques traditionnellement connus ; elle forme un pouvoir indépendant dont le rôle consiste à assurer le respect de la Constitution dans tous les domaines. » (17)

Ceci est conforme au schéma établi par Kelsen dès 1928 : « C'est un organe… indépendant… de toute autre autorité étatique qu'il faut chargé de l'annulation des actes inconstitutionnels – c'est-à-dire une juridiction ou tribunal constitutionnel» (18). Ceci rejoint aussi la conception allemande qui fait du tribunal constitutionnel un « organe constitutionnel » c'est-à-dire plus qu'un simple tribunal.
À la différence donc de ce qui se passe aux Etats-Unis, la juridiction constitutionnelle n'est pas intégrée dans le troisième pouvoir, le pouvoir judiciaire ; elle est en dehors des trois pouvoirs (législatif, exécutif et judiciaire) et chargée de veiller au respect, par ceux-ci, de la constitution.

D. Quatrième caractéristique du modèle européen tient aux modalités de saisine des Cours constitutionnelles.

En effet, dans le système américain, ce sont normalement les individus qui sont à l'origine des affaires constitutionnelles par la voie dite de l'exception soulevée au cours d'un procès ordinaire devant n'importe quel tribunal. Dans le système européen, on peut dire, à l'inverse, que les individus ne sont pas normalement à l'origine du déclenchement du procès constitutionnel.

Le déclenchement du contrôle de constitutionnalité des lois peut appartenir, en Europe, à trois catégories de requérants : les autorités politiques ou publiques, les tribunaux et les individus. La première catégorie de requérants existe dans tous les systèmes relevant du modèle européen (Autriche, Belgique, Espagne, France, Italie, Pologne, Portugal, Turquie, Yougoslavie). Il s'agit le plus souvent d'autorités politiques telles que les chefs d'État (président de la République) ou de gouvernement (premier ministre), les assemblées parlementaire ou leurs présidents, les minorités parlementaires (ces minorités étant déterminées soit par une proportion – un tiers des députés en Autriche et en RFA, un dixième au Portugal – soit par un nombre minimum – 60 députés ou sénateurs en France, 50 députés en Espagne et en Pologne), les assemblées ou exécutifs régionaux (provinciaux). Quelquefois, sont aussi habilitées à saisir la cour constitutionnelle, les autorités publiques : ombdusman en Espagne (« Défenseur du peuple ») et au Portugal (« Provedor da justiça ») ; procureur en Espagne.

La deuxième catégorie de requérants est prévue dans presque tous les pays susvisés : selon des modalités sensiblement identiques, à quelques nuances près cependant. En Espagne, Italie et en République fédérale d'Allemagne toute juridiction peut renvoyer la question d'inconstitutionnalité soulevée devant lui au cours d'un procès ordinaire devant la Cour constitutionnelle ; en Autriche, seuls les tribunaux d'appels et de dernière instance ont cette faculté. France, où ce système n'existe pas, il est parfois envisagé d'accorder cette faculté aux juridictions suprêmes des deux ordres (Conseil d'Etat et Cour de cassation).

La troisième catégorie de requérants – les individus – n'a qu'une place réduite dans le modèle européen à l'exception cependant de l'Allemagne fédérale. En effet, dans ce pays les individus peuvent introduire directement des recours contre des lois devant le Tribunal constitutionnel si ces lois portent atteinte à leurs droits fondamentaux et à condition d'avoir épuisé les voies de recours ordinaires. Chaque année de nombreux recours sont ainsi introduits mais la quasi-totalité sont écartés par des commissions de trois juges et parmi les rares qui sont jugés par le Tribunal constitutionnel lui-même, seules deux ou trois aboutissent.

Ce type de recours individuel existe aussi en Autriche depuis 1975 ; mais il est beaucoup moins utilisé qu'en RFA. En Espagne les individus peuvent directement saisir le tribunal constitutionnel par un recours dit d'*amparo* ; mais ce recours ne peut être dirigé directement contre une loi. C'est seulement au cas où la chambre du Tribunal constitutionnel saisie du recours d'*amparo* contre un acte administratif ou juridictionnel estime qu'elle pose une question de constitutionnalité de la loi et qu'il convient de renvoyer cette question au tribunal siégeant formation plénière que l'on peut arriver un examen de la constitutionnalité d'une loi. Mais alors c'est le tribunal lui-même qui se saisit et l'auteur de la saisine n'est pas en réalité l'individu lui-même. Cette place réduite des individus s'explique en fait, par la nature du contentieux que traitent les Cours constitutionnelles.

E. La nature du contentieux constitutionnel est différente dans les deux systèmes.

Dans le système américain, il s'agit (en principe) d'un contentieux exclusivement concret : l'existence de « *case or controversy* » conditionne l'examen de la question de constitutionnalité de la loi. Le système européen se caractérise au contraire, par l'existence d'un contentieux abstrait ou objectif susceptible d'être soumis aux Cours constitutionnelles : ce contrôle peut s'exercer *a priori* ou *a posteriori* sans qu'existe aucun litige concret mettant en cause des situations individuelles.
Certes, il existe aussi un contrôle concret des normes en Italie, RFA, Autriche et Espagne ; mais il ne faut pas oublier que, si c'est en effet au cours d'un procès ordinaire qui soulevé l'exception d'inconstitutionnalité, le procès constitutionnel qui se greffe sur le procès ordinaire va être jugé par la Cour constitutionnelle de manière quasiment autonome et peut aboutir à un jugement ayant effet *erga omnes* (contrairement à ce qui se passe dans le système américain). L'exception d'inconstitutionnalité « à l'européenne » ne peut être confondue avec l'exception d'inconstitutionnalité « à l'américaine ». Cependant, il est fréquent que des auteurs italiens, par exemple, estiment que le système en vigueur en Italie se rapproche beaucoup du « *judicial review* ». Ceci ne nous paraît pas évident car la Cour constitutionnelle garde le monopole de l'appréciation de la constitutionnalité des lois.

Quant au recours direct de type allemand, certes, il suppose certes, une atteinte aux droits fondamentaux de l'individu ; mais lorsqu'elle parvient jusqu'au tribunal constitutionnel, la question d'inconstitutionnalité a certainement perdu son caractère subjectif ou personnel originel pour revêtir celui d'une décision de principe à caractère objectif sinon abstrait.

F. Les effets des décisions rendues sur le contrôle de constitutionnalité ne sont pas les mêmes dans les deux systèmes

Selon le modèle américain, la décision du tribunal statuant sur une exception d'inconstitutionnalité ne peut avoir que des effets relatifs. En revanche, les décisions des Cours constitutionnelles ont effet *erga omnes* non seulement si elles prononcent l'inconstitutionnalité des dispositions législatives soumises à contrôle mais même – du moins pour certains d'entre elles – au cas où elles rejettent le recours.

Ceci se rattache à la nature objective du contentieux constitutionnel devant les Cours constitutionnelles quelles que soient finalement les modalités de saisine : même si au départ, il y a une question individuelle ou un intérêt subjectif, en définitive l'arrêt rendu par la Cour (par exemple en Italie) a un effet général (et non limité aux parties en cause) parce que, sans doute, le soucis d'assurer la sécurité juridique et le respect du principe d'égalité l'imposent. Ces dernières considérations (sécurité juridique et égalité devant la loi) ont une force particulière en Europe ; en revanche, aux Etats-Unis, la multiplicité des ordres juridiques correspondant à chacun des cinquante Etats de l'Union explique sans doute l'acceptation d'une inégalité devant la loi et donc aussi d'une application différenciée de celle-ci selon le succès obtenu en matière de contrôle de constitutionnalité des lois.

Les Cours constitutionnelles ont réussi, en un temps assez court (une vingtaine d'années), à s'implanter en Europe alors que pendant plusieurs dizaines d'années, des efforts ont été faits en vain pour transposer le modèle américain. Les pays européens se sont ainsi dotés d'un instrument qui apparait aujourd'hui indispensable dans toute Constitution moderne ; en empruntant une roue différente de celle tracée par le modèle américain, ils sont parvenus (ou son en train de parvenir) à des résultats semblables à ceux constatés aux Etats-Unis ; et ils viennent ainsi à se poser des problèmes très voisins de ceux que suscite le système de « judicial review ». En retour, certains auteurs américains en viennent eux aussi, en comparant les deux modèles, à s'interroger sur les qualités et les défauts de leur propre système et à proposer que, même aux Etats-Unis, on considère qu'il y a pas un seul système mais deux : « Pour conclure : il est temps que les doctrines constitutionnelles américaine et européenne conçoivent le contrôle de constitutionnalité comme le « genre » et le modèle américain simplement comme une espèce ou un cas (en quelque sorte la variante judiciaire) de contrôle de constitutionnalité qui n'est ni intrinsèquement meilleur ni pire que les différents pratiques européennes. Cette approche a permis une évaluation plus objective et plus enrichissante des avantages et inconvénients relatifs des différents aménagements institutionnels du contrôle de constitutionnalité. Plus fondamentalement, elle facilitera une discussion plus raffinée sur la dialectique juridique/politique inhérente à tout régime de contrôle de constitutionnalité ».

On ne peut qu'être d'accord avec Frederik Morton ; mais dans la mesure où les deux « espèces » appartiennent au même « genre », il y a quand même entre elles un certain nombre de rapprochements à faire.

Document 4 : C. ROYNIER, « Penser la justice constitutionnelle au-delà des modèles et des grands systèmes », *Politeia*, vol. 26, 2014, Extrait.

L'intérêt d'une réflexion sur les modèles et la modélisation de la justice constitutionnelle n'est pas difficile à démontrer. D'une part, en France, la justice constitutionnelle est le modèle – au sens d'exemple – de la pensée en « modèles »- d'une notion de droit constitutionnel. D'autre part, l'actualité constitutionnelle française avec l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité, qui ne rentre pas dans les modèles de justice constitutionnelle ou encore de l'exemple de la récente Cour suprême du Royaume-Uni créée par le *Constitutional Reform Act 2005* constitue de sérieuses remises en cause de l'opposition entre le « *modèle américain* » et le « *modèle européen* » de justice constitutionnelle.

La question prioritaire de constitutionnalité illustre en effet le caractère hybride de certaines formes que peut prendre la justice constitutionnelle puisqu'il s'agit d'un contrôle *a posteriori* et concret de la constitutionnalité des lois (modèle américain) avec cependant un effet *erga omnes* des déclarations d'inconstitutionnalité (modèle européen). Quant à la Cour Suprême du Royaume-Uni, elle n'a pas le pouvoir de suspendre l'application d'un *Act* du Parlement – comme le peut la Cour Suprême américaine et encore moins le faire disparaître (en raison de la souveraineté du Parlement) comme le peuvent les cours constitutionnelles. Cependant, d'un autre côté, cette Cour suprême connaît bien, par la voie de l'appel, du contentieux de la dévolution, ce qui la rapproche du modèle américain. La Cour suprême peut en effet juger de ces questions de justice constitutionnelle par cette voie et ne se trouve pas placée, comme les cours constitutionnelles européennes, hors de l'appareil juridictionnel ordinaire. Cela la rapproche du « modèle américain ».

Cette opposition « inventée » au sens où l'on invente un trésor – par L. Favoreu dans la thèse de Charles Eisenmann, qui a aussi été diffusée par M. Cappelletti en Italie, mais également aux Etats-Unis par John Henry Merryman ou encore Allan Brewer-Carias semble bien arriver au bout de ses capacités explicatives et descriptives Après avoir connu une phase de très grand succès, cette reconstruction est aujourd'hui très largement remise en cause par la doctrine constitutionnelle française, dont les critiques portent sur beaucoup d'aspects de cette reconstruction. Parmi ces dernières se trouvent principalement son intérêt et sa pertinence scientifique, sa dimension idéologique et politique, la réduction de la justice constitutionnelle au seul contrôle de constitutionnalité que cette reconstruction opère. En revanche, peu d'auteurs ont « déconstruit » cette « reconstruction » du point de vue de sa confection entendue comme une modélisation en rapport avec la classification des grands systèmes de droits étrangers. Le nombre de ces grands systèmes peut varier, l'opposition cardinale étant celle des pays de « *common law »* d'un côté et des pays de « *civil law »* de l'autre. Dans la formulation la plus classique de la doctrine comparatiste traditionnelle française, il fallait ajouter à cette dichotomie la famille des droits socialistes, les systèmes philosophiques ou religieux (droit musulman, droit hindou, droit juif, droit de l'Extrême-Orient).

Le point de vue de la modélisation serait une bonne manière d'envisager les rapports entre les grands systèmes juridiques et ces « modèles » de justice constitutionnelle notamment parce que la modélisation, étant transversale à un certain nombre de discipline, permet de prendre du recul par rapport à la discipline juridique.

Document 5 : G. DRAGO, « Justice constitutionnelle », *Droits*, 34 (2), 2001, extrait.

GRANDES TENDANCES CONTEMPORAINES DE LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

Les tendances contemporaines de la justice constitutionnelle accompagnent le développement du constitutionnalisme. Celui-ci s'oriente dans plusieurs directions. La constitution apparaît aujourd'hui comme une norme sanctionnée, garantie par l'existence de juges chargés de veiller

à son respect. Que le contrôle de constitutionnalité soit ici diffus ou concentré n'a pas d'influence. Dans la plupart des constitutions démocratiques, le droit procède de la constitution. Le juge y trouve une source du droit, parmi d'autres certes, mais hiérarchiquement supérieure pourvu que cela soit inscrit dans un texte fondamental. Ces constitutions contiennent des droits fondamentaux, individuels et collectifs, dont les citoyens peuvent se prévaloir. La justice constitutionnelle est l'organe privilégié permettant la défense de ces droits fondamentaux, ce qui n'est pas exclusif des autres juges. Mais cette image d'un juge suprême, gardien de la constitution, est fortement ancrée dans les mentalités, ce qui légitime plus facilement ses avancées jurisprudentielles. Cette « constitutionnalisation du droit » (L. Favoreu) est perceptible dans toutes les branches du droit, mais elle produit des effets juridictionnels inédits. Même là où le contrôle de constitutionnalité est concentré, comme en France, le juge ordinaire se sent autorisé à utiliser cette constitution qu'on lui présente de toutes parts. Le juge de droit commun devient juge constitutionnel parce qu'il a ouvert la Boîte de Pandore des droits fondamentaux et qu'il y a trouvé la constitution.

La deuxième tendance est inverse de la précédente. Au fur et à mesure que se développe un phénomène d'imitation entre les cours constitutionnelles, sorte de course de vitesse des droits fondamentaux, les systèmes juridiques nationaux résistent, en opposant leurs particularités culturelles, historiques. Les résistances nationales utilisent les mêmes armes : spécificités inscrites dans la constitution, rapports de systèmes de droit et d'institutions qui limitent l'influence du juge constitutionnel, comme c'est le cas en France, oppositions purement politiques.

La troisième ligne de force concerne particulièrement le continent européen. Qu'il s'agisse des pays membres de l'Union européenne ou de ceux, plus nombreux, qui adhèrent à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les rapports de système juridique induits de cet enchevêtrement de compétences et d'institutions placent la justice constitutionnelle, nécessairement rattachée à un ordre juridique national, en position seconde. Parce que l'Union européenne et le système de la Convention des droits de l'homme créent des juridictions spéciales à vocation générale dont les décisions s'imposent au droit national, le juge constitutionnel voit son horizon se rétrécir. Aux yeux du justiciable, la justice constitutionnelle n'est plus l'unique et ultime référence. Le gardien des droits fondamentaux est à Strasbourg ou à Luxembourg.

POUR UNE CONCEPTION FONCTIONNELLE ET PROCÉDURALE DE LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

La notion de justice constitutionnelle peut recouvrir des conceptions fort différentes, selon le critère employé. Au sens organique, c'est l'institution chargée d'assurer la suprématie juridique de la constitution. Au sens matériel, c'est l'activité de contrôle de la conformité à la constitution des actes qui lui sont subordonnés. On défend ici une conception fonctionnelle et procédurale de la justice constitutionnelle, selon laquelle on est en présence de l'exercice de celle-ci lorsqu'il existe une procédure assurant la suprématie de la constitution. Selon cette conception, la nature de l'organe qui exerce ce contrôle passe au second plan. Ce qui importe est que la

constitution soit une norme juridique effective, en ce sens que soit organisée une procédure permettant d'en sanctionner la violation. L'exercice de cette fonction de justice constitutionnelle est tourné vers la recherche de l'unification du système juridique autour des principes de droit et d'organisation politique inscrits dans la constitution.

DROIT CONSTITUTIONNEL

Année universitaire 2026-2027
1ère année – Semestre 1

Cours de Monsieur GAYE-PALETTES

Travaux dirigés : Matthieu BALOURDET, Maéva Boyer, Corentin CAZIER, Mickaël CIRON, Ahmadou HISSEINE.

SÉANCE N° 8

La séparation des pouvoirs (théorie)

Documents :

- Aristote, *Politique*, Livre III, « De l'Etat et du citoyen ; Théorie des gouvernements et de la souveraineté ; De la royauté. », GF Flammarion, 2015, Extrait.
- Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Livre XI, 1748, tiré des éditions GF Flammarion, 2013, Extrait.
- J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, Chapitre XI, 1690, tiré des éditions GF Flammarion, 1984, Extrait.
- A. HAMILTON, J. JAY & J. MADISON, 1788, *Le Fédéraliste*, reproduit par Classiques Garnier, 2012, Extrait.
- Ch. EISENMANN, « L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs », in *Mélanges Carré de Malberg*, Sirey, 1933, Extrait.
- C. M. PIMENTEL, « Le sanctuaire vide : la séparation des pouvoirs comme superstition juridique ? », *Pouvoirs*, vol. 102, 2002/3, Extrait.

Définitions importantes :

- Séparation horizontale des pouvoirs :
  - Pouvoir exécutif
  - Pouvoir législatif
  - Pouvoir judiciaire
- Séparation fonctionnelle/organique :

Exercice :

Vous disserterez sur le sujet suivant :

« *La séparation des pouvoirs peut-elle être équilibrée* ? »

Document 1 : Aristote, *Politique*, Livre III, « De l'Etat et du citoyen ; Théorie des gouvernements et de la souveraineté ; De la royauté. », GF Flammarion, 2015, Extrait.

Dans tout État, il est trois parties, dont le législateur, s'il est sage, s'occupera, par-dessus tout, à bien régler les intérêts. Ces trois parties une fois bien organisées, l'État tout entier est nécessairement bien organisé lui-même ; et les États ne peuvent différer réellement que par l'organisation différente de ces trois éléments. Le premier de ces trois objets, c'est l'assemblée générale délibérant sur les affaires publiques ; le second, c'est le corps des magistrats, dont il faut régler la nature, les attributions et le mode de nomination ; le troisième, c'est le corps judiciaire.

Le pouvoir délibératif. – L'assemblée générale décide souverainement de la paix et de la guerre, de la conclusion et de la rupture des traités ; elle fait les lois, prononce la peine de mort, l'exil, la confiscation, et reçoit les comptes des magistrats. Il faut ici nécessairement prendre un des deux partis suivants : ou laisser toutes les décisions au corps politique tout entier, ou les attribuer toutes à une minorité, par exemple à une ou plusieurs magistratures spéciales ; ou bien les partager, et attribuer celles-ci à tous les citoyens, celles-là à quelques-uns seulement. (…)

Le pouvoir exécutif. – La question qui suit celle de l'organisation de l'assemblée générale, c'est la question de la répartition des magistratures. Ce second élément du gouvernement ne présente pas moins de variétés que le premier, sous le rapport du nombre des pouvoirs, de leur étendue et de leur durée. Cette durée est tantôt de six mois, ou même moins longue, tantôt d'une année ou davantage. Les pouvoirs doivent-ils être conférés à vie et à longues échéances, ou suivant un système différent ? Faut-il qu'un même individu puisse en être revêtu à plusieurs reprises, ou bien seulement une fois, sans jamais pouvoir y aspirer une seconde ? (…)

Certaines charges sont toutes politiques, et agissent dans un ordre spécial de faits, ou sur le corps entier des citoyens : le général, par exemple, commande à tous les membres de l'armée ; ou bien sur une portion seulement de la cité : telles sont les charges d'inspecteur des femmes ou des enfants. D'autres fonctions sont, on peut dire, d'économie publique ; par exemple, celles d'intendant des vivres, qui sont aussi électives. D'autres enfin sont serviles, et on les confie à des esclaves, quand l'État est assez riche pour les payer. D'une manière générale, les seules véritables magistratures sont les fonctions qui donnent le droit de délibérer sur certains objets, de décider et d'ordonner. J'appuie surtout sur cette dernière condition ; car ordonner est le caractère réellement distinctif de l'autorité. Ceci d'ailleurs n'importe pour ainsi dire en rien dans l'usage ordinaire ; on n'a jamais disputé sur la dénomination des magistrats, et c'est un point de controverse purement théorique. (…)

Le pouvoir judiciaire. – Des trois éléments politiques énumérés plus haut, il ne nous reste plus qu'à parler des tribunaux. Nous suivrons les mêmes principes pour en étudier les modifications diverses. Les différences des tribunaux entre eux ne peuvent reposer que sur trois points : leur personnel, leurs attributions, leur mode de formation. Quant au personnel, les juges peuvent être pris dans l'universalité ou dans une partie seulement des citoyens ; quant aux attributions, les tribunaux peuvent être de plusieurs genres ; enfin, quant au mode de formation, ils peuvent être créés à l'élection ou au sort. (…) L'universalité des citoyens étant apte à toutes les fonctions

judiciaires, les juges peuvent être nommés tous au sort, ou tous à l'élection, et prononcer sur les affaires, tantôt au sort, tantôt à l'élection. L'aptitude étant limitée à quelques juridictions spéciales, les juges peuvent être nommés, les uns au sort, les autres à l'élection. Après ces quatre modes de formation, où figure le corps entier des citoyens, il y en a également quatre autres pour le cas où l'entrée du tribunal est le privilège d'une minorité. La minorité qui connaît de toutes les causes, peut être aussi nommée au choix ou nommée au sort ; ou bien elle peut provenir à la fois du sort pour telles affaires, et de l'élection pour telles autres. Enfin quelques tribunaux, même avec des attributions toutes pareilles, peuvent être formés, les uns au sort, les autres à l'élection. Tels sont les quatre nouveaux modes correspondant à ceux que nous venons d'indiquer.

On peut encore combiner deux à deux ces hypothèses diverses. Par exemple, les juges de certaines causes peuvent être pris sur la masse des citoyens, et les juges de certaines autres, dans quelques classes seulement ; ou bien de l'une et l'autre façon à la fois, les membres d'un même tribunal sortant, ceux-ci de la masse, ceux-là de classes privilégiées, soit au sort, soit à l'élection, soit par les deux modes simultanément.

Document 2 : Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Livre XI, 1748, tiré des éditions GF Flammarion, 2013, Extrait.

Chapitre IV

La démocratie et l'aristocratie ne sont point des États libres par leur nature. La liberté politique ne se trouve que dans les gouvernements modérés. Mais elle n'est pas toujours dans les États modérés ; elle n'y est que lorsqu'on n'abuse pas du pouvoir; mais c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites. Qui le dirait ! la vertu même a besoin de limites.

Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arête le pouvoir. Une constitution peut être telle que personne ne sera contraint de faire les choses auxquelles la loi ne l'oblige pas, et à ne point faire celles que la loi lui permet

Chapitre VI

Il y a dans chaque État trois sortes de pouvoirs: la puissance législative, la puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutrice de celles qui dépendent du droit civil.

Par la première, le prince ou le magistrat fait des lois pour un temps ou pour toujours, et corrige ou abroge celles qui sont faites. Par la seconde, il fait la paix ou la guerre, envoie ou reçoit des ambassades, établit la sûreté, prévient les invasions. Par la troisième, il punit les crimes, ou juge les différends des particuliers. On appellera cette dernière la puissance de juger, et l'autre simplement la puissance exécutrice de l'État.

La liberté politique dans un citoyen est cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sa sûreté; et pour qu'on ait cette liberté, il faut que le gouvernement soit tel qu'un citoyen ne puisse pas craindre un autre citoyen.

Lorsque, dans la même personne ou dans le même corps de magistrature, la puissance législative est réunie à la puissance exécutrice, il n'y a point de liberté; parce qu'on peut craindre que le

même monarque ou le même sénat ne fasse des lois tyranniques pour les exécuter tyranniquement.

Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté

des citoyens serait arbitraire: car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutrice, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur.

Tout serait perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs : celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers.

Document 3 : J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, Chapitre XI, 1690, tiré des éditions GF Flammarion, 1984, Extrait.

La grande fin que se proposent ceux qui entrent dans une société, étant de jouir de leurs propriétés, en sûreté et en repos; et le meilleur moyen qu'on puisse employer, par rapport à cette fin, étant d'établir des lois dans cette société, la première et fondamentale loi positive de tous les États, c'est celle qui établit le pouvoir législatif, lequel, aussi bien que les lois fondamentales de la nature, doit tendre à conserver la société; et, autant que le bien public le peut permettre, chaque membre et chaque personne qui la compose. Ce pouvoir législatif n'est pas seulement le suprême pouvoir de l'État, mais encore est sacré, et ne peut être ravi à ceux à qui il a été une fois remis. Il n'y a point d'édit, de qui que ce soit, et de quelque manière qu'il soit conçu, ou par quelque pouvoir qu'il soit appuyé, qui soit légitime et ait force de loi, s'il n'a été fait et donné par cette autorité législative, que la société a choisie et établie; sans cela, une loi ne saurait avoir ce qui est absolument nécessaire à une loi; savoir, le consentement de la société, à laquelle nul n'est en droit de proposer des lois à observer qu'en vertu du consentement de cette société, et en conséquence du pouvoir qu'il a reçu d'elle. C'est pourquoi toute la plus grande obligation où l'on puisse être de témoigner de l'obéissance, n'est fondée que sur ce pouvoir suprême qui a été remis à certaines personnes, et sur ces lois qui ont été faites par ce pouvoir. De même, aucun serment prêté à un pouvoir étranger, quel qu'il soit, ni aucun pouvoir domestique ou subordonné, ne peuvent décharger aucun membre de l'État de l'obéissance qui est due au pouvoir législatif, qui agit conformément à l'autorité qui lui a été donnée, ni l'obliger à faire aucune démarche contraire à ce que les lois prescrivent, étant ridicule de s'imaginer que quelqu'un pût être obligé, en dernier ressort, d'obéir au pouvoir d'une société, lequel ne serait pas suprême.

(…)

Le pouvoir législatif est celui qui a droit de régler comment les forces d'un État peuvent être employées pour la conservation de la communauté et de ses membres. Mais parce que ces lois, qui doivent être constamment exécutées, et dont la vertu doit toujours subsister, peuvent être faites en peu de temps, il n'est pas nécessaire que le pouvoir législatif soit toujours sur pied, n'ayant pas toujours des affaires qui l'occupent. Et comme ce pourrait être une grande tentation pour la fragilité humaine, et pour ces personnes qui ont le pouvoir de faire des lois, d'avoir aussi entre leurs mains le pouvoir de les faire exécuter, dont elles pourraient se servir pour s'exempter elles-mêmes de l'obéissance due à ces lois qu'elles auraient faites, et être portées à

ne se proposer, soit en les faisant, soit lorsqu'il s'agirait de les exécuter, que leur propre avantage, et à avoir des intérêts distincts et séparés des intérêts du reste de la communauté, et contraires à la fin de la société et du gouvernement : c'est, pour cette raison, que dans les États bien réglés, où le bien public est considéré comme il doit être, le pouvoir législatif est remis entre les mains de diverses personnes, qui dûment assemblées, ont elles seules, ou conjointement avec d'autres, le pouvoir de faire des lois, auxquelles, après qu'elles les ont faites et qu'elles se sont séparées, elles sont elles-mêmes sujettes; ce qui est un motif nouveau et bien fort pour les engager à ne faire de lois que pour le bien public.

Mais parce que les lois qui sont une fois et en peu de temps faites, ont une vertu constante et durable, qui oblige à les observer et à s'y soumettre continuellement, il est nécessaire qu'il y ait toujours quelque puissance sur pied qui fasse exécuter ces lois, et qui conserve toute leur force : et c'est ainsi que le pouvoir législatif, et le pouvoir exécutif, se trouvent souvent séparés. Il y a un autre pouvoir dans chaque société, qu'on peut appeler naturel, à cause qu'il répond au pouvoir que chaque homme a naturellement avant qu'il entre en société. Car, quoique dans un État les membres soient des personnes distinctes qui ont toujours une certaine relation de l'une à l'autre, et qui, comme telles, sont gouvernées par les lois de leur société, dans cette relation pourtant qu'elles ont avec le reste du genre humain, elles composent un corps, qui est toujours, ainsi que chaque membre l'était auparavant, dans l'état de nature, tellement que les différends qui arrivent entre un homme d'une société, et ceux qui n'en sont point, doivent intéresser cette société-là, et une injure faite à un membre d'un corps politique engage tout le corps à en demander réparation. Ainsi, toute communauté est un corps qui est dans l'état de nature, par rapport aux autres États, ou aux personnes qui sont membres d'autres communautés.

C'est sur ce principe qu'est fondé le droit de la guerre et de la paix, des ligues, des alliances, de tous les traités qui peuvent être faits avec toutes sortes de communautés et d'États. Ce droit peut être appelé, si l'on veut, droit ou pouvoir fédératif : pourvu qu'on entende la chose, il est assez indifférent de quel mot on se serve pour l'exprimer.

Ces deux pouvoirs, le pouvoir exécutif, et le pouvoir fédératif, encore qu'ils soient réellement distincts en eux-mêmes, l'un comprenant l'exécution des lois positives de l'État, de laquelle on prend soin au-dedans de la société ; l'autre, les soins qu'on prend, et certaine adresse dont on use pour ménager les intérêts de l'État, au regard des gens de dehors et des autres sociétés; cependant, ils ne laissent pas d'être presque toujours joints. Pour ce qui regarde en particulier le pouvoir fédératif, ce pouvoir, soit qu'il soit bien ou mal exercé, est d'une grande conséquence à un État ; mais il est pourtant moins capable de se conformer à des lois antécédentes, stables et positives, que n'est le pouvoir exécutif; et, par cette raison, il doit être laissé à la prudence et à la sagesse de ceux qui en ont été revêtus, afin qu'ils le ménagent pour le bien public. En effet, les lois qui concernent les sujets entre eux, étant destinées à régler leurs actions, doivent précéder ces actions-là : mais qu'y a-t-il à faire de semblable à l'égard des étrangers, sur les actions desquels on ne saurait compter ni prétendre avoir aucune juridiction ? Leurs sentiments, leurs desseins, leurs vues, leurs intérêts peuvent varier ; et on est obligé de laisser la plus grande partie de ce qu'il y a à faire auprès d'eux, à la prudence de ceux à qui l'on a remis le pouvoir fédératif, afin qu'ils emploient ce pouvoir, et ménagent les choses avec le plus de soin pour l'avantage de l'État.

Quoique, comme j'ai dit, le pouvoir exécutif et le pouvoir fédératif de chaque société soient réellement distincts en eux-mêmes, ils se séparent néanmoins mal aisément, et on ne les voit guère résider, en un même temps, dans des personnes différentes. Car l'un et l'autre requérant, pour être exercés, les forces de la société, il est presque impossible de remettre les forces d'un

État à différentes personnes qui ne soient pas subordonnées les unes aux autres. Que si le pouvoir exécutif, et le pouvoir fédératif, sont remis entre les mains de personnes qui agissent séparément, les forces du corps politique seront sous de différents commandements ; ce qui ne pourrait qu'attirer, tôt ou tard, des malheurs et la ruine à un État.

Document 4 : A. HAMILTON, J. JAY & J. MADISON, 1788, *Le Fédéraliste*, reproduit par Classiques Garnier, 2012, Extrait.

LE FEDERALISTE 47 (MADISON) – 30 janvier 1788

Au peuple de l'Etat de New York :

Ayant passé en revue la forme générale du gouvernement proposé et la masse générale de pouvoir qui lui est conférée, j'en viens à l'examen de la structure particulière de ce gouvernement, de la distribution de cette masse de pouvoir entre ses parties constitutives.

Une des principales objections que les plus respectables adversaires de la Constitution ont entendu inculquer, est la violation supposée de la maxime politique qui dit que les départements législatif, exécutif et judiciaire doivent être séparés et distincts. Dans la structure du gouvernement fédéral, dit-on, aucune considération n'a été accordée à cette précaution essentielle en faveur de la liberté. Les différents départements du pouvoir sont distribués et mêlés d'une telle manière qu'elle détruit immédiatement toute symétrie et toute beauté de la forme, et expose quelques-unes des parties essentielles de l'édifice au danger d'être écrasées sous le poids disproportionné d'autres parties.

(…)

L'accumulation de tous les pouvoirs, législatif, exécutif et judiciaire, dans les mêmes mains, soit d'un seul homme, soit d'un petit nombre, soit d'un grand nombre, qu'il soit héréditaire, autoproclamé ou élu, peut être justement déclarée la définition même de la tyrannie. Par suite, si la Constitution fédérale était réellement passible de l'accumulation du pouvoir, ou d'un mélange des pouvoirs tendant dangereusement à une telle accumulation, aucun argument supplémentaire ne serait nécessaire pour inspirer une réprobation universelle de ce système.

(…)

Afin de former des idées correctes sur cet important sujet, il sera approprié de rechercher le sens dans lequel la préservation de la liberté requiert que ces trois grands départements du pouvoir soit séparés et distincts.

L'oracle qui est toujours consulté et cité sur ce sujet est le célèbre Montesquieu. S'il n'est pas l'auteur de ce précepte inestimable de la science politique, il a au moins le mérite de l'avoir exposé et recommandé le plus efficacement à l'attention de l'humanité. Essayons, en premier lieu, de vérifier ce qu'il voulait dire sur ce point.

(…)

De ces faits, qui guidèrent Montesquieu, on peut clairement conclure qu'en disant que : « Lorsque, dans la même personne ou dans le même corps de magistrature, la puissance

législative est réunie à la puissance exécutrice, il n'y a point de liberté » ou « Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice », il ne voulait pas dire que ces départements ne doivent pas avoir UNE ACTION PARTIELLE, ni de CONTROLE sur les actes les uns des autres. Ce qu'il entendait signifier, comme l'indiquent ses propres mots, et de façon encore plus convaincante comme l'illustre l'exemple qu'il avait sous les yeux, ne s'élève pas plus haut que ceci : là où la TOTALITE du pouvoir d'un département est exercée par les mêmes mains qui possèdent la TOTALITE du pouvoir d'un autre département, les principes fondamentaux d'une Constitution libre sont subvertis. Cela aurait été le cas, dans la Constitution qu'il examinait, si le roi, qui est le seul magistrat exécutif, avait possédé aussi le pouvoir législatif dans son entier, ou l'administration suprême de la justice, ou si le corps législatif au complet avait possédé l'autorité judiciaire suprême, ou l'autorité exécutive suprême. Mais tout cela n'appartient pas aux vices de cette Constitution. Le magistrat en qui tout le pouvoir exécutif réside ne peut de lui-même faire une loi, même s'il peut opposer son veto à une loi ; ni administrer la justice en personne, même s'il nomme ceux qui l'administrent. Les juges ne peuvent exercer aucune prérogative exécutive, même s'ils émanent du fond exécutif, ni aucune fonction législative, même s'ils peuvent être consultés par les conseils législatifs. La législature entière ne peut accomplir aucun acte judicaire, bien que par l'acte conjoint de ses deux branches les juges puissent être destitués de leur charge, et bien que l'une de ses branches possède le pouvoir judiciaire en dernier ressort. De même, la législature entière ne peut exercer aucune prérogative exécutive suprême, et l'autre sur *l'impeachment* d'une troisième, peut juger et condamner tous les officiers subordonnés du département exécutif.

LE FEDERALISTE 48 (MADISON) – 1er février 1788

Au peuple de l'Etat de New York :

On a montré dans le dernier dans le dernier article que l'apophtegme politique examiné ici n'exige pas que les départements législatif, exécutif et judiciaire soient entièrement déliés les uns des autres. J'entreprendrai à sa suite de montrer que, à moins que ces départements soient liés et mêlés au point de donner à chacun un contrôle constitutionnel sur les autres, le degré de séparation que la maxime exige, comme essentiel à un gouvernement libre, ne peut jamais, dans la pratique, être dument maintenu.

On reconnait, de tous côtés, que les pouvoirs qui appartiennent en propre à chaque département ne doivent pas être directement et complètement administrés par aucun des autres départements. Il est également évident qu'aucun d'entre eux ne doit pas posséder, directement ou indirectement, une influence prédominante sur les autres, dans l'administration de leurs pouvoirs respectifs. On ne déniera pas que le pouvoir est d'une nature envahissante et qu'il doit être effectivement empêché d'outrepasser les limites qu'on lui a assignés. Ainsi, après avoir distingué, en théorie, les différentes classes du pouvoir, suivant qu'ils peuvent être par leur nature législatif, exécutif ou judiciaire, la tache suivante et la plus difficile est de fournir à chacun, en pratique, une garantie contre les empiétements des autres. Quelle doit être cette garantie, c'est le grand problème à résoudre.

Sera-t-il suffisant de noter avec précision les frontières de ces départements, dans la Constitution du gouvernement, et de confier à ces barrières de papier la protection contre les empiétements de l'esprit du pouvoir ? C'est sur cette garantie que semblent avoir compté les rédacteurs de la plupart des Constitutions américaines. Mais l'expérience nous

assure que l'efficacité de cette disposition a été grandement surévaluée ; et que quelques défenses plus adéquates sont indispensablement nécessaires pour protéger les membres les plus faibles du gouvernement contre les plus forts. Le département législatif étend partout la sphère de ses activités, et entraine tout pouvoir dans son tourbillon impétueux.

Document 5 : Ch. EISENMANN, « L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs », *in Mélanges Carré de Malberg*, Sirey, 1933, Extrait.

1. — Séparation des pouvoirs et Esprit des lois sont, pour la quasi-unanimité, sinon même l'unanimité des constitutionnalistes, deux termes indissolublement liés, qui s'évoquent irrésistiblement l'un l'autre : la séparation des pouvoirs, c'est la doctrine constitutionnelle de l'Esprit des lois ; l'Esprit des lois, c'est la première théorie de la séparation des pouvoirs.

Confier les trois fonctions étatiques à des autorités ou groupes d'autorités absolument distinctes et indépendantes; instituer, en d'autres termes, trois autorités ou groupes d'autorités parfaitement séparées à tous égards, — fonctionnellement, du fait que chacune d'elles exercerait en pleine indépendance, d'une façon à la fois intégrale et exclusive, une fonction étatique; personnellement, en ce qu'elles ne pourraient se révoquer les unes les autres; matériellement enfin, parce qu'il leur serait interdit d'avoir aucun contact, aucune relation ou communication; en un mot, séparer totalement le Parlement, le Gouvernement et les Tribunaux ; tel aurait été, d'après une doctrine que l'on peut dire classique, le dessein de Montesquieu, dont le système se ramènerait ainsi en dernière analyse à une seule idée, à un unique principe : l'idée ou le principe de séparation.

2. — Pour répandue qu'elle soit aujourd'hui, cette façon de comprendre et de présenter les idées constitutionnelles de l'Esprit des lois est erronée. Que l'on se reporte à l'esquisse de Constitution du chapitre VI du livre XI, on n'y trouvera ni séparation fonctionnelle ni séparation matérielle des autorités étatiques.

Il est tout d'abord inexact que l'exercice incontrôlé, souverain, de l'intégralité de chacune des fonctions étatiques y soit attribué à une autorité ou à un groupe d'autorités absolument distinct :

Le pouvoir législatif — le pouvoir d'édicter les règles législatives — est confié, non au seul Parlement, mais conjointement au Parlement et au Gouvernement : le monarque reçoit, en effet, un veto, un veto absolu contre les projets de loi adoptés par les deux Chambres, qui nc deviendront donc lois que de son consentement). — Si le pouvoir exécutif y est remis tout entier au seul Gouvernement, celui-ci ne l'exerce cependant pas souverainement ; Montesquieu reconnait au Parlement le droit de contrôler son activité exécutive : « Dans un État libre, la puissance législative » (entendez : le Parlement) « a le droit et doit avoir la faculté d'examiner de quelle manière les laquelle a faites ont été exécutées ». — La fonction juridictionnelle, enfin, sera sans doute exercée en principe par des tribunaux ; Montesquieu n'hésite cependant pas, lorsqu'il estime que l'intérêt de la justice l'exige, à admettre que la mise en action et la connaissance de certaines procédures criminelles appartiendront aux Chambres du Parlement (XI, 6, 158* et159').

Ainsi, aucune des trois autorités n'est à la fois attributaire de l'intégralité d'une fonction, maitresse de cette fonction et spécialisée dans cette seule fonction : le Parlement a simplement part au pouvoir législatif; il contrôle par contre l'exécution des lois et a, en outre, un certain

rôle juridictionnel ; — le Gouvernement a bien l'exercice intégral de Ia fonction exécutive, mais non pas l'exercice souverain ; il n'y est, d'autre part, pas cantonné, mais participe au pouvoir législatif par sou droit de veto; — les Tribunaux enfin sont peut-être bien spécialisés dans la fonction juridictionnelle, mais elle ne leur est pas confiée intégralement, puisque le Parlement l'exercera dans certains cas. Des trois autorités étatiques, deux — le Parlement et le Gouvernement — ne sont donc ni maîtresses d'une fonction ni spécialisées dans une seule fonction ; la troisième — les Tribunaux —, si elle n'intervient dans l'exercice que d'une seule fonction, ne l'exerce pas sans partage.

Les organes étatiques ne sont donc point du tout séparés fonctionnellement dans le système de Montesquieu.

Il est également inexact que les autorités n'y reçoivent aucun moyen d'agir les unes sur les autres. Montesquieu veut voir reconnaitre au Gouvernement le droit de convoquer le Parlement comme aussi celui de le « proroger ».

Il n'est pas moins inexact, enfin, que Montesquieu ait voulu la séparation matérielle de tons les organes étatiques (, Il prévoit, bien au contraire (la question ne se pose pratiquement qu'entre le Parlement et le Gouvernement), que les ministres devront « rendre compte de leur administration », « justifier leur conduite » devant le Parlement (XIX, 27).

[…]

Les conclusions ne condamnent-elles pas les prémisses ?

Et, en effet, Montesquieu n'a jamais proclamé qu'il crut nécessaire de spécialiser fonctionnellement les organes étatiques et voulut donc le faire.

Les propositions où l'on croit lire ce principe de « séparation » et que l'on considère pour cette raison comme la clef du chapitre VI tout entier, qui ne ferait ensuite que développer et compléter ce principe, ces propositions – ce sont les fameux alinéas qui suivent l'énoncé de la distinction des trois pouvoirs – n'ont nullement le sens qu'on leur prête.

Elles ne signifient point qu'une même autorité – individu ou corps – ne doit participer qu'à une seule fonction, avoir d'attributions que d'une seule sorte, ne doit pas être membre de deux organes ou organe de deux fonctions, et, par conséquent, que les organes de deux es fonctions ou des trois ne doivent avoir aucun élément commun, mais simplement et beaucoup plus modestement qu'il ne faut pas que deux quelconques des trois fonctions soient réunies intégralement entre les mêmes mains ; formule de non-cumul beaucoup plus limitée, on le voit, que la première : elle ne postule pas la spécialisation ou séparation fonctionnelle des diverses autorités, mais simplement la non-identité de l'organe des trois ou des deux des trois fonctions.

Document 6 : C. M. PIMENTEL, « Le sanctuaire vide : la séparation des pouvoirs comme superstition juridique ? », *Pouvoirs*, vol. 102, 2002/3, Extrait.

Le propos du présent article est quelque peu radical : il s'agit de savoir si la séparation des pouvoirs, dans ce qui a toujours constitué son noyau ultime, l'idée d'une nécessaire séparation entre l'exécutif et le législatif, n'est pas tout simplement une notion vide de tout contenu. Depuis la relecture de Montesquieu opérée par Eisenmann, on sait que l'auteur de l' Esprit des lois n'a jamais prétendu donner au principe de la séparation des pouvoirs la signification d'une

stricte séparation des fonctions, dans laquelle chacun des organes de gouvernement n'interviendrait que dans sa seule sphère de compétence. Le cœur de l'analyse de la Constitution anglaise selon Montesquieu réside, on le sait, dans le veto royal, moyen ultime de protéger le pouvoir exécutif contre les empiètements du législateur. Or, le droit de veto étant unanimement compris à cette époque comme un pouvoir de faire la loi, il en résulte que le pouvoir exécutif participe directement à l'exercice de la fonction législative. Bien plus, chez Montesquieu, cette participation est la clé de voûte du système tout entier, puisque c'est seulement comme législateur négatif que le monarque est à même de préserver l'intégrité de la prérogative royale.

Ainsi la relecture d'Eisenmann permettait de fonder la légitimité d'une analyse assouplie de la séparation des pouvoirs : dès lors que l'indépendance des organes ne suppose pas une stricte spécialisation des fonctions, il est possible de multiplier les exceptions sans pour autant remettre en cause le principe même de la séparation des pouvoirs, devenu sacro-saint pour toute la tradition juridique libérale. À dire le vrai, l'idée d'une séparation souple était ancienne : elle permettait, pour l'essentiel, de justifier le fonctionnement du régime parlementaire, en légitimant l'existence d'un cabinet étroitement associé à l'exercice de la fonction législative comme à celle du pouvoir exécutif. Au xviiie siècle, Walpole avait déjà plaidé la cause d'une nécessaire souplesse dans la relation entre les pouvoirs publics, de façon à faire admettre les pratiques de corruption par lesquelles les ministres s'assuraient d'une majorité parlementaire stable. Sous la monarchie de Juillet, Duvergier de Hauranne s'était lui aussi fait l'avocat d'une séparation souple des pouvoirs, afin de justifier l'existence d'un cabinet responsable, contre les partisans du pouvoir personnel qui protestaient contre la dépossession du roi par les ministres. Aussi l'idée d'une séparation souple est-elle étroitement liée au développement du régime parlementaire, forme hybride de gouvernement qui cadrait mal avec les théories antérieures de la monarchie mixte.

Il est quelque peu paradoxal de constater, en revanche, que les défenseurs de la séparation stricte se recrutaient aux deux extrémités du spectre idéologique : il pouvait s'agir des partisans de l'omnipotence d'une assemblée unique, depuis les radicaux pennsylvaniens de 1776 jusqu'à la gauche française en 1848, pour lesquels l'objectif essentiel était de cantonner l'organe exécutif dans une position étroitement subordonnée. Mais la séparation stricte, depuis Royer-Collard jusqu'aux partisans du Second Empire, était également utilisée pour justifier la prépondérance du monarque, puis de l'empereur. De façon révélatrice, le théoricien constitutionnel de Napoléon III, Granier de Cassagnac, voyait dans les institutions napoléoniennes une forme authentique de séparation des pouvoirs, dans laquelle l'empereur était à même de gouverner réellement, cependant que la chambre, cantonnée dans sa fonction législative, cesserait de prétendre renverser les ministres. Le véritable enjeu des débats autour de la séparation souple résidait donc dans l'existence d'un cabinet autonome ; pour le reste, les partisans de la séparation stricte pouvaient avoir des motivations politiques diamétralement opposées.

Mais quoi qu'il en soit de ces débats, il est révélateur de constater que les controverses portaient toujours sur les modalités d'aménagement de la séparation des pouvoirs, et nullement sur son principe même. Ce qu'on tentera d'établir ici, bien au-delà, c'est que le principe de séparation entre exécutif et législatif est en réalité dénué de sens, dans la mesure où, depuis le xviiie siècle, il n'a cessé de se vider de sa substance jusqu'à devenir une sorte de relique conceptuelle désormais vide de tout contenu. Les révolutionnaires anglais du xviie siècle, en inventant la séparation des pouvoirs, sont temporairement parvenus à opérer un tour de force conceptuel de premier ordre, en conciliant la toute-puissance du souverain, comme législateur, avec une

limitation effective de son pouvoir, grâce à l'autonomie de l'exécutif. C'est à une telle conciliation d'objectifs absolument contradictoires que la notion de séparation des pouvoirs a dû son extraordinaire pouvoir de fascination : en affirmant à la fois la toute-puissance du souverain et sa limitation, l'idée fondait le plus grand mythe constitutionnel de notre modernité libérale.

Mais on tentera également de montrer que la notion de séparation des pouvoirs ainsi élaborée n'avait de cohérence que dans la mesure où elle recouvrait un contenu profondément différent de celui qu'elle a acquis depuis : ce que visaient les révolutionnaires anglais des années 1640, à travers la notion d'exécutif, c'était essentiellement l'ensemble des cours ordinaires de justice qui, étant tenues d'appliquer la loi ancienne, permettaient d'assurer un minimum de stabilité juridique, et de garantir la permanence des libertés anglaises malgré la toute-puissance du Parlement. Au fur et à mesure que la notion d'exécutif prit une signification gouvernante, depuis Cromwell jusqu'à Montesquieu, le contenu même de la séparation des pouvoirs changea profondément de signification et se vida progressivement de sa substance : le sanctuaire de la séparation des pouvoirs demeurait formellement intact, puisqu'il était censé constituer le lieu même du mystère, de la conjonction entre la toute-puissance et la liberté. Mais cette conciliation des contraires perdit peu à peu tout contenu rationnel pour devenir une pure et simple superstition, vide de toute cohérence, dans la mesure où chacun des deux pouvoirs avait vu sa signification profondément modifiée par l'évolution des concepts juridiques. Dans un premier temps, Montesquieu avait forgé la notion nouvelle d'un pouvoir judiciaire, et avait ainsi achevé d'enlever à la notion d'exécutif toute signification juridictionnelle. Quelques décennies plus tard, l'idée nouvelle d'un pouvoir constituant venait à son tour bouleverser les conceptions antérieures sur le pouvoir législatif. Dans ce cadre nouveau, il était légitime de séparer le pouvoir judiciaire des pouvoirs politiques, ou de faire respecter une frontière infranchissable entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués ; mais il n'y avait plus aucune raison, autre que politique, de prétendre maintenir une quelconque forme de séparation entre un législateur qui n'était plus souverain et un pouvoir exécutif désormais exclusivement gouvernant

DROIT CONSTITUTIONNEL

Année universitaire 2026-2027
1ère année – Semestre 1

Cours de Monsieur GAYE-PALETTES

Travaux Dirigés : Matthieu BALOURDET, Maéva BOYER, Corentin CAZIER, Mickaël CIRON, Ahmadou HISSEINE.

SÉANCE N° 9

Les régimes politiques

Documents :

- B. MIRKINE-GUETZEVITCH, *Le régime parlementaire dans les constitutions européennes d'après-guerre*, Librairie du recueil seuil, 1936, Extrait.
- R. CAPITANT, « Régimes parlementaires », *in Mélanges Carré de Malberg*, Sirey, 1933, Extrait.
- S. RIALS, « Régime "congressionnel" ou "présidentiel" ? », *Pouvoirs*, 1984, Extrait.
- J.-L. QUERMONNE, *Les régimes politiques occidentaux*, éd. du Seuil, 1995, Extrait.
- A. GAILLET, « Regard critique sur une catégorie constitutionnelle », *Pouvoirs*, 2023/1, Extrait.
- A. LE DIVELLEC, « L'articulation des pouvoirs dans les démocraties parlementaires européennes : fusion et mitigation », *Pouvoirs*, 143, 2012, n°4, Extrait.

Définitions importantes :

- Système politique :
- Régime présidentiel :
- Régime parlementaire :
  - Régime d'assemblée
  - Rationalisation du parlementarisme
- Bicaméralisme/Bicéphalisme :

Exercice :

Vous commenterez l'extrait suivant : **Document 6** : A. LE DIVELLEC, « L'articulation des pouvoirs dans les démocraties parlementaires européennes : fusion et mitigation », *Pouvoirs*, 143, 2012, n°4, extrait.

Document 1 : B. MIRKINE-GUETZEVITCH, *Le régime parlementaire dans les constitutions européennes d'après-guerre*, Librairie du recueil seuil, 1936, Extrait.

L'essence du régime parlementaire réside dans la force de l'Exécutif qui dispose d'une majorité stable. Sans cette majorité, l'Exécutif ne sera pas fort ; sans un Exécutif fort, le régime parlementaire dégénère. Sous le régime parlementaire, le problème de la majorité joue un rôle plus important qu'un paragraphe constitutionnel ; et le problème de la majorité n'est pas un problème juridique mais un problème purement politique.

Les conditions compliquées de la vie actuelle transforment les rapports entre le Législatif et l'Exécutif. Dans la période de lutte de la démocratie contre le pouvoir royal, le centre de gravité était le contrôle du parlement. Mais dans une démocratie moderne cette lutte n'existe plus ; le sens véritable du régime démocratique exige le renforcement de l'Exécutif qui peut devenir de ce fait beaucoup plus fort et beaucoup plus puissant que le pouvoir des anciens rois et de leurs ministres. La vie actuelle est tellement complexe que, d'un côté, plusieurs problèmes de la vie sociale doivent recevoir une réglementation administrative et non pas législative, et, d'un autre côté, c'est l'Exécutif qui doit jouer le rôle le plus important dans la procédure législative. Pour préparer une loi, il faut avoir à sa disposition des spécialistes, il faut avoir recours aux compétences techniques d'un grand nombre de savants, de techniciens, d'administrateurs, de fonctionnaires, etc. Ainsi, pour établir un projet de loi, il faut l'appareil gouvernemental. Pour rédiger l'immortelle Déclaration des Droits, il n'a pas été nécessaire d'avoir recours à des techniciens ; mais pour édifier une loi sur les assurances sociales, sur la protection de la maternité ou même un code de la route, il faut constamment avoir recours aux compétences techniques que seul le gouvernement peut toucher.

Ainsi que nous l'avons développé dans notre livre consacré au droit constitutionnel moderne 1, nous estimons que la primauté politique de l'Exécutif est la base du régime parlementaire conçu comme un problème technique de la démocratie. Actuellement, la lutte électorale ne vise nullement à faire triompher un principe abstrait, mais bien à mettre au pouvoir le parti qui a triomphé aux élections. Les conditions politiques d'aujourd'hui se sont totalement modifiées par comparaison à celles du début du siècle précédent, si bien que la période créatrice de la vie de l'Etat ne se restreint plus aux sessions parlementaires, où autrefois se déroulait la lutte entre la démocratie et le pouvoir royal. Dans les démocraties modernes, le but de la lutte électorale entière consiste à obtenir le ministère, car c'est seulement s'il a obtenu la majorité aux élections et s'il a obtenu son ministère qu'un parti peut réaliser son programme. Ainsi le véritable sens politique du régime parlementaire dans la démocratie contemporaine est la formation de l'Exécutif.

Si, au début du XIXe siècle, le seul but d'une campagne électorale était d'obtenir une majorité parlementaire qui devait lutter avec le pouvoir royal, être une opposition pour empêcher le gouvernement d'agir au XXe siècle il y a un déplacement considérable des forces politiques dans les pays démocratiques. Actuellement, la majorité parlementaire n'est pas le but définitif de la campagne électorale ; la vie actuelle pose différents problèmes très compliqués dont la solution n'est pas toujours législative ; le centre de gravité est déplacé, et le but de chaque parti

politique qui entre dans la lutte électorale est d'avoir son ministère. Ce n'est pas la majorité parlementaire, mais le gouvernement qui est le but de la campagne électorale.

Dans les démocraties contemporaines, avec le régime parlementaire, la lutte entre l'Exécutif et le Législatif ne doit pas exister; l'Exécutif est aussi l'organe du peuple, et la différence entre la formation du Législatif et celle de l'Exécutif est uniquement dans le degré plus ou moins direct de cette formation; le parlement sort directement des élections, l'Exécutif sort aussi des élections, mais par l'intermédiaire de la majorité parlementaire. Ainsi la lutte entre le gouvernement et le parlement a été remplacée par une collaboration. Maintenant, cette collaboration est transformée en primauté de l'Exécutif (primauté politique et non juridique), laquelle représente la véritable réalisation des aspirations de la démocratie.

Arrivant au pouvoir, c'est-à-dire ayant sa majorité parlementaire, le parti politique peut réaliser son programme. Comment va-t-il le faire ? Il peut le réaliser tout d'abord par voie législative. Et l'Exécutif moderne, qui s'appuie sur la majorité parlementaire, n'est pas seulement l'organe d'exécution, il est l'organe le plus puissant de la législation.

Le pouvoir exécutif représente, en fait, l'âme de la législation. La plupart des lois adoptées par le parlement sont dues à l'initiative du gouvernement. Les projets de lois, de facto, deviennent un monopole du gouvernement. Le gouvernement s'appuyant sur sa majorité, va transformer son projet en loi. Si ce gouvernement a une forte majorité, la discussion au sein du parlement doit se produire rapidement ; le rôle politique de la majorité parlementaire doit consister uniquement dans l'homologation des projets gouvernementaux.

Document 2 : R. CAPITANT, « Régimes parlementaires », *in Mélanges Carré de Malberg*, Sirey, 1933, Extrait.

Deux conceptions opposées du régime parlementaire se partagent la littérature constitutionnelle.

La théorie la plus répandue dans la doctrine française voit en lui une application du principe de séparation des pouvoirs, la séparation souple, par opposition à la séparation tranchée telle qu'elle est organisée dans la Constitution américaine. C'est dire que le régime parlementaire, s'il ne connaît pas les « cloisons étanches » qui isolent les pouvoirs en Amérique, s'il favorise au contraire leurs contacts mutuels et leur collaboration, n'en reste pas moins fondé sur l'idée de deux pouvoirs qui s'opposent et se font équilibre. Esmein, en ce sens, refuse d'admettre, « comme on l'a quelquefois prétendu », que le gouvernement parlementaire confonde les pouvoirs. « Il repose essentiellement, enseigne Duguit, sur l'égalité des deux organes de l'Etat ».

« Gouvernement à la base de la séparation des pouvoirs souple », suivant Hauriou ; « système d'équilibre entre les pouvoirs », d'après M. Redslob, il implique, aux yeux de MM. Joseph-Barthélémy et Duez « une collaboration équilibrée entre le Parlement et le chef de l'Etat ».

L'autre théorie, exposée d'abord par Bagehot, devenue classique en Angleterre, et dont s'inspire en France M. Carré de Malberg, enseigne que le phénomène le plus frappant du régime parlementaire est bien plutôt la subordination de l'exécutif au législatif, la souveraineté dont s'y trouve investie l'assemblée chargée tout à la fois de faire les lois et de contrôler le gouvernement ou, mieux encore, de gouverner par l'intermédiaire de cette commission exécutive en laquelle se résout à ses yeux le ministère.

L'opposition de ces points de vue n'est pas irréductible. Nous voudrions montrer qu'on peut dégager du régime parlementaire une définition assez large pour les justifier l'un et l'autre, Il suffit pour cela de songer aux profondes transformations que le parlementarisme a subies au cours de son existence plus que centenaire, et d'essayer de dégager les divers types constitutionnels auxquels il a successivement donné naissance.

Le régime parlementaire correspond à une phase du grand conflit qui, dans les temps modernes, oppose le monarque et l'assemblée Dans ce long conflit, les pouvoirs du monarque – ou du président, lorsque l'élection remplace l'hérédité du chef de l'Etat – n'ont cessé de diminuer, cependant que l'assemblée n'a cessé de conquérir de nouvelles prérogatives. Ainsi, la monarchie absolue s'est dégradée en monarchie limitée ou séparation des pouvoirs ; la séparation des pouvoirs, à son tour, a cédé la place au régime parlementaire ; le régime parlementaire lui-même a donné naissance à diverses variétés de régimes politiques dont la succession accompagne la décadence, puis la disparition du chef de l'Etat ; enfin le gouvernement d'assemblée semble être l'aboutissement logique, sinon historique, de cette évolution, réalisant, après élimination du chef de l'Etat, la monarchie de l'assemblée.

C'est dans le cadre, assurément schématique, de cette évolution que nous voudrions retracer la naissance et les transformations du régime parlementaire.

* * *

Le régime parlementaire est issu de la séparation des pouvoirs. La séparation des pouvoirs n'est pas, ce qu'on y voit souvent, un principe abstrait, une sorte de légitimité qui s'imposerait aux Constitutions et dont l'interprète ne saurait nier la présence sans retirer toute valeur et presque toute existence à celles-ci. Sans doute, comme toute doctrine, elle a eu ses fidèles, et, comme tels, ceux- ci lui accordaient une valeur absolue dont témoigne la Déclaration des droits en affirmant qu'à défaut de séparation des pouvoirs il ne saurait y avoir de constitution. En réalité, la séparation des pouvoirs n'est qu'un régime politique parmi d'autres régimes. C'est en ce sens que l'on peut dire qu'elle précède historiquement le régime parlementaire.

Ce régime n'est autre que la monarchie limitée, réalisée en Angleterre dès 1688, que Montesquieu prit pour exemple dans son célèbre chapitre sur la Constitution de l'Angleterre, et qui, après qu'il en eut fait la théorie et lui eut donné pour fondement idéologique l'idée de la protection de l'individu contre la tyrannie, devint le régime présidentiel, tel que l'adoptèrent les constituants américains. Elle se caractérise par l'indépendance respective de l'assemblée et du monarque. Elle est essentiellement un gouvernement à deux têtes, où les décisions étatiques doivent résulter de l'accord de deux organes opposés, dont aucun n'a le pouvoir de contraindre l'autre à se ranger à son avis. Chacun, par son dissentiment, détient le pouvoir d'empêcher l'autre de statuer, en sorte que s'établisse un régime de constante discussion, où la diversité des points de vue, garantie par la diversité des organes, conduise à des décisions longuement délibérées et mûries, empreintes de la modération et de la sagesse des transactions. Sans doute, la machine sera lente, et risquera de s'immobiliser au point mort d'une opposition irréductible ; mais Montesquieu se fie à la force des choses pour réaliser à la fin le « concert » des organes et assurer ainsi le mouvement de l'Etat. Participation du monarque à la législation, contrôle de l'assemblée sur le gouvernement, en sorte que partout monarque et assemblée se trouvent affrontés et tenus de se conjuguer, tels sont les traits caractéristiques de ce régime d'égalité et d'indépendance des pouvoirs, où Montesquieu crut découvrir les suprêmes garanties du libéralisme. Nous y voyons surtout l'égalité conquise, première étape victorieuse de l'assemblée dans sa longue lutte pour s'emparer des prérogatives gouvernementales.

* * *

La monarchie limitée ne possède encore aucune des caractéristiques du régime parlementaire ; car les ministres subordonnés au monarque ou au président, s'absorbent dans l'unité de l'Exécutif et l'indépendance des pouvoirs exclut leur responsabilité politique.

Mais le régime parlementaire va bientôt s'annoncer par l'apparition d'un nouveau pouvoir que Benjamin Constant appelle le « pouvoir ministériel » par opposition au « pouvoir royal », et qui, réalisant une scission au sein de l'Exécutif, vient rompre le dualisme de la monarchie limitée. Les ministres s'émancipent, se libèrent du monarque et forment un organe de gouvernement distinct. En même temps, ils se groupent en collège, deviennent un conseil, un « cabinet », afin de retrouver dans leurs délibérations en commun le principe d'unité qu'ils recevaient autrefois de leur subordination individuelle au chef de l'Etat. Enfin, ils conquièrent une zone de compétence propre qui se trouve retranchée à la compétence du monarque, et qui, par son étendue, fait d'eux l'organe prépondérant du gouvernement. Alors se trouve réalisé le gouvernement de cabinet.

A lui seul, lorsqu'il n'est pas accompagné de la responsabilité politique des ministres, le gouvernement de cabinet n'est pas encore le régime parlementaire ; il n'est qu'un acheminement vers celui-ci. (…)

* * *

C'est de 1830 que date la responsabilité politique des ministres, et du même coup le régime parlementaire. (…)

Ce principe, nous l'appelons aujourd'hui la responsabilité politique des ministres, et nous entendons par là l'obligation juridique pour ceux-ci de se démettre s'ils perdent la confiance de l'assemblée.

On ne remarque pas toujours à quel point cette appellation est mal choisie. Elle fait penser à une sorte de diminutif de la responsabilité pénale ; elle évoque l'idée de faute et de sanction, comme si la perte du pouvoir était pour le ministre une première et légère peine que viendra renforcer, si la gravité de l'infraction l'exige, la mise en jeu d'une responsabilité pénale véritable. Or, rien ne serait plus faux qu'une telle interprétation. Responsabilité pénale et responsabilité politique se développent, en réalité, malgré la similitude de dénomination, dans des plans bien distincts. La responsabilité politique a pour but de maintenir l'accord entre la politique ministérielle et la politique de la majorité de l'assemblée ; elle entre en jeu dès qu'un désaccord se manifeste, et ce serait évidemment méconnaître profondément la réalité politique que d'apercevoir une faute en une telle divergence. Le premier devoir d'un gouvernement parlementaire est de rester fidèle à son programme ; il n'y aurait de faute de sa part qu'à vouloir l'imposer à une majorité hostile et, s'il se retire devant un vote de défiance, c'est pour se conformer à la règle, non pour subir une peine ni pour la prévenir.

L'expression étymologiquement désigne, en réalité, une institution du gouvernement de cabinet, antérieure à la règle que l'arbitraire de la langue politique lui fait aujourd'hui désigner. Les ministres, maîtres de leurs actes, en ont la responsabilité morale. Ils ont, en outre, l'obligation d'en répondre devant l'assemblée, c'est-à-dire de s'expliquer sur eux, de répondre aux questions qui leur sont posées : c'est la responsabilité politique. Mais, si la responsabilité ministérielle ne signifiait aujourd'hui rien de plus, il serait bien erroné d'y voir l'institution caractéristique du régime parlementaire. Le mot a changé de sens et désigne, nous l'avons dit, une nouvelle

prérogative du Parlement, le droit pour celui-ci d'obliger à la retraite les ministères qui ont perdu sa confiance.

Le régime parlementaire est donc le gouvernement d'un cabinet responsable devant l'assemblée. Gouvernement de cabinet et responsabilité ministérielle en sont les traits essentiels. Le chef d'Etat, au contraire, vestige du régime de la séparation des pouvoirs, sans doute arrive encore à s'y faire place, mais n'est plus

Document 3 : S. RIALS, « Régime "congressionnel" ou "présidentiel" ? », *Pouvoirs*, 1984, Extrait.

Le régime des Etats-Unis d'Amérique est la seule illustration durable de l'un des grands modèles du constitutionnalisme classique : le système présidentiel. La valeur heuristique de tels modèles est fortement contestée aujourd'hui, de façon parfois excessive. On admet qu'un régime politique n'est pas seulement, ni même principalement, déterminé par l'économie juridique de ses institutions. D'autres facteurs doivent être pris en considération : nature du système partisan bien sûr, mais aussi, plus largement, tempérament et culture politiques spécifiques, singularité des pratiques issues de circonstances historiques données, voire bien qu'il ne soit guère de mode d'y insister à l'ère des masses poids des hommes. La compréhension du fonctionnement du régime américain passe donc nécessairement par l'analyse du travail concret de la constitution sur une période presque bicentenaire. Ceci vaut en général mais singulièrement pour les subtiles relations qu'entretiennent le Président et le Congrès.

L'invention du régime « présidentiel » Le système « présidentiel » n'est pas né tout casqué, dans ses modalités techniques, de la tête d'un législateur de génie. Il est le fruit d'un compromis (d'une série de compromis de détail), comme l'est d'ailleurs le fédéralisme moderne lui aussi découvert par les constituants de Philadelphie. Il ne faut point trop s'attarder sur les filiations doctrinales, même si Montesquieu et surtout Locke étaient entre autres bien connus des « Pères fondateurs ». Il n'est pas non plus utile de recourir à l'hypothèse d'une volonté de créer, par réaction, un régime à tout prix différent de celui de l'Angleterre.

Un tel désir de spécificité ne s'est en vérité affirmé en demi-teintes que la pratique précisera que sur un point : l'idée de supralégalité constitutionnelle issue de la méfiance antérieure à l'encontre du législatif britannique. Mais on n'a pas songé à faire « autre chose » que le régime « parlementaire » pour la bonne et simple raison que ce dernier certes presque à maturité dans les années 1780 ne sera vraiment stabilisé à Londres que quelques décennies plus tard. On est mieux inspiré lorsqu'on se tourne vers la déjà longue expérience constitutionnelle des anciennes colonies : elle a permis de tester bien des techniques avec des résultats positifs ou négatifs et elle a favorisé le déploiement d'un constitutionnalisme américain certainement inégalable en son temps.

Quoi qu'il en soit, le régime « présidentiel » est sorti d'une discussion serrée. D'un côté, les centralisateurs les « fédéralistes » disait-on dans une acception de ce terme différente de celle qui prévaut aujourd'hui étaient favorables non seulement à une nette unification des Etats préexistants mais encore à un puissant exécutif. Parmi eux, le très élitiste Alexander Hamilton était le plus radical et tendait vers une conception proprement monarchique du pouvoir. De l'autre côté, ceux que l'on appellera plus tard « républicains » puis « démocrates », et dont le

maître à penser, Jefferson, était absent de la convention, voulaient défendre les droits des Etats et, au sein de l'Etat fédéral dans la mesure où ils l'acceptaient ils rejetaient la création d'un exécutif envahissant.

A Philadelphie, les « fédéralistes » eurent en vérité l'initiative car le système antérieur, très lâche, de la confédération, avait mal fonctionné depuis Fiske, on parle pour ces années difficiles de « période critique ». Ils proposèrent d'abord un projet modéré largement inspiré par Madison. Les antifédéralistes ripostèrent par le dépôt d'un projet alternatif. Mais ils finirent par négocier pour l'amender sur la base du texte initial, car Hamilton, entre-temps, les avait effrayés en proposant une constitution ultra-centralisatrice et autoritaire.

C'est ainsi que se dégagea peu à peu le régime complexe que l'on dit aujourd'hui « présidentiel » et qui se caractérise par une séparation des pouvoirs assez stricte en excluant la responsabilité politique de l'exécutif monocéphale devant le législatif, en ne lui conférant pas, symétriquement, le droit de dissoudre ce dernier, et en agençant divers freins et contrepoids (checks and balances) tels un droit de veto limité au profit du Président ou la possibilité pour le Sénat de ratifier les traités ou les nominations présidentielles. On paraphrasera Richard Neustadt en observant que la séparation des pouvoirs n'empêche pas leur collaboration dans l'exercice des fonctions.

Ce compromis originaire n'a pas été modifié par les amendements peu à peu apportés au texte de 1787, même si certains ont affecté, de façon accessoire au point de vue qui nous occupe, l'institution présidentielle (les 12e, 20e, 22e et 25e notamment). Mais l'histoire lui a donné des significations successives et contradictoires jusqu'au début de ce siècle. A qui profite la séparation des pouvoirs ? S'il n'est pas certain aujourd'hui que ce soit toujours à la Présidence, Il était avéré pour les meilleurs spécialistes de la fin du siècle dernier que c'était en principe au Congrès. Alors le politologue et futur président fort « présidentiel » Woodrow Wilson publiait un ouvrage au titre significatif : Congressional government.

Le régime « présidentiel » : un régime en droit « congressionnel »... à présidence généralement forte aujourd'hui

Pour un esprit « cartésien », les armes des partenaires institutionnels étant assez clairement posées dans le texte de 1787, il ne saurait être impossible de bâtir un modèle stable des relations entre le Président et le Congrès. Ce modèle, c'est peu douteux, devrait à bon droit être dit « congressionnel ». Et pourtant, aujourd'hui, en dépit des secousses récentes, une telle qualification certes grosse d'enseignements qu'on aurait tort d'oublier ne rend pas compte de la réalité. L'on se prend à songer, par analogie, à la fameuse phrase de Tocqueville sur le judiciaire américain : « Ce qu'un étranger comprend avec le plus de peine, aux Etats-Unis, c'est l'organisation judiciaire. Il n'y a pour ainsi dire pas d'événement politique dans lequel U n'entende invoquer l'autorité du juge ; et il en conclut naturellement qu'aux Etats-Unis le juge est une des premières puissances politiques. Lorsqu'il vient ensuite à examiner la constitution des tribunaux, il ne leur découvre, au premier abord, que des attributions et des habitudes judiciaires. A ses yeux, le magistrat ne semble jamais s'introduire dans les affaires publiques que par hasard ; mais ce même hasard revient tous les jours ». N'en va-t-il pas en gros de même pour la présidence ?

Les prérogatives du Congrès sont écrasantes. Il peut refuser de voter les textes ou de consentir les crédits nécessaires à l'action présidentielle. Il peut harceler l'administration par le truchement de ses puissantes commissions. Le Sénat a le loisir de ne pas ratifier les traités ou de ne pas entériner un nombre de plus en plus nombreux de nominations (celle par exemple du

directeur de l'« Office of Management and Budget » depuis 1974). Par le « veto législatif », le Congrès peut s'immiscer dans l'exécution des lois qui prévoient cette procédure. Il est vrai que cette technique a été mise à mal par la Cour Suprême en juin 1983. Dans des cas limites mais assez vagues puisque la constitution vise les high Crimes and Misdemeanors , la procédure d'impeachment peut être mise en et les précédents de Andrew Johnson et Richard Nixon montrent que Hauriou n'avait pas tort de juger que la responsabilité dite « pénale » est en vérité toujours « politico-pénale »...

En face, le Président est nu ou presque. Le droit de message n'est qu'une occasion de persuader. Le veto est une prérogative limitée et, par son caractère global, assez peu maniable, même s'il est vrai que la menace de son emploi joue un rôle permanent auprès des chambres. Les « Executive agreements », dont la technique a été légèrement aménagée par le « Case Act » de 1972 (inégalement appliqué), ne sont qu'une tolérance, certes fort large. Le « privilège de l'exécutif » cette autre invention de la pratique s'est sérieusement effiloché depuis la décision de la Cour Suprême US v. Nixon de 1974 qui, en dépit de la doctrine of political questions, a dénié au Président traqué la possibilité de se réfugier derrière son invocation pour refuser de livrer les fameuses bandes.

La question se pose donc de savoir pourquoi le Congrès consent au Président une latitude d'action qui même si elle a décliné dans les années soixante-dix par rapport à la période antérieure demeure aussi consistante. Et à quelles conditions ? La réponse nous semble devoir être recherchée essentiellement dans les relations de la Maison-Blanche avec le peuple. Il est notable que la « présidentialisation » ait accompagné la démocratisation de l'élection presidentielle, qu'au xixe siècle les Présidents forts aient été ceux qui jouissaient d'un large appui populaire ainsi Jackson et que le développement de la présidence moderne ait suivi celui des moyens de communication de masse qui favorisent la personnalisation du pouvoir. Le Président, tant qu'U ne fait pas d'erreur majeure et s'il jouit d'une suffisante envergure, bénéficie du relatif discrédit dans lequel sont tenus les politiciens aux Etats-Unis et du fait que l'esprit national de ce pays fédéral s'incarne volontiers dans un homme, surtout depuis que la mission extérieure de la grande démocratie est mieux ressentie par les citoyens. On ajoutera enfin que de guerres en crises, certaines habitudes mentales ont été prises qui demeurent à l'état d'un capital historique favorable au leadership présidentiel.

C'est dire l'importance du facteur personnel. On le retrouve dans l'aptitude au « marchandage » qui est l'une des qualités essentielles du Président efficace, quelle que soit la couleur politique du Congrès. Truman se voyait ainsi : « Je reste assis toute la journée à essayer de persuader des gens de faire ce qu'ils devraient avoir le bon sens de faire sans que j'aie besoin de les persuader ». La « carotte » et le « bâton » doivent être utilisés alternativement. Tous les moyens informels sont mis en invitations, favoritisme, lobbying...

Où l'on comprend que dans un régime que l'on dit « présidentiel » le Congrès apparaisse aussi puissant. Incapable d'agir sans doute, il peut tout empêcher. Si le soutien populaire au Président s'estompe durablement, ou si ce dernier commet trop d'erreurs dans le maniement des chambres, la lettre de la Constitution peut reprendre à tout moment une certaine actualité.

Document 4 : J.-L. QUERMONNE, *Les régimes politiques occidentaux*, éd. du Seuil, 1995, Extrait.

1. Les régimes de type parlementaire

En tenant compte du poids historique exercé par le parlementarisme britannique, on propose de distinguer trois variantes ayant pour matrice le modèle de Westminster.

A. *Le modèle de Westminster* fait figure, en effet, de parlementarisme à l'état pur. Sans doute, n'est-t-il jamais resté identique, passant du dualisme au monisme. Mais le monisme lui-même a sécrété au sein de la Chambre des communes le contre-pouvoir de l'opposition. Si bien que le régime britannique, aujourd'hui, résulte davantage d'un système de partis que d'un équilibre institutionnel. (…)

Dès lors, il ne semble plus pertinent d'expliquer le régime parlementaire, comme le faisaient nos devanciers par les trois règles qui présidaient traditionnellement à son enseignement :

— I 'irresponsabilité du chef de l'État, dont les prérogatives sont assurées par le gouvernement, par I ‘exercice du contreseing ;

— la responsabilité politique du cabinet devant le Parlement, voire dans certains cas devant la seule chambre issue du suffrage universel ;

— le droit de dissolution de cette chambre, ou des deux chambres du Parlement, exercé théoriquement par le chef de l'État mais en fait par le chef du gouvernement.

En réalité, l'essence du parlementarisme se manifeste, aujourd'hui, au Royaume-Uni, à travers le dialogue permanent qu'entretient l'activité parlementaire entre la majorité et l'opposition. Or, un tel contrôle se traduit beaucoup moins par la censure du gouvernement (…). Il se matérialise davantage à travers les questions écrites et orales des députés, l'investigation des commissions de contrôle et les débats imposés par l'opposition, et parfois même par sa majorité, au gouvernement. Il se manifeste, enfin, à l'heure des médias, par les divers canaux où s'exprime le gouvernement d'opinion.

Enfin, et surtout, l'esprit du parlementarisme contemporain résulte du dialogue qu'instaure la délibération argumentée portant sur le programme et les projets législatifs et budgétaires du gouvernement. C'est cette fonction, que décelait déjà Bagehot, qui révèle le caractère irremplaçable de l'institution parlementaire. (…)

B. Le *parlementarisme rationalisé* constitue la deuxième variante du régime parlementaire. Formulée par Mirkine. Guetzévitch, l'expression s'applique aux régimes parlementaires issus de constitutions dont les auteurs ont cherché à pallier les insuffisances du système de partis à l'aide de mécanismes institutionnels. La plupart des systèmes politiques des pays d'Europe continentale en témoignent. Plusieurs versions peuvent être inventoriées. Dans certains cas, l'effort de rationalisation s'est appliqué au processus législatif: ainsi en Italie avec la décentralisation du pouvoir d'élaboration et d'adoption des lois (les leggine) au sein des commissions parlementaires, ou en Espagne à propos des décrets-lois. Dans d'autres cas, il s'est agi d'encadrer la mise en œuvre de la responsabilité politique du gouvernement : ainsi en Allemagne avec l'article 67 de la Loi fondamentale instituant la censure constructive, ou en France avec le célèbre article 49-3 de la Constitution permettant l'adoption d'un texte de loi sans vote formel de l'Assemblée nationale.

C. Enfin, l'on entrevoit une troisième variante du parlementarisme à travers la pratique réalisée dans certains pays du régime semi-présidentiel, qui tend alors à se muer en *système semi-parlementaire*. L'on vise, par là, la manière dont fonctionnent les institutions autrichiennes, irlandaises et islandaises, malgré l'élection du président de la République au suffrage universel

qui n'a jamais empêché la concentration du pouvoir exécutif entre les mains du gouvernement. Mais l'on fait également référence à la dérive du régime semi-présidentiel qu'illustre l'évolution de la vie politique au Portugal et en Finlande. En témoignent les révisions constitutionnelles qui ont eu pour objet de limiter les pouvoirs propres du président dans ces deux pays.

Si l'on admet cette analyse, la France de la V e République resterait seule à mi-chemin des deux régimes parlementaire et présidentiel. Ce qui nous autorisera à la classer sous la rubrique présidentielle, en l'assortissant d'une nuance importante.

2. Les régimes de type présidentiel

A. Le régime présidentiel moniste américain

Il est traditionnel de considérer le système politique des États-Unis d'Amérique comme le seul *régime présidentiel authentique*. Il se reconnaît, en particulier, au maintien de la séparation des pouvoirs, mais surtout au cumul des fonctions de chef de l'État et de chef du gouvernement au profit du président. On l'a qualifié, pour cette raison, un peu plus haut, de *régime présidentiel moniste*. L'existence de trois pouvoirs égaux et séparés n'évite le blocage des institutions que grâce à la pratique des *checks and balances*, qui les obligent à aller de concert. Ce qui conduit le président à faire un usage modéré de son droit de veto et le Congrès à réserver à des cas exceptionnels la pratique, d'ailleurs inconstitutionnelle, du veto législatif.

Rappelons, à cet égard, que si en régime parlementaire l'indépendance du chef de l'État est fondée sur son irresponsabilité (le roi ne peut mal faire), en régime présidentiel, elle repose sur sa responsabilité directe devant l'opinion : ce que les Américains appellent d'un terme intraduisible, l'*accountability*, qui signifie à la fois imputabilité et responsabilité.

En vertu de ce principe, ni le président ni le Congrès ne disposent du pouvoir d'écourter leurs mandats respectifs. Le président ne peut jamais dissoudre le Congrès, et le Congrès ne peut pas mettre en jeu la responsabilité politique du président, ni celle des secrétaires d'État.

Cependant, l'étanchéité des rapports du président et du Congrès a pour contrepartie un système de *checks and balances* qui, outre la structure souple des partis, permet au pouvoir exécutif et au pouvoir législatif américains d'exercer leur indépendance dans l'interdépendance. Plusieurs mécanismes contribuent à réaliser cet équilibre. Les uns sont de pratique courante ; les autres ne constituent qu'un pouvoir de dissuasion.

a. La *procédure d' impeachment* ne met pas en jeu la responsabilité politique du président des États-Unis devant le Congrès. Elle consiste dans la faculté accordée à la Chambre des représentants de traduire le président — ainsi que le vice- président et les fonctionnaires civils des États-Unis — devant le Sénat pour trahison, corruption ou autres hauts crimes et délits. C'est une procédure très rarement appliquée. (…)

b. Réciproquement, le Congrès est indépendant du président et cette indépendance lui confère la plénitude du pouvoir législatif.

En théorie, le président des États-Unis est étranger à l'élaboration des lois. D'une part, il n'en a pas I 'initiative (il ne peut pas déposer, comme le Premier ministre français, un projet de loi sur le bureau de la Chambre des représentants ou sur le bureau du Sénat). Il tourne la difficulté en faisant déposer des projets par des membres du Congrès ; mais, juridiquement, il n'existe que des propositions de loi, même si elles ont été pré- parées par les collaborateurs du président ou par son administration. Le président peut également assortir les messages sur l'état de l'Union, qu'il adresse tous les ans au Congrès, d'annexes qui contiennent le programme législatif qu'il

souhaite voir adopter. Ces annexes vont jusqu'à contenir des textes rédigés, article par article, destinés à inspirer les travaux des commissions parlementaires. Mais, malgré cela, ni le président ni ses secrétaires ne disposent des attributions que le parlementarisme rationalisé accorde aux gouvernements européens pour faire adopter leurs projets de loi : les relations entre I 'exécutif et le législatif sont informelles (…).

En outre, le Congrès peut peser sur la politique intérieure et extérieure du président à l'occasion de l'adoption du budget. Et, en vertu de la Constitution, il appartient au Sénat de donner son consentement à la nomination des hauts fonctionnaires fédéraux et des juges à la Cour suprême et d'approuver, à la majorité des deux tiers, les traités internationaux.

c. Enfin, il existe, au profit de l'un et l'autre pouvoir — mais dans une limite incertaine aujourd'hui en ce qui concerne le Congrès —, *un droit de veto*.

Si le président des États-Unis n'a ni l'initiative des lois ni la possibilité d'intervenir au cours de leur élaboration, il dis- pose, une fois les lois votées, d'un droit de veto à leur égard.

(…)

Quant au veto législatif, il s'agit d'une création coutumière du Congrès, liée, à l'origine, à la fréquence des lois d'habilitation. Il résulte de la pratique par laquelle le Congrès a progressivement soumis les mesures prises en application de ces lois, par le président ou l'administration, au vote d 'approbation ou d'improbation émis par le Congrès lui-même, par I 'une de ses deux Chambres, ou par une commission compétente.

(…)

En fait, le système américain ne saurait être compris sans référence à la structure souple des partis républicain et démocrate dont on traitera plus loin. L'absence de discipline de vote au sein des groupes parlementaires offre l'explication de la capacité de marchandage dont dispose l'exécutif pour obtenir du Congrès le vote des lois et des budgets nécessaires à l'application de sa politique. Il en résulte que le clivage entre la majorité et l'opposition, qui est au cœur de la vie politique britannique, n'a pas d'équivalent outre- Atlantique, où il fait place à la logique du compromis.

Document 5 : A. GAILLET, « Regard critique sur une catégorie constitutionnelle », *Pouvoirs*, 2023/1, Extrait.

Si le scrutin de juin aboutissait à l'élection d'un nombre conséquent de députés lfi ou rn, les oppositions resteraient avant tout tributaires du système semi-présidentiel de la V^{e} République et de son Parlement vassalisé, où elles ne sont que forces d'interpellation à la tribune de l'Hémicycle. » Cet extrait du journal *Le Monde*, paru le 27 avril 2022, soit au lendemain de l'élection présidentielle, illustre la persistance de la catégorie « semi-présidentielle » pour qualifier un régime politique qui échappe aux typologies classiques, notamment eu égard à la place en son sein du président de la République.

Employé en 1959 par le journaliste Hubert Beuve-Méry pour rendre compte de la spécificité de la Constitution de la V^{e} République, nouvellement adoptée le 4 octobre 1958, le mot est surtout systématisé par Maurice Duverger. Les facteurs de son succès sont connus. On peut

notamment citer la double qualité de l'auteur, juriste et pionnier de la science politique, ce qui lui permet de bâtir des ponts entre les deux disciplines, qu'il s'attelle aux partis politiques ou, précisément, aux régimes politiques. La catégorie s'est en outre avérée elle-même attractive, en ce qu'elle cherche à saisir le fonctionnement d'institutions associant le principe parlementaire de la responsabilité du gouvernement devant le Parlement et la position centrale du président, élu au suffrage universel direct. Au-delà, la catégorie bénéficie d'un écho conséquent à l'étranger, en raison tant du nombre de pays attribuant une place spécifique au président, des efforts entrepris par Duverger pour diffuser ses idées, ou encore du « rayonnement considérable » des travaux ultérieurs de Robert Elgie et de Matthew Shugart, qui ont permis d'« établi[r] solidement [la catégorie] en politique comparée », ainsi que le rappelle la contribution de Bernard Dolez dans ce même numéro. Les griefs lestant le semi-présidentialisme sont tout autant connus : nonobstant la personnalité controversée de Duverger, qui a contribué à discréditer sa pensée, notamment chez les juristes français, ce sont surtout les limites scientifiques de la catégorie et de ses potentialités heuristiques qui sont mises en avant.

Poser un regard critique sur cette catégorie n'a dès lors rien de spécialement original, tant la doctrine constitutionnelle s'y emploie de longue date : le constat de la persistance de ce « dogme », comme du « combat scientifique d'arrière-garde » y afférent, n'en suscite pas moins un étonnement apte à interroger les constitutionnalistes, plus encore lorsqu'ils enrichissent leur regard critique d'une dimension comparée. À cet égard, observer le semi-présidentialisme en tant que « catégorie constitutionnelle » permet aussi de relever combien la classification des régimes politiques demeure investie par la doctrine constitutionnaliste française – alimentant dès lors elle-même ce « sport national » qu'est le « registre de la politique constitutionnelle ». Ailleurs, si les tentatives de « revisiter Duverger » et les typologies des régimes ne manquent pas, elles sont surtout entreprises par des spécialistes de science politique.

1. Regard critique sur une troisième voie manquée

Si la catégorie demeure attractive, en France comme à l'étranger, c'est notamment parce qu'elle tente de dépasser la distinction binaire entre régimes parlementaires et présidentiels. Au vu des innombrables critiques suscitées par cette entreprise, il est toutefois difficile de considérer qu'elle y apporte une réponse satisfaisante.

2. Dépasser la typologie binaire classique ?

Les classifications des formes de gouvernement et régimes politiques, notamment en fonction de la répartition et de l'organisation du pouvoir, ont occupé les grands noms de la doctrine classique. Dès Aristote ou Montesquieu, qu'il s'agisse de distinguer la monarchie, l'aristocratie et la démocratie ou de les rapporter à une théorie de la séparation des pouvoirs, ces premiers pas ne s'envisagent pas sans une perspective comparée. Il en va de même lorsque l'on s'attache ensuite aux différents régimes politiques, au sein des démocraties représentatives. Dans ce cadre, la différenciation entre le régime parlementaire (britannique) et le régime présidentiel (états-unien) est fréquemment associée au nom de Walter Bagehot et à son *English Constitution* (1867). Or, en France comme ailleurs, le paradoxe tient précisément à ce que cette classification binaire et idéaltypique demeure prégnante, en dépit des critiques dont elle fait l'objet – critiques qui sont à la fois générales, visant les « problèmes de méthodologie et de définitions » des classifications juridiques, et plus ciblées, soulignant les égarements entretenus par les qualificatifs « présidentiel » et « parlementaire » pour appréhender le fonctionnement et la diversité des systèmes concernés.

La doctrine française ajoute parfois une source d'ankylose supplémentaire, issue de la III^e^ République de la fin du xix^e^ siècle et dont elle a le plus grand mal à se départir : depuis les *Éléments de droit constitutionnel* (1896), d'Adhémar Esmein, elle fonde en effet la typologie des régimes sur le degré de séparation des pouvoirs, qui serait « rigide » pour les régimes présidentiels et « souple » pour les régimes parlementaires. Travailler sur ces « spectres » ou « vaches sacrées » peut alors s'envisager dans plusieurs directions : pour les épithètes « rigide » et « souple », c'est un travail de pédagogie qui s'impose, surtout à l'endroit des étudiants, pour qu'ils soient à même de comprendre qu'il n'y a – entre autres – rien de rigide dans le fonctionnement des institutions états-uniennes ; pour la logique binaire, qui nous intéresse davantage ici, la quête de troisième(s) voie(s) est l'une des issues sans cesse explorée. À cet égard, si le « troisième larron » ne semble plus être à chercher du côté du régime d'assemblée, discrédité par la connotation péjorative du fonctionnement des III^e^ et IV^e^ Républiques, la voie du semi-présidentialisme demeure discutée – tout en étant presque unanimement rejetée par les juristes.

3. Un « troisième larron » qui bute sur ses propres écueils

L'une des premières faiblesses de la catégorie du semi-présidentialisme, telle que systématisée par Duverger, se comprend à la lecture des critiques internes, formulées de longue date à son encontre. Celles-ci mettent l'accent sur son ambiguïté, ses incohérences et autres défauts logiques. Il s'agit notamment de pointer une démonstration évolutive, n'hésitant pas à reformuler les critères constitutifs de la catégorie : faut-il ajouter les pouvoirs du président comme troisième critère, au-delà des deux premiers identifiés que sont la responsabilité du gouvernement devant le Parlement et l'élection du président au suffrage universel ? Dans ce cas, ces pouvoirs sont-ils des pouvoirs « propres » (terme qui a un sens juridique précis) ou « notables » (terme évidemment bien plus flottant) ? Quelle place encore pour le droit de dissolution ? La démonstration comporte par ailleurs de nombreuses inflexions, conduisant à recourir à des paramètres supplémentaires, telle l'incidence des majorités et partis politiques, qui sont autant de variables politiques, extra-juridiques et contingentes. S'ajoute encore à ces oscillations l'instabilité de la liste des États concernés, certains entrant ou sortant de la catégorie, au gré des évolutions de l'argumentaire déployé.

Partant, on comprend sans peine que « l'inventeur » du semi-présidentialisme ait pu « contribue[r] » à nourrir les critiques et armer ce faisant ses pourfendeurs. L'une des raisons des discussions maintenues autour de cette catégorie ne tient dès lors pas tant dans son apport ou son utilité propre que dans ses fragilités patentes, lesquelles engagent la doctrine à discuter de la cohérence des critères et des typologies, et défient ceux qui cherchent à rendre compte des régimes politiques et systèmes de gouvernements effectifs.

D'autres critiques peuvent sembler secondaires lorsqu'elles sont rapportées à des « querelles taxinomiques ou terminologiques ». Elles ne sont néanmoins pas à négliger, précisément pour ce qu'elles nous disent de la catégorie. D'une part, le préfixe « semi- » est source de confusion dès lors qu'il évoque instinctivement un mélange, une synthèse, mais aussi une incomplétude. Or, si les critères des régimes dits semi-présidentiels empruntent aux deux idéaux-types parlementaire et présidentiel, la catégorie n'a rien d'un statique système « mixte ». Duverger lui-même travaillait sur les différentes conjonctures contribuant à modeler la catégorie – l'alternance entre cohabitation et concordance des majorités sous la V^e^ République française n'en étant qu'une déclinaison. D'autre part, cette dernière remarque rejoint les griefs formulés à l'encontre du choix du terme « présidentiel » : non seulement la force du président, même légitimé par son élection, varie de toute évidence en fonction du contexte politique, mais, plus fondamentalement encore, il n'y a pas de semi-présidentialisme sans responsabilité

gouvernementale : il s'ensuit que cette catégorie ne ressortit pas au régime présidentiel mais bien à la logique parlementaire – faute de trouver, pour l'heure, de classification alternative.

Le « semi-présidentialisme » ne manque-t-il pas finalement son objectif, faute de l'avoir clairement défini ou, à tout le moins, de ne pas s'être tenu à un seul objectif – oscillant entre la conceptualisation d'une classification générique à même de compléter nos tableaux de pensée des régimes politiques, au sens idéal typique wébérien, et la volonté de rendre compte du régime spécifique de la V^{e} République française ? […]

Document 6 : A. LE DIVELLEC, « L'articulation des pouvoirs dans les démocraties parlementaires européennes : fusion et mitigation », *Pouvoirs*, 143, 2012, n°4, extrait.

La difficulté redouble lorsqu'il s'agit d'examiner la question à propos des démocraties parlementaires, c'est-à-dire ce groupe de pays pratiquant un système de gouvernement, où le cabinet est politiquement responsable devant le Parlement – ce qui est le cas de tous les pays européens à l'exception de la Suisse, de Monaco, de Chypre et, bien sûr, du Vatican –, réputé pour unir intimement les deux organes. Deux idées reçues, diamétralement opposées, se partagent à ce sujet, et depuis longtemps, la littérature constitutionnelle. Certains, comme Adhémar Esmein, affirment que le système parlementaire laisse subsister la séparation des pouvoirs, mais sous une forme élastique ou souple. Il est suivi, pour l'essentiel, par une large majorité de juristes contemporains. D'autres, qu'il s'agisse des détracteurs conservateurs du parlementarisme, au XIXe siècle, ou, plus tard de constitutionnalistes et surtout de politistes délaissant l'approche théorique pour l'empirie, prétendent à l'inverse que le gouvernement parlementaire est "la négation même de la séparation des pouvoirs".

DROIT CONSTITUTIONNEL

Année universitaire 2026-2027
1ère année – Semestre 1

Cours de Monsieur GAYE-PALETTES

Travaux dirigés : Matthieu BALOURDET, Maéva BOYER, Corentin CAZIER, Mickaël CIRON, Ahmadou HISSEINE.

SÉANCE N° 10

Démocratie et représentation

Documents :

- J. J. ROUSSEAU, *Du Contrat social*, Flammarion, 2011 [1962], livre III, chap. 4 et livre II, chap. 2, Extraits.
- E. W. BÖCKENFORDE, « Démocratie et représentation : pour une critique du débat contemporain », *in* E. W. BÖCKENFORDE, *Le droit, l'Etat et la constitution démocratique*, LGDJ, 2000, Extrait.
- B. MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, Flammarion, 1995, Extrait.
- J.-M. DENQUIN, « Démocratie, représentation et relativité de l'ontologie », *Juspoliticum*, vol. 29, 2023, Extrait.
- J. RIO, « Une théorie démocratique altérée par les adjectifs à la démocratie », *RFDC*, vol. 141, 2025, n° 1, Extrait.
- Constitution française du 4 octobre 1958, Préambule, Art. 2 et Art. 3.
- Discours du Président de la République Emmanuel MACRON, 3 avril 2023, Extrait

Définitions importantes :

- Souveraineté nationale/populaire :
  - Nation
- Démocratie :
  - Libérale
  - Illibérale

Exercice :

Vous commenterez l'extrait suivant : **Document 7** : Discours du Président de la République Emmanuel MACRON, 3 avril 2023, Extrait

Document 1 : J. J. ROUSSEAU, *Du Contrat social*, Flammarion, 2011 [1762], livre III, chap. 4 et livre II, chap. 2, Extraits.

Livre II, Chapitre 2 :

La première et la plus importante conséquence des principes ci-devant établis, est que la volonté générale peut seule diriger les forces de l'État selon la fin de son institution, qui est le bien commun ; car, si l'opposition des intérêts particuliers a rendu nécessaire l'établissement des sociétés, c'est l'accord de ces mêmes intérêts qui l'a rendu possible. C'est ce qu'il y a de commun dans ces différents intérêts qui forme le lien social ; et s'il n'y avait pas quelque point dans lequel tous les intérêts s'accordent, nulle société ne saurait exister. Or, c'est uniquement sur cet intérêt commun que la société doit être gouvernée.

Je dis donc que la souveraineté, n'étant que l'exercice de la volonté générale, ne peut jamais s'aliéner, et que le souverain, qui n'est qu'un être collectif, ne peut être représenté que par lui-même ; le pouvoir peut bien se transmettre, mais non pas la volonté.

En effet, s'il n'est pas impossible qu'une volonté particulière s'accorde sur quelque point avec la volonté générale, il est impossible au moins que cet accord soit durable et constant ; car la volonté particulière tend, par sa nature, aux préférences, et la volonté générale à l'égalité. Il est plus impossible encore qu'on ait un garant de cet accord, quand même il devrait toujours exister ; ce ne serait pas un effet de l'art, mais du hasard. Le souverain peut bien dire : « Je veux actuellement ce que veut un tel homme, ou du moins ce qu'il dit vouloir » ; mais il ne peut pas dire : « Ce que cet homme voudra demain, je le voudrai encore », puisqu'il est absurde que la volonté se donne des chaînes pour l'avenir, et puisqu'il ne dépend d'aucune volonté de consentir à rien de contraire au bien de l'être qui veut. Si donc le peuple promet simplement d'obéir, il se dissout par cet acte, il perd sa qualité de peuple ; à l'instant qu'il y a un maître, il n'y a plus de souverain, et dès lors le corps politique est détruit.

Ce n'est point à dire que les ordres des chefs ne puissent passer pour des volontés générales, tant que le souverain, libre de s'y opposer, ne le fait pas. En pareil cas, du silence universel on doit présumer le consentement du peuple. Ceci s'expliquera plus au long.

Livre III, Chap. 4 :

Celui qui fait la loi sait mieux que personne comment elle doit être exécutée et interprétée. Il semble donc qu'on ne saurait avoir une meilleure constitution que celle où le pouvoir exécutif est joint au législatif : mais c'est cela même qui rend ce gouvernement insuffisant à certains égards, parce que les choses qui doivent être distinguées ne le sont pas, et que le prince et le souverain, n'étant que la même personne, ne forment, pour ainsi dire, qu'un gouvernement sans gouvernement.

Il n'est pas bon que celui qui fait les lois les exécute, ni que le corps du peuple détourne son attention des vues générales pour les donner aux objets particuliers. Rien n'est plus dangereux que l'influence des intérêts privés dans les affaires publiques, et l'abus des lois par le

gouvernement est un mal moindre que la corruption du législateur, suite infaillible des vues particulières. Alors, l'État étant altéré dans sa substance, toute réforme devient impossible. Un peuple qui n'abuserait jamais du gouvernement n'abuserait pas non plus de l'indépendance ; un peuple qui gouvernerait toujours bien n'aurait pas besoin d'être gouverné.

À prendre le terme dans la rigueur de l'acception, il n'a jamais existé de véritable démocratie, et il n'en existera jamais. Il est contre l'ordre naturel que le grand nombre gouverne et que le petit soit gouverné. On ne peut imaginer que le peuple reste incessamment assemblé pour vaquer aux affaires publiques, et l'on voit aisément qu'il ne saurait établir pour cela des commissions, sans que la forme de l'administration change.

En effet, je crois pouvoir poser en principe que, quand les fonctions du gouvernement sont partagées entre plusieurs tribunaux, les moins nombreux acquièrent tôt ou tard la plus grande autorité, ne fût-ce qu'à cause de la facilité d'expédier les affaires, qui les y amène naturellement.

D'ailleurs, que de choses difficiles à réunir ne suppose pas ce gouvernement ! Premièrement, un État très petit, où le peuple soit facile à rassembler, et où chaque citoyen puisse aisément connaître tous les autres ; secondement, une grande simplicité de moeurs qui prévienne la multitude d'affaires et de discussions épineuses ; ensuite beaucoup d'égalité dans les rangs et dans les fortunes, sans quoi l'égalité ne saurait subsister longtemps dans les droits et l'autorité ; enfin peu ou point de luxe, car ou le luxe est l'effet des richesses, ou il les rend nécessaires ; il corrompt à la fois le riche et le pauvre, l'un par la possession, l'autre par la convoitise ; il vend la patrie à la mollesse, à la vanité ; il ôte à l'État tous ses citoyens pour les asservir les uns aux autres, et tous à l'opinion.

Voilà pourquoi un auteur célèbre a donné la vertu pour principe à la république, car toutes ces conditions ne sauraient subsister sans la vertu ; mais, faute d'avoir fait les distinctions nécessaires, ce beau génie a manqué souvent de justesse, quelquefois de clarté, et n'a pas vu que l'autorité souveraine étant partout la même, le même principe doit avoir lieu dans tout État bien constitué, plus ou moins, il est vrai, selon la forme du gouvernement.

Ajoutons qu'il n'y a pas de gouvernement si sujet, aux guerres civiles et aux agitations intestines que le démocratique ou populaire, parce qu'il n'y en a aucun qui tende si fortement et si continuellement à changer de forme, ni qui demande plus de vigilance et de courage pour être maintenu dans la sienne. C'est surtout dans cette constitution que le citoyen doit s'armer de force et de constance, et dire chaque jour de sa vie au fond de son coeur ce que disait un vertueux Palatin (a) dans la diète de Pologne : Malo periculosam libertatem quam quietum servitium.

S'il y avait un peuple de dieux, il se gouvernerait démocratiquement. Un gouvernement si parfait ne convient pas à des hommes.

Document 2 : E. W. BÖCKENFORDE, « Démocratie et représentation : pour une critique du débat contemporain », *in* E. W. BÖCKENFORDE, *Le droit, l'Etat et la constitution démocratique*, LGDJ, 2000, Extrait.

1. La question de l'essence de la démocratie

À la question de l'essence de la démocratie, il existe une réponse largement répandue : la démocratie signifierait, fondamentalement, l'autogouvernement du peuple et la décision de celui-ci sur ses propres affaires. Nul ne fait face au peuple ni ne disposerait, face à lui, d'une autorité propre ; le peuple lui-même, les citoyens doivent décider. La démocratie directe, l'unité (l'identité) des gouvernants et des gouvernés apparaît comme la démocratie véritable et complète. Kurt Eichenberger constate que cette conception de la démocratie est, en Suisse également, la doctrine prépondérante et la plus répandue : « Pour « l'homme de la rue », mais aussi pour nombre de personnes rattachées aux pouvoirs publics comme pour certains courants doctrinaux, la démocratie directe était et est encore considérée comme la véritable, l'authentique, la seule forme politique respectable, celle à laquelle il faut parvenir. Pour le suisse moyen du XIXème comme du XXème siècle, on ne saurait trouver meilleure formule que celle de Cari Schmitt sur la démocratie comme « identité des gouvernants et des gouvernés »

Il existe une série de références susceptibles de conférer à cette conception de la démocratie directe, immédiate, prise comme la forme véritable de la démocratie, au-delà du simple fait qu'elle soit effectivement répandue, une plausibilité et une légitimation théoriques. On mettra l'accent sur trois de ces références.

a. La tradition, d'abord, héritée du type de la démocratie athénienne des Vème et IVème siècles av. J.-C., son époque dite classique. D'après cette tradition, à Athènes, il revenait à l'assemblée populaire réunissant tous les citoyens jouissant pleinement de leurs droits de décider de toutes les questions essentiel-les ; l'autorité politique se trouvait démocratiquement et directement entre leurs mains.

b. La thèse de Rousseau, ensuite, l'un des pères de la démocratie moderne, de l'intransmissibilité de la souveraineté qui réside, inaliénable, dans le peuple. Rousseau déclare la souveraineté du peuple tout autant inaliénable qu'irreprésentable.

c. Le défi, enfin, lancé par la Commune de Paris de 1871, telle qu'elle se présente, dans le tableau brossé par Karl Marx, comme un exemple réalisé d'autogouvernement directement démocratique. Chez Marx, la Commune n'apparaît pas comme un processus révolutionnaire de renversement d'une certaine autorité étatique donnée - cependant, l'autorité en tant que telle serait, elle, conservée - mais comme une révolution contre l'État lui-même, afin de briser cette « répugnante machine de domination de classes » et de la remplacer par l'autogouvernement direct du peuple - par l'identité des gouvernants et des gouvernés.

Ces références légitiment et confortent un concept de la démocratie d'après lequel l'essence de celle-ci réside dans l'autogouvernement immédiat d'un peuple qui resterait auprès de soi et non pas dans l'établissement, à partir du peuple, d'organes dirigeants, agissant par eux-mêmes, mais pour le peuple et au nom du peuple, tout en étant responsable devant lui. Sur la base d'une telle notion de la démocratie, la démocratie médiate et représentative tire sa seule justification de réalités exclusivement techniques et factuelles : la grande étendue des collectivités politiques modernes ainsi que le nombre élevé de leurs habitants la rendraient inévitable. Mais, par rapport à l'idée de démocratie, elle en apparaît comme la forme minorée, la « seconde voie » qui ne peut dissimuler son déficit de démocratie véritable. Cette idée trouve un prolongement au sein

même de la démocratie médiate/représentative : chaque élément de démocratie immédiate qui se trouve introduit dans son schéma d'organisation possède une légitimité plus grande et représente « un plus de démocratie ». L'organisation, dès lors qu'on ne peut se passer complètement des éléments de représentation et de médiation, doit cependant tendre à les réprimer et à les atténuer.

Cette conception de démocratie constitue le fondement du mouvement actuel en faveur de la démocratie à la base. Pour ce mouvement, démocratie signifie une participation qui vient d'en bas, le concours des individus (en tant que base concernée) à toutes les décisions qui les concernent. On voit là, à la fois, une approche pour résoudre le problème de la domination, et ce, à vrai dire, dans le sens d'un dépassement par soi-même de la domination et, au bout du compte, de son abolition. Il s'agit en effet, de la « participation de tous les citoyens (concernés) au processus de discussion et de clarification qui conduit à la décision », qui de ce fait perd son caractère d'exercice de la domination.

[…]

LA REPRÉSENTATION DANS LA DÉMOCRATIE

[S]e pose la question fondamentale de la signification de la représentation pour la démocratie, en tant que domination réalisée du peuple.

1. Les différents concepts de la représentation

Nous nous interrogerons en premier lieu sur le concept même de la représentation. Le terme de représentation est en effet utilisé, dans le débat contemporain de théorie de l'État et de la constitution, dans une double acception.

Au sens formel, on parle de représentation pour viser l'habilitation, par le peuple ou les citoyens, d'organes indépendants de direction ; représentation désigne le système de légitimation et d'imputation, existant ou établi par cette habilitation entre l'activité des organes de direction et le peuple : les organes de direction agissent par représentation au nom du peuple et en tant que peuple, ils ont la force, par leur action, d'obliger le peuple. C'est en ce sens qu'on vient de parler de représentation (comme représentation formelle).

Le concept matériel de la représentation se démarque du précédent en ceci que dans l'action, à la supposer légitimée et autorisée d'une quelconque manière par le peuple, la volonté de celui-ci se voit actualisée dans son contenu et traduite. D'après cela, la représentation consiste et s'établit en ceci que l'activité des organes de direction soit de telle nature que les individus et les citoyens dans leur ensemble (le peuple) puissent se retrouver dans cette activité, tant dans la diversité de leurs façons de voir que dans ce que, ensemble, ils tiennent pour juste et veulent. Pour cela, il convient que les individus - en tant que ceux qui sont d'abord formellement représentés - voient que les questions de leur vie en commun, celles qui les concernent dans leur ensemble, sont débattues et réglées par les représentants et ce, d'une manière qui, indépen-damment des divergences d'opinions et de manières de voir, rend possible et même suscite une identification avec cette façon de traiter les choses et d'en décider. De la sorte, à côté de la prérogative reconnue aux représentants d'obliger extérieurement (le pouvoir de commandement), apparaît la capacité à produire du consentement et de la disposition à obéir.

La représentation, prise en ce sens matériel, est un processus et, plus précisément : un processus politique et spirituel. Elle n'est pas donnée simplement comme la reproduction ou la traduction d'un être existant pour soi, quoique invisible; elle peut s'établir et se détruire ou se déliter. Du point de vue juridique, c'est-à-dire au moyen de dispositifs juridiques, elle peut sans aucun

doute être rendue possible, mais elle ne peut pas être garantie - elle doit absolument prendre figure dans l'action des représentants et à partir de celle-ci.

c) Pour une démocratie réalisée, ces deux modes de la représentation sont indispensables. Dans la représentation formelle, la démocratie trouve son système, au plan du droit formel, d'habilitation, de légitimation et d'imputation. Ce système produit la structure démocratique de l'État dans sa forme extérieure, mais aussi exclusivement sous cette forme. La présence, de surcroît, de la représentation matérielle est la condition nécessaire pour que la démocratie, indépendamment de sa structure représentative formelle, ne sombre pas dans la domination purement déléguée à des individus ou des groupes, ou bien encore dans l'absolutisme des majorités alternatives, mais qu'elle rende effective la domination du peuple et la participation politique des individus. En ce sens, d'un côté, dans la démocratie elle aussi se constitue de la domination, à travers la représentation (formelle) ; de l'autre côté, la représentation (matérielle) sert à limiter la domination et à la soumettre, dans ses contenus, au peuple. Toute démocratie est tributaire d'un tel processus de médiation puisqu'elle n'est pas réalisable en tant que démocratie immédiatement identitaire.

Document 3 : B. MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, Flammarion, 1995, Extrait.

Les démocraties contemporaines sont issues d'une forme de gouvernement que ses fondateurs opposaient à la démocratie. L'usage nomme « démocraties représentatives » les régimes démocratiques actuels. Cette expression, qui distingue la démocratie représentative de la démocratie directe, fait apparaître l'une et l'autre comme des formes de la démocratie. Toutefois, ce que l'on désigne aujourd'hui sous le nom de démocratie représentative trouve ses origines dans les institutions qui se sont progressivement établies et imposées en Occident à la suite des trois révolutions modernes, les révolutions anglaise, américaine et française. Or ces institutions n'ont nullement été perçues, à leurs débuts, comme une variété de la démocratie ou une forme du gouvernement par le peuple.

Rousseau condamnait la représentation politique par des formules péremptoires qui sont demeurées célèbres. Il dépeignait le régime anglais du XVIIIe siècle comme une forme de servitude ponctuée par de brefs instants de liberté. Rousseau voyait une immense distance entre un peuple libre se donnant à lui-même sa loi et un peuple élisant des représentants pour faire la loi à sa place. Mais il faut noter que les partisans de la représentation, même s'ils faisaient un choix opposé à celui de Rousseau, apercevaient également une différence fondamentale entre la démocratie et le régime qu'ils défendaient, régime qu'ils nommaient « gouvernement représentatif » ou encore « république ». Deux acteurs dont le rôle a été décisif dans rétablissement de la représentation politique moderne, Madison et Sieyès, soulignaient ainsi en des termes très proches le contraste entre le gouvernement représentatif ou républicain et la démocratie. Cette proximité est d'autant plus saisissante que des différences multiples et profondes séparaient par ailleurs le principal architecte de la constitution américaine et l'auteur de Qu'est-ce que le Tiers-État ? : leur formation, le contexte politique dans lequel ils parlaient et agissaient, leurs conceptions constitutionnelles elles-mêmes.

Madison opposait souvent la « démocratie » des cités antiques où « un petit nombre de citoyens s'assemblent pour conduire en personne le gouvernement » et la république moderne fondée

sur la représentation. Il formulait même cette opposition en des termes particulièrement radicaux. La représentation, faisait-il observer, n'était pas totalement inconnue des républiques antiques. Le peuple assemblé n'y exerçait pas toutes les fonctions gouvernementales ; certaines tâches, d'ordre exécutif en particulier, étaient déléguées à des magistrats. Mais à côté de ces magistrats, l'assemblée du peuple constituait un organe du gouvernement. La véritable différence entre les démocraties anciennes et les républiques modernes tenait donc, selon Madison, à « ce que celles-ci n'accordent absolument aucun rôle au peuple en corps [*the total exclusion of the people in their collective capacity from any share in the latter*], non à ce que celles-là n'accordent aucun rôle aux représentants du peuple ».

Madison ne considérait pas la représentation comme une approximation du gouvernement par le peuple rendue techniquement nécessaire par l'impossibilité matérielle de rassembler les citoyens dans de grands États, il y voyait au contraire un système politique substantiellement différent et supérieur. L'effet de la représentation, notait-il, est « d'épurer et d'élargir l'esprit public en le faisant passer par l'intermédiaire d'un corps choisi de citoyens dont la sagesse est le mieux à même de discerner le véritable intérêt du pays et dont le patriotisme et l'amour de la justice seront les moins susceptibles de sacrifier cet intérêt à des considérations éphémères et partiales ». « Dans un tel système, poursuivait-il, il peut fort bien se produire que la volonté publique formulée par les représentants du peuple s'accorde mieux avec le bien public que si elle était formulée par le peuple lui-même, rassemblé à cet effet. »

Sieyès, de son côté, soulignait avec insistance la « différence énorme » entre la démocratie où les citoyens font eux-mêmes la loi et le régime représentatif dans lequel ils commettent l'exercice de leur pouvoir à des représentants élus. Toutefois, la supériorité du régime représentatif ne tenait pas tant, pour Sieyès, à ce qu'il produisait des décisions moins partiales et passionnelles, mais à ce qu'il constituait la forme de gouvernement la plus adéquate à la condition des « sociétés commerçantes » modernes où les individus sont avant tout occupés à produire et à distribuer des richesses. Dans de telles sociétés, remarquait Sieyès, les citoyens n'ont plus le loisir nécessaire pour s'occuper constamment des affaires publiques, ils doivent donc, par l'élection, confier le gouvernement à des individus consacrant tout leur temps à cette tâche. Sieyès voyait avant tout la représentation comme l'application à l'ordre politique du principe de la division du travail, principe qui constituait, à ses yeux, un facteur essentiel du progrès social. « L'intérêt commun, écrivait-il, l'amélioration de l'état social lui-même nous crient de faire du gouvernement une profession particulière. » Ainsi, pour Sieyès, comme pour Madison, le gouvernement représentatif n'était pas une modalité de la démocratie, c'était une forme de gouvernement essentiellement différente et, de surcroît, préférable.

Or il faut remarquer que certains choix institutionnels faits par les fondateurs du gouvernement représentatif n'ont pratiquement jamais été remis en cause par la suite. Le gouvernement s’est assurément transformé au cours des deux derniers siècles. L’élargissement graduel du droit de suffrage et l'établissement du suffrage universel constituent la plus évidente de ces transformations. Mais d'un autre côté, plusieurs dispositions réglant la désignation des gouvernants et la conduite des affaires publiques sont, elles, demeurées identiques. Elles sont toujours en vigueur dans les régimes que l'on nomme aujourd'hui des démocraties représentatives.

(…)

Un gouvernement organisé selon les principes représentatifs était donc considéré, à la fin du XVIIIe siècle, comme radicalement différent de la démocratie alors qu'il passe aujourd'hui pour une de ses formes. Un dispositif institutionnel qui peut faire l'objet d'interprétations si

différentes doit enfermer une énigme. On pourrait observer, sans doute, que la signification du terme « démocratie » a évolué depuis les origines du gouvernement représentatif. Cela est indubitable, mais ne résout pas pour autant la difficulté. Le sens du mot n'a pas, en effet, changé du tout au tout, sa signification d'alors et celle d'aujourd'hui se recouvrent en partie. Le terme servait à caractériser le régime athénien, il est encore utilisé, à présent, pour désigner le même objet historique. Au-delà de ce référent concret commun, la signification contemporaine et celle du XVIIIe siècle partagent aussi les notions d'égalité politique entre les citoyens et celle de pouvoir du peuple. Ces notions sont de nos jours des composantes de l'idée démocratique, elles l'étaient, de même, autrefois. Ce sont donc, plus précisément, les rapports entre les principes du gouvernement représentatif et ces éléments de l'idée démocratique qui paraissent difficiles à discerner.

Au demeurant, la généalogie ne constitue pas la seule raison de s'interroger sur les relations entre les institutions représentatives et la démocratie. L'usage contemporain, qui range la démocratie représentative parmi les espèces de la démocratie, révèle, à l'examen, une grande incertitude sur ce qui fait le caractère particulier de cette espèce. En distinguant la démocratie représentative de la démocratie directe, on définit implicitement la première comme la forme indirecte du gouvernement par le peuple et on fait de la présence d'intermédiaires le critère séparant les deux variétés de la démocratie. Mais les notions de gouvernement direct et de gouvernement indirect ne tracent qu'une ligne de partage indécise. Il est en effet indubitable, comme l'observait Madison, que dans les démocraties dites directes de l'Antiquité, à Athènes en particulier, le peuple assemblé ne détenait pas tous les pouvoirs. Certaines fonctions importantes étaient exercées par des institutions autres que l'assemblée des citoyens. Doit-on, alors, considérer, comme Madison, que la démocratie athénienne comportait une certaine dimension représentative, ou faut-il conclure que les fonctions des organes autres que l'assemblée étaient néanmoins « directement » exercées par le peuple ? Dans la seconde hypothèse, que signifie au juste l'adverbe « directement » ?

D'autre part, le qualificatif d'indirect, les termes de médiation ou d'intermédiaire peuvent, dans le langage courant, renvoyer à des situations très différentes les unes des autres. Ce sont en réalité des notions confuses. Ainsi, par exemple, un coursier portant un message est considéré comme un intermédiaire et la communication qu'il assure est dite indirecte. Mais un banquier gérant un patrimoine et plaçant des capitaux pour le compte d'un client est aussi appelé un intermédiaire : le client propriétaire des fonds prête indirectement aux entreprises ou aux institutions qui empruntent sur le marché. Or une différence considérable sépare manifestement ces deux formes de médiation et les relations qu'elles créent entre les parties prenantes. Le messager n'a aucun contrôle ni sur le contenu ni sur la destination du message qu'il porte. Le banquier, au contraire, a pour fonction de sélectionner selon son propre jugement le meilleur placement possible et le client ne contrôle que le rendement de ses capitaux. Auquel de ces deux types de médiation, ou à quel autre encore, s'apparentent le rôle des représentants et le pouvoir que le peuple exerce sur eux ? La conception contemporaine de la démocratie représentative comme gouvernement indirect ou médiatisé du peuple n'en dit rien. La distinction usuelle entre démocratie directe et démocratie représentative ne fournit en réalité qu'une information très pauvre.

Les incertitudes et la pauvreté de la terminologie contemporaine, comme son contraste avec la vision du XVIIIe siècle, « montrent que nous ne savons pas exactement ce qui rapproche le gouvernement représentatif de la démocratie, ni ce qui l'en distingue. Les institutions représentatives sont sans doute plus étranges que leur appartenance à notre environnement habituel ne nous inclinerait à le croire. Ce livre n'a pas pour ambition de discerner l'essence ou

la signification ultimes de la représentation politique, il vise seulement à mettre au jour les propriétés et les effets non évidents d'un ensemble d'institutions inventé il y a deux siècles. On nomme en général représentatifs les régimes politiques où ces institutions sont présentes. Mais, en dernière analyse, ce n'est pas le terme de représentation qui importe ici. Il s'agira uniquement d'analyser les éléments et les résultats du dispositif, quelque nom qu'on lui donne.

Quatre principes ont toujours été observés dans les régimes représentatifs depuis que cette forme de gouvernement a été inventée :

1 — les gouvernants sont désignés par élection à intervalles réguliers.

2 — Les gouvernants conservent, dans leurs décisions, une certaine indépendance vis-à-vis des volontés des électeurs.

3 — Les gouvernés peuvent exprimer leurs opinions et leurs volontés politiques sans que celles-ci soient soumises au contrôle des gouvernants.

4 — Les décisions publiques sont soumises à l'épreuve de la discussion.

L'élection constitue l'institution centrale du gouvernement représentatif. »

Document 4 : D. BARANGER, « Citoyen représentant. Une lecture de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 », *Juspoliticum*, vol. 29, 2023, Extrait.

I

D'octobre 2019 à juin 2020, s'est déroulée en France une expérience novatrice de démocratie participative et délibérative : la Convention Citoyenne pour le Climat. La nature de cette expérimentation institutionnelle n'allait pas de soi. Un débat s'en est suivi relativement à la manière dont il fallait la comprendre. Ce débat s'est en particulier cristallisé autour du sens à donner à la seconde phrase de l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, que l'on cite ci-dessous en italiques :

> *La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation […].*

Certains tenants de la démocratie participative ont trouvé dans cette disposition, qui fait partie de notre droit constitutionnel positif, une justification pour affirmer qu'une assemblée de citoyens jouissait, par ce fait même (être composée de citoyens) d'une indiscutable légitimité. […] De leur côté, les adversaires de la Convention Citoyenne pour le Climat – et plus généralement ceux des observateurs qui sont restés sceptiques vis-à-vis des exercices de démocratie participative – livrent une autre interprétation de la même disposition. […]

Cette controverse justifie à nos yeux une enquête sur le sens pouvant être attribué à cette seconde phrase de l'article 6. […]

II

Il n'est pas inutile de commencer par examiner ce que nous apprennent les sources historiques, à commencer par les débats au sein de l'Assemblée nationale constituante. On ne fera ici que rappeler quelle fut leur trame. La genèse de l'article 6 se trouve dans le projet du Sixième bureau de l'Assemblée nationale, qui contenait un article 12 ainsi libellé :

> *La loi étant l'expression de la volonté générale, tout Citoyen doit avoir coopéré immédiatement ou médiatement à la formation de la loi.*

Lors de la séance du 21 août 1789, cet article n'est pas directement abordé. C'est un article de synthèse proposé par Beauharnais et rassemblant les articles 11 à 15 du projet du Sixième bureau qui est mis en discussion. Ce texte « enjambe l'article 12 » du Sixième bureau en abandonnant la référence à la loi, expression de la volonté générale et en ne faisant pas mention de l'auteur de la loi. Il n'y est fait référence de ce point de vue ni aux citoyens (qui n'apparaissent que sous le rapport de leur égale admissibilité aux emplois publics) ni aux représentants. La référence à la loi comme « convention des citoyens » se formant « par la volonté générale » revient dans l'amendement proposé par Martineau. L'essentiel des débats semble avoir porté sur la question des « capacités » (dans la dernière phrase de l'article définitif) plutôt que sur la seconde phrase qui nous retient ici. Pour finir, ce fut – à l'instigation de Barnave – la rédaction proposée par Talleyrand qui s'imposa. L'évêque d'Autun offrit, dit le rédacteur du Moniteur « une rédaction plus heureuse, qui a réuni tous les suffrages à la première lecture » et fut adoptée avec « empressement ».

A. La formulation de la seconde phrase : des textes précurseurs à la rédaction définitive

Les débats et propositions d'amendements du 21 août ne sont pas la seule ressource à notre disposition s'agissant de comprendre l'article 6 de la Déclaration. Il faut leur adjoindre un ensemble de textes et projets contemporains (avant, pendant ou après le moment déclaratoire) pouvant contenir des formulations alternatives ou concurrentes de celles finalement retenues. À leur lecture, un certain nombre de conclusions s'imposent. La première est qu'à peu près tous les projets de Déclaration contiennent un article prescrivant à qui doit être attribuée la confection de la loi. Certaines rédactions sont de nature ultra-représentative : seul le représentant y est mentionné. Le citoyen n'apparaît pas. On en trouve la forme pure, par exemple, dans le projet de Boislandry, député du Tiers-État de Paris :

> *Art. III – (46) Le principe de toute souveraineté réside dans la Nation ; nul corps, nul individu, n'ont d'autorité que celle qui en émane expressément. (47) La nation française étant trop nombreuse pour exercer elle-même la souveraineté, a droit de déléguer ses pouvoirs à des représentants. (48) La représentation ne peut avoir lieu que par élection.*

Ces formulations ultra-représentatives sont toutefois rares. La plupart des projets font, sur ce chapitre, mention du citoyen ou des citoyens. Cette place peut être seconde, sinon secondaire, comme dans la Déclaration des droits de l'homme en société de Sieyès. Conformément aux vues de l'auteur, l'article xxviii de ce projet énonce certes le principe représentatif « pur » :

> *La Loi ne peut être que l'expression de la volonté générale. Chez un grand peuple, elle doit être l'ouvrage d'un Corps de Représentants, choisis pour un temps*

court, médiatement ou immédiatement, par tous les citoyens qui ont, à la chose publique, intérêt avec capacité […].

Toutefois, cette disposition doit être lue en relation avec l'article xxx du même projet qui accorde pour sa part une certaine « influence » au citoyen :

Art. xxx : « Un citoyen ne doit pas prétendre à avoir plus d'influence qu'un autre sur la formation de la loi. »

La seconde formule altère la pureté de l'énoncé contenu dans la première. Si, dans un premier temps, le citoyen semble écarté de la fonction législative, il lui est à tout le moins reconnu, dans un second, le droit de l'influencer. Une formule approchante mais plus claire, et ne contemplant que les seuls citoyens actifs, se trouve dans le Préliminaire de la Constitution Françoise du même Sieyès : « Nul citoyen actif n'a plus de droits qu'un autre à la formation de la loi ». Le même Sieyès n'avait-il pas défini, dès janvier 1789, le citoyen comme étant celui qui prend « une part active à la formation de la loi sociale », même s'il ne s'agissait là pour lui que de garantir à ce même citoyen la « qualité représentable » ?

Là où certains projets passent donc le citoyen sous silence et ne veulent connaître que le représentant, beaucoup ne se rallient pas à ce parti. Le citoyen coexiste alors avec les représentants. La manière dont cette coexistence est mise en mots est assez variable. Les différences portent en particulier, d'une part sur la manière de prendre en compte les représentants, d'autre part sur la manière de désigner le citoyen.

Sur le premier point, la présence des représentants peut être exprimée indirectement par la référence au caractère potentiellement « médiat » de la participation des citoyens à la fonction de législation. Tel fut le parti retenu par le Sixième bureau de l'Assemblée nationale. Un doute existe cependant sur la formule exacte qui fut retenue sur ce point par le Sixième bureau, car on trouve au moins deux rédactions attribuées à cet organe. Dans une première publication contemporaine (la version de l'éditeur « Pierres », on trouve la formule suivante :

La loi étant l'expression de la volonté générale, tout citoyen doit avoir coopéré immédiatement ou médiatement à la formation de la Loi.

Dans une seconde publication (la version de l'éditeur Baudouin), on trouve une rédaction différente :

La loi étant l'expression de la volonté générale, tout Citoyen doit avoir coopéré immédiatement à la formation de la loi.

La différence est notable. L'exigence exclusive d'une coopération immédiate du citoyen à la formation de la loi, sans remettre en cause le principe représentatif, incline dans un sens beaucoup plus démocratique que l'expression qui comporte les deux adverbes (médiatement et immédiatement). Il ne semble toutefois pas assuré que la version « Baudouin » doive être retenue. Par-delà cette incertitude, force est de reconnaître que le couple « médiatement/immédiatement » se retrouve dans plusieurs autres rédactions contemporaines telles que celle avancée le 21 août par Target :

Art. 1er – La loi est l'expression de la volonté générale ; elle seule peut commander par l'organe des magistrats, et tous les citoyens y sont soumis.

> *Art. II – Tous les citoyens ont le droit de coopérer médiatement ou immédiatement à sa formation […].*

Dans la rédaction « Talleyrand » qui finit par emporter l'adhésion, ce couple d'adverbes (« médiatement », « immédiatement ») sera remplacé par une autre alternative : « personnellement ou par leurs représentant ». Il avait peut-être le tort d'être plus abstrait et de moins bien caractériser l'alternative entre participation directe et admission du principe représentatif. D'autres formulations furent préférées par certains rédacteurs. Par exemple, Martineau, dans son amendement du 21 août dit :

> *Art. 1er – La loi est une convention des citoyens réunis ; elle se forme par la volonté générale. Comme il n'est personne qui n'ait concouru par soi-même ou par ses représentants à la formation de la loi, il n'est personne aussi qui ne soit obligé de s'y soumettre […].*

Ce choix de termes donne à comprendre que nul citoyen n'est jamais écarté de la formation de la loi, peut-être parce que l'élection suffit à l'y faire contribuer. D'autres auteurs de projets de déclarations, comme Sinety, font de la coopération du citoyen à la loi, non pas une nécessité logique, et par conséquent toujours accomplie, mais un véritable droit : « La loi étant l'expression de la volonté générale, tout Citoyen a droit de coopérer à sa formation, soit par lui-même, soit par des Représentants librement élus ».

En second lieu, les textes précurseurs du futur article 6 varient quant à la façon de désigner le citoyen. Les deux rédactions attribuées au Sixième bureau, comme celles qu'on vient aussi de citer (amendement Target, projet Sinety) mentionnent, ce qui n'est pas sans importance, le citoyen (au singulier) et non – comme dans la version finale – « tous les citoyens », ce qui peut se comprendre comme voulant dire : les citoyens en corps. Par ailleurs, le citoyen n'est pas toujours mentionné de manière directe. S'il apparaît parfois en son nom propre, on le rencontre parfois aussi en tant que « membre qui compose la société » (Ladebat), « associé » (Pétion de Villeneuve) ou « membre d'une société » (Duport). Parfois encore, il est masqué par des pronoms indéfinis à portée généralisatrice : « Les lois » écrit par exemple Rabaut Saint-Etienne, dans son Préliminaire de la Constitution Françoise, « doivent être librement convenues, accordées et consenties par tous ».

Document 5 : J. RIO, « Une théorie démocratique altérée par les adjectifs à la démocratie », *RFDC*, vol. 141, 2025, n° 1, Extrait.

Le mythe de la démocratie directe regroupe l'ensemble des adjectifs tendant à rapprocher la démocratie de l'autogouvernement. Sont ainsi appréhendées les théories de la démocratie directe, antique, athénienne, pure, totale, mythique, *etc*. Le mythe de la démocratie originelle promeut l'existence d'un pouvoir politique sans distinction entre le titulaire et ses gouvernants. Les citoyens feraient tout eux-mêmes, tout le temps. L'idéal démocratique devient l'absence de médiation dans l'exercice du pouvoir. Le caractère mythique provient d'un passé fantasmé de l'histoire du gouvernement des hommes. L'exercice direct de l'intégralité des pouvoirs n'a jamais véritablement existé dans l'histoire. Il y a toujours eu recours à une forme de délégation du pouvoir.

Ce mythe néglige une donnée fondamentale de la relation démocratique du pouvoir : le temps personnel. Ce temps est essentiel pour la jouissance de la liberté. Un des objectifs des régimes démocratiques, au-delà du consentement au pouvoir, est de permettre à chacun de poursuivre sa quête du bonheur personnel. Pour cela il faut du temps. Ce temps est considéré comme « la liberté des modernes » pour Benjamin Constant. C'est la coexistence d'un temps politique et d'un temps personnel qui justifie la distinction entre sphère publique et sphère privée. Dans l'Athènes antique, l'absence de séparation entre la vie de la cité et la vie privée fera rapidement dégénérer le régime dans l'oppression du nombre.

Le but de la démocratie n'est pas de gérer la totalité des vies des sujets en commun au risque de sombrer dans une démocratie soviétique. Le but de la démocratie est de permettre, par une délégation du pouvoir, de dégager du temps à chacun dans la gestion des affaires courantes pour pouvoir s'occuper de ses affaires privées. La délégation du pouvoir n'est pas un abandon, mais une nécessité permettant la démocratie. Le mythe de l'autogouvernement nie la nécessité d'une délégation et apparaît ainsi contraire à la nécessité d'un système représentatif au sein de la relation démocratique du pouvoir.

Plutôt que de plaider pour l'absence de délégation du pouvoir, nombre de théoriciens de la démocratie directe plaident en faveur d'un type particulier de désignation des gouvernants : le tirage au sort. Le tirage au sort n'est souvent perçu que dans sa dimension technique et non dans le système qu'il imposait. Le tirage au sort ne permet pas l'expression du libre arbitre, il n'est pas un mode de désignation des gouvernants permettant au titulaire du pouvoir d'exprimer un choix. La technique du tirage au sort n'est pas, par elle-même, conforme au principe de liberté politique. Dans le régime antique athénien, le tirage au sort est pratiqué au côté de l'élection et de la décision directe dans un objectif de rotativité des charges entre un faible nombre de citoyens. Le but est de créer un régime dans lequel le citoyen est tour à tour gouverné et gouvernant. Cela doit permettre la création d'une responsabilité des uns envers les autres et donc d'une pratique mesurée du pouvoir politique par l'ensemble des citoyens.

La pratique d'un tirage au sort déconnecté de cette logique de rotativité ne peut prétendre à la légitimité démocratique. Bien au contraire, elle permet de réserver la décision à une minorité politique non choisie. Le tirage au sort, non inscrit dans un système spécifique, ne respecte ni le principe technique de votation ni le principe idéologique de liberté politique au sein de la relation démocratique du pouvoir. […]

Document 6 : Constitution française du 4 octobre 1958, art. 2 et art. 3.

ARTICLE 2.

La langue de la République est le français.

L'emblème national est le drapeau tricolore, bleu, blanc, rouge.

L'hymne national est « La Marseillaise ».

La devise de la République est « Liberté, Égalité, Fraternité ».

Son principe est : gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple.

ARTICLE 3.

La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum.

Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice.

Le suffrage peut être direct ou indirect dans les conditions prévues par la Constitution. Il est toujours universel, égal et secret.

Sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques.

Document 7 : Discours du Président de la République Emmanuel MACRON, 3 avril 2023 :

La conception séculaire de la démocratie représentative est bousculée, même attaquée. Pourtant, il existe un Parlement et la légitimité de son pouvoir est un pilier de nos démocraties. Le peuple s'exprime par ses représentants ou par référendum, au terme d'un débat qui reproduit à plus grande échelle ce mouvement qui a été le vôtre, de décentrement individuel et de discussions fécondes. Mais on le voit bien aussi, parfois, les rouages de notre démocratie, sa temporalité, ses mécanismes font qu'il manque comme quelque chose. Cette rouille démocratique que j'évoquais en citant Tocqueville, il nous faut lui trouver un remède. La densité de certains sujets, soit concentrés dans le vertige éthique d'une question fondamentale comme la fin de vie, soit d'une ampleur telle qu'une multitude de situations en sont bouleversées et que les enjeux techniques s'y ajoutent, comme, le changement climatique, suppose un travail préalable de décantation démocratique. Et c'est pourquoi une convention citoyenne, vous l'avez d'ailleurs parfaitement rappelé, ne se substitue jamais à la délibération parlementaire. Elle la prépare et surtout, je le crois, dans certaines circonstances, elle la permet parce qu'en son sein, se joue toute la complexité du débat, parce qu'elle favorise ainsi un cheminement des avis, enclenche une maïeutique et refroidit les passions brûlantes