

Cours de Droit Constitutionnel

2015
Premier Semestre

Table des matières

1 Introduction générale	4
1.1 Qu'est-ce que le droit constitutionnel?	4
1.2 Le droit constitutionnel comme "l'ensemble de normes juridiques relatives au pouvoir politique"	4
1.2.1 Un ensemble de normes juridiques...	4
1.2.2 ...relatives au pouvoir politique	5
1.3 Le droit constitutionnel comme une discipline étudiant les normes	5
1.3.1 La recherche	5
1.3.2 L'enseignement du droit constitutionnel	5
1.4 Organisation du cours	6
1.4.1 Théorie	6
1.4.2 Pratique	6
 I Théorie Constitutionnelle	 7
2 L'État	8
2.1 La structure de l'État	8
2.1.1 Les attributs de l'État	8
2.1.2 Les formes de l'État	10
2.2 Les organes de l'État	11
2.2.1 Les institutions politiques	11
2.2.2 Le Chef de l'État	14
2.2.3 Le Gouvernement	15
2.2.4 Les Hautes juridictions	16
2.3 Les rapports institutionnels	16
2.3.1 Les rapports de sujétion	16
2.3.2 Rapports de collaboration	17
 3 La constitution	 18
3.1 La constitution formelle	18
3.1.1 L'élaboration de la constitution	19

3.1.2	La garantie de la constitution	21
3.2	La constitution matérielle	22
3.2.1	L'organisation des pouvoirs	22
3.2.2	La protection des droits et des libertés	25

Chapitre 1

Introduction générale

1.1 Qu'est-ce que le droit constitutionnel ?

L'expression est apparue en France aux alentours de 1775-1777.

Le terme droit est polysémique, il désigne :

- soit une faculté d'accomplir une action garanti par une norme juridique
- soit un ensemble de normes juridiques
- soit la discipline qui étudie les normes juridiques

L'adjectif constitutionnel exprime l'idée que le droit constitutionnel est un droit relatif à la constitution.

Deux approches de la constitution entendue comme norme juridique :

- Approche matérielle : la constitution désigne l'ensemble de normes juridiques caractérisées par leur contenu, à savoir les institutions politiques et les relations entre les gouvernés et les gouvernants.
- Approche formelle : la constitution désigne l'ensemble de normes juridiques caractérisées par leur place dans l'ordre juridique, à savoir qu'elles se situent au plus haut niveau de cet ordre et qu'elles ne peuvent être modifiées que par des normes du même niveau.

1.2 Le droit constitutionnel comme "l'ensemble de normes juridiques relatives au pouvoir politique"

1.2.1 Un ensemble de normes juridiques...

La norme est la signification d'un énoncé prescrivant un modèle de conduite. Cela implique que la norme est le sens de l'énoncé, le sens que l'on cherche à donner à un mot. Ce sens prescrit une action, elle oriente les conduites, elle ne les décrit pas.

La spécificité de la norme juridique réside dans la source de l'émission de la norme : la norme juridique est celle adoptée, directement ou indirectement par l'État. On parle à cet égard de "droit positif" pour désigner l'ensemble des normes juridiques en vigueur dans un État.

La norme juridique est posée directement par l'État lorsqu'elle est adoptée par une institution politique habilitée par la constitution. Ex : La loi est la norme juridique adoptée par le Parlement.

La norme juridique est posée indirectement par l'État lorsqu'elle est adoptée par une ou plusieurs personnes privées qui ont été habilitées par une norme de l'État. Ex : "Les conven-

tions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites" (Art 1134 du Code Civil)

1.2.2 ...relatives au pouvoir politique

On peut définir le pouvoir politique comme le phénomène qui lie les gouvernés aux gouvernants pour la conduite des affaires publiques.

- Le pouvoir politique est la source de normes juridiques.
- Le pouvoir politique est, en principe, soumis aux normes juridiques.

1.3 Le droit constitutionnel comme une discipline étudiant les normes

1.3.1 La recherche

Les acteurs dans la recherche en droit constitutionnel sont :

- Les universitaires (professeurs et maîtres de conférences en droit public, docteurs en droit public et étudiants en thèse de doctorat de droit public,...)
- Les non universitaires (juges constitutionnels et administratifs, personnels politiques, hauts fonctionnaires, avocats...)

La "doctrine" désigne la pensée et l'ensemble des auteurs ayant un regard savant sur le droit.

Il y a plusieurs discours sur le droit constitutionnel :

- Le discours du personnel politique et des militants ;
- Le discours des philosophes ;
- Le discours des médias.

Le discours savant sur le droit constitutionnel a une utilité spécifique dans la société : sa logique est celle de l'élucidation. Il vise à permettre une meilleure connaissance et compréhension des interactions entre le droit et le pouvoir politique.

Il n'y a pas une seule façon de faire de la recherche. Il y a une hétérogénéité de la recherche. Les normes juridiques sont la traduction d'un choix politique qui va régir, de façon impérative, l'ensemble de la population (y compris les membres de la doctrine). En tant qu'individu, chaque personne a des convictions politiques et morales. La question se pose alors au chercheur de savoir s'il doit mettre de côté ses convictions personnelles dans l'accomplissement de son travail.

L'approche positiviste repose sur l'idée d'une séparation aussi rigoureuse que possible entre l'analyse savante et le jugement de valeur (neutralité axiologique).

Cette posture du chercheur, qui apparaît comme un observateur extérieur, signifie que la science juridique doit se borner à analyser les phénomènes juridiques tels qu'ils sont, et non tels à prescrire ce qu'ils devraient être.

L'approche dogmatique renvoie à une étude savante du droit visant à trouver la solution souhaitable, au regard de valeurs prédéterminées.

Cette approche refuse l'idée que le chercheur en droit soit un observateur extérieur. Elle l'érige en acteur du droit, qui participe à son élaboration et à son application.

1.3.2 L'enseignement du droit constitutionnel

Sous l'ancien régime, aucun cours de droit constitutionnel n'existe. On peut relever deux principales explications :

- Le droit constitutionnel moderne, comme ensemble de normes juridiques, est véritablement né à la fin du 18e siècle, aux États-Unis puis en France et en Pologne
- Les autorités politiques craignent que l'enseignement du droit constitutionnel n'incite à la critique du régime, et, in fine, à l'insurrection.

Le premier cours de droit constitutionnel a été créé en 1834 en France à la Faculté de droit de Paris.

Le cours est confié à un professeur d'origine italienne Pellegrino Rossi¹

La fin du Second Empire marque la renaissance de la chaire de droit constitutionnel, en 1871, à l'initiative des républicains. Mais, comme au temps de Rossi, le cours n'est dispensé qu'aux élèves de doctorat et seulement en option jusqu'en 1882.

Le 24 Juillet 1889 est créé en première année de licence un cours semestriel obligatoire d'Element de droit constitutionnel et organisation des pouvoir publics, qui sera confié, à la Faculté de droit de Paris, au professeur Adhémar Esmein.

1.4 Organisation du cours

1.4.1 Théorie

La théorie étudie les concepts fondamentaux et généraux du droit (savoir théorique). Ex : l'Etat, la constitution, le régime parlementaire, les droits fondamentaux...

1.4.2 Pratique

La pratique étudie directement le droit applicable à un ordre juridique déterminé (savoir pratique). Ex : le droit français, le droit américain, le droit allemand, le droit chinois...

1. Premier cours de droit constitutionnel en Italie créé en 1797 (université de Ferrare)

Première partie

Théorie Constitutionnelle

Chapitre 2

L'État

Il y a deux questions à se poser pour définir l'État :

- La première est celle qui porte les juristes, les politistes ou les décideurs publics à savoir si telle ou telle entité politique constitue un État. Cette question est celle des faits générateurs ou éléments constitutifs de l'État.

Traditionnellement, l'État s'entend comme "un groupement humain, fixé sur un territoire déterminé et sur lequel une autorité politique exclusive s'exerce" (Gicquel, Droit constitutionnel et...)

Éléments constitutifs de l'État :

- Territoire
- Puissance publique
- Population
- La deuxième question est celle de nature ou de l'essence juridique de l'État, des attributs juridiques de cette forme politico-juridique qu'est l'État. Cette question renvoie au concept juridique de l'État.

2.1 La structure de l'État

L'État est un ordre juridique autonome doté de la personnalité juridique.

2.1.1 Les attributs de l'État

L'État est un ordre juridique autonome doté de la personnalité juridique.

Hans Kelsen, juriste autrichien est un théoricien du droit. Il est le père de l'approche positiviste du droit. Il est connu aussi pour l'écriture de la constitution Autrichienne de 1920 qui est une des premières à créer une cour constitutionnelle.

Pour Kelsen "l'État est un ordre juridique relativement centralisé, limité dans son domaine de validité spatiale et temporelle".

Kelsen défend l'idée que l'État et le droit ne font qu'un. Dès lors, définir l'État, c'est définir le droit, ou plus exactement l'ordre juridique (c'est à dire l'ensemble des normes juridiques en vigueur).

Selon Kelsen, les 3 éléments constitutifs de l'État ne peuvent être définis que par le droit :

- la population est l'ensemble des individus soumis aux normes appartenant à l'ordre juridique ;
- le territoire est l'espace sur lequel ces normes sont applicables

– la puissance publique est celle qui s'exerce sur le fondement et à l'aide de ces normes.
Il y a deux types d'ordre juridique pour Kelsen :

- OJ décentralisés dans lesquels ce ne sont pas des organes spécialisés qui créent et appliquent les normes juridiques mais les sujets eux mêmes¹ ;
- OJ centralisés, dans lesquels l'ordre juridique institue des organes spécialisés pour créer et appliquer les normes juridiques.

L'ordre juridique étatique est hiérarchisé : une norme juridique n'est valide que si elle est conforme à la norme ou aux normes juridiques qui lui sont supérieures.

De façon générale, la notion de personne morale est une construction juridique destinée à prendre en charge de façon permanente les intérêts d'un groupe humain indépendamment des personnes physiques qui agissent en son nom.

L'État est "la personnification juridique d'une Nation" Adhémar Esmein, Éléments de droit constitutionnel français et comparé.

La nation renvoie à un groupement humain dans lequel les individus se sentent unis les uns aux autres par des liens, à la fois matériels et spirituels, et se conçoivent différents des individus qui composent les autres groupements nationaux.

L'État se définit comme "l'être de droit en qui se résume abstraitement la collectivité nationale ou la personnification de cette dernière" Raymond Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'État, 1920.

L'idée de personnalité juridique de l'État permet de remplir plusieurs fonctions :

- elle assure l'unité de l'État Assure l'unité face à l'hétérogénéité des individus qui composent la Nation. En outre, elle permet d'expliquer que l'État dispose d'une volonté unique, distincte des individus.
- elle assure la continuité de l'État face à l'alternance des régimes politiques et l'évolution de la population
- elle assure l'autonomie de l'État en permettant l'existence de moyens propres à l'État, puisque, en tant que personne juridique, il dispose d'un patrimoine propre dont le budget constitue l'élément essentiel.

La notion de souveraineté est apparue à partir du 16^e siècle dans les travaux d'auteurs portant sur le concept d'État :

- Jean Bodin, Les six livres de la République, 1576
- Thomas Hobbes, Le Léviathan, 1651

"La souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une République" Jean Bodin.

Pour la doctrine allemande, par exemple Georg Jellinek (1851-1911), être souverain, c'est avoir la "compétence de sa compétence".

Problématique : la souveraineté est-elle un critère de définition de l'État ? Autrement dit, peut-il exister des États non souverains ?

Autonomie de l'État : La caractéristique essentielle de la puissance étatique réside dans son pouvoir d'auto-organisation, autrement dit dans son pouvoir d'adopter une constitution qui va habiliter les institutions politiques (Staatsgewalt).

Par exemple, la Californie est un État car cette collectivité est dotée de sa propre constitution et a choisi ses institutions politiques (Gouverneur de Californie, Chambre de représentants de Californie, Sénat de Californie, Cour Suprême de Californie, etc...).

En revanche, les départements français n'ont pas de constitutions, leurs institutions sont prévues par les lois nationales, ce ne sont donc pas des États.

Pour le cas de la Catalogne, ce n'est pas un État car elle ne dispose que d'un statut dont l'existence est prévue par la constitution espagnole et qui est soumis au contrôle préalable du Tribunal constitutionnel espagnol.

Il existe donc des États souverains (France, Allemagne, États-Unis...) et des États non

1. Comme la société internationale (cf le cours de relations internationales)

souverains (Californie, Land de Bavière, Canton de Vaud).

2.1.2 Les formes de l'État

La confédération n'est pas un État : c'est une association d'États qui demeurent indépendants qui ont, par traité, délégué l'exercice de certaines compétences à une institution commune (Confédération Américaine de 1777-1787).

Attention, la Confédération Helvétique (Suisse) n'est pas une confédération au sens de la théorie constitutionnelle.

Il existe donc deux formes d'État :

- L'État unitaire (France, Royaume-Uni...)
- L'État fédéral (États-Unis, Allemagne, Suisse, Inde, Canada)

L'État unitaire en comprend un seul : il a une seule constitution habilitant l'ensemble des pouvoirs nationaux et locaux. L'État unitaire n'a qu'une seule structure étatique qui peut être centralisé ou décentralisé.

L'État fédéral est un État composé de plusieurs États :

- La fédération qui est la structure étatique nationale
- Les États fédérés qui sont les structures étatiques locales

L'État fédéral se caractérise ainsi par une pluralité de constitutions (la constitution fédérale de la Fédération et les constitutions locales des entités fédérées).

À la différence de la confédération, l'État fédéral est un véritable État car la Fédération dispose d'une capacité d'auto-organisation politique (autonomie). En plus, c'est un État souverain.

Dans l'État unitaire centralisé, toutes les normes juridiques sont prises par des autorités nationales, dites aussi centrales.

Dans l'État unitaire décentralisé, les normes locales sont émises par des collectivités locales, juridiquement distinctes de l'État, et dotées d'organes propres, en règle générale élus par les citoyens concernés.

La décentralisation se définit comme le transfert de compétences de l'État vers des autorités locales dites décentralisées, c'est à dire des entités non étatiques dotées d'une personnalité juridique distincte de celle de l'État.

La décentralisation ne doit pas être confondue avec la déconcentration, qui est un processus d'aménagement territorial du pouvoir consistant à implanter dans des circonscriptions administratives locales des autorités représentant le pouvoir.

La déconcentration existe aussi bien dans les États unitaires (comme le préfet en France) et dans les États fédéraux.

Il existe 4 principes pour caractériser l'État fédéral :

- Le principe de supériorité du droit fédéral sur le droit fédéré²
 - Le principe de séparation constitutionnelle des compétences³
 - Le principe de participation des États fédérés à l'exercice du pouvoir fédéral Il y a la participation organique qui se réalise, en principe par le moyen d'une seconde chambre au sein du Parlement fédéral qui représente spécialement les États fédérés et dont la composition assure la prise en considération des intérêts des États fédérés (ex : Sénat aux États-Unis, Bundesrat en Allemagne).
- Mais il y a aussi la participation normative qui se réalise par la participation des États fédérés à la procédure législative et à la procédure de révision de la Constitution fédérale (Aux États-Unis, pour que la constitution soit modifiée, il faut la majorité du congrès aux trois quarts).
- Le principe d'autonomie constitutionnelle des États fédérés

2. Ce principe n'est pas propre à l'État fédéral

3. Il n'est pas non plus propre à l'État fédéral

2.2 Les organes de l'État

Les organes de l'État sont les organes qui expriment la volonté de l'État. Dans le langage juridico-politique, on les désigne souvent comme les institutions politiques ou les gouvernants ou encore les pouvoirs publics.

C'est le concept juridique de représentation qui permet d'identifier les organes de l'État.

La représentation en droit privé

Une personne (le représentant) en représente une autre (le représenté) lorsqu'elle peut légalement vouloir et agir à sa place et en son nom.

Le rapport de représentation peut résulter soit de la volonté du représenté qui souhaite confier à une autre personne la mission de le remplacer (représentation subjective) soit de la loi qui va créer ce rapport indifféremment de la volonté des parties (représentation objective).

La représentation en Droit Constitutionnel

Représenter, c'est vouloir pour l'État, c'est à dire à sa place et pour son compte.

En droit constitutionnel, il n'y a pas, comme en droit privé, deux personnes réels. On ne peut pas comparer la volonté des représentants avec celle de l'État qui est être un être collectif et abstrait, parce qu'on ne peut connaître la seconde indépendamment de la première.

La volonté des représentants est présumée être celle de l'État.

Qui sont ces représentants ?

Pour R. Carré de Malberg, "n'est organe de l'État que celui qui exprime la volonté du souverain."

Selon l'article 6 de la DDHC du 26 août 1789, "la Loi est l'expression de la volonté générale".

Donc seuls les organes qui participent à la fonction législatives sont des organes de l'État.

Cependant, cette analyse n'est possible qu'avec la France. Nous retiendrons donc une approche extensive de la notion d'organes de l'État : Est un organe de l'État toute personne ou groupement qui adopte une norme juridique, c'est à dire exprime une volonté juridique, au nom et pour le compte de l'État.

2.2.1 Les institutions politiques

Tous les États se sont dotés, plus ou moins rapidement en fonction de l'importance de leur territoire et de leur population, d'un gouvernement représentatif, c'est à dire d'institutions gouvernantes exprimant la volonté de l'État. Il est à noter que le gouvernement représentatif peut autant être une démocratie ou un régime autoritaire.

Traditionnellement, on considère que ce qui fait le caractère démocratique d'une institution, c'est son mode de désignation. Si cette institution est élue au suffrage universel, on dira qu'elle est une institution démocratique. Si cette institution dirige la politique de l'État ou contrôle ceux qui la dirigent, on dira que l'État est une démocratie représentative.⁴

4. Cette définition n'est que partielle.

Le corps électoral

Traditionnellement, la doctrine constitutionnaliste française distingue le Peuple et la Nation et néglige, voire ignore, le corps électoral.

Le Peuple est l'ensemble des individus vivants sur le territoire. La Nation est une entité abstraite qui n'est pas seulement composée des individus présents sur le territoire à un moment donné, mais qu'on définit en prenant en compte la continuité des générations ou un intérêt général qui transcenderait les intérêts particuliers.

Les partisans de la souveraineté populaire défendent l'idée que le pouvoir suprême appartient au Peuple qui doit l'exercer directement (démocratie directe).

Les partisans de la souveraineté nationale soutiennent l'idée que le pouvoir suprême appartient à la Nation qui ne peut pas l'exercer directement. Il faut donc désigner des représentants (gouvernement représentatif).

Au final, en 1958, on choisit les deux : "La Souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum" Art. 3 de la Constitution de 1958.

Dans les régimes démocratiques, le corps électoral est souvent confondu avec le Peuple. Mais le corps électoral n'est pas le Peuple, il est l'un des organes qui le représente, composé de l'ensemble des personnes inscrites sur les listes électorales (les électeurs). Le Peuple est donc l'être fictif au nom duquel sont prises les décisions souveraines par les organes qui sont habilités à s'exprimer en son nom, autrement dit à exprimer sa volonté. Le Peuple ne s'exprime jamais lui-même, il est toujours représenté, même au travers de procédures dites de démocratie "directe".

Le corps électoral se compose des personnes possédant le droit de vote, dit encore droit de suffrage, et inscrites sur les listes électorales. Le suffrage est l'acte par lequel une personne, lors d'une consultation électorale, exprime un choix (désignation ou décision). L'Art 3 de la constitution et l'Art 2 du Code électoral définissent le corps électoral.

Le suffrage est dit "universel" lorsque le droit de vote aux élections politiques est accordé à l'ensemble des nationaux majeurs. L'universalité du suffrage signifie seulement que l'octroi de l'électorat n'est soumis à aucune condition de naissance ou de fortune. Mais il peut être subordonné à d'autres conditions : âge, moralité⁵, etc...

La généralisation du suffrage universel s'est faite à la seconde république de 1848. Cependant, seuls les hommes auront le droit de vote, la notion "universel" est donc assez critiquable, mais s'oppose au cens étant jusque là la norme. La France adopte le droit de vote des femmes assez tardivement.

De nos jours, les conditions qui encadrent l'appartenance au corps électoral sont au nombre de trois :

- l'âge
- la nationalité
- la capacité

L'exclusion du droit de vote pour des raisons de capacité se fonde sur l'idée que certains citoyens ne peuvent pas valablement se prononcer, soit que leur profession exige une neutralité absolue⁶, soit que leur comportement invalide leur jugement.⁷

Les pouvoirs du corps électoral.

Les pouvoirs du corps électoral sont :

- L'élection
- Le référendum
- L'initiative populaire

5. Un condamné en prison n'a pas de droit de vote

6. N'existe pas en France, mais dans certains pays, les militaires ou les juges n'ont pas le droit de vote. En France, les militaires étaient privés de droit de vote avant 1945.

7. Détenus, maladies mentales...

- La révocation populaire

L'élection est un mode de désignation d'une personne ou d'une liste de personnes reposant sur un choix opéré par l'intermédiaire d'un vote.

Le référendum est le procédé par lequel le corps électoral est appelé à exprimer, par une votation populaire, son avis ou sa décision à l'égard d'une mesure qu'une autorité a prise ou envisage de prendre. Lorsque la réponse populaire est donnée, non en fonction de la question, mais en fonction de la personnalité de l'auteur de la question, on dira que le référendum prend des accents de plébiscite.

Il existe des référendums obligatoires en fonction du sujet, comme en Suisse (cf Art 140 de la constitution Suisse du 18 Avril 1999). Ces référendums n'existent pas dans tous les pays. En général, le référendum est organisé à l'initiative d'un ou plusieurs organes sur le fondement d'une habilitation constitutionnelle ou législative.

En pratique, il peut s'agir d'institutions politiques ou de collectivités publiques, d'une partie du corps électoral ou bien d'une association des deux.

L'initiative populaire est le procédé par lequel une fraction du corps électoral propose une Loi. En Italie, 50 000 électeurs peuvent proposer une Loi au Parlement (Art 71 de la Constitution Italienne). L'objectif est de donner aux associations, partis politiques moindre représenté de pouvoir s'exprimer.

La révocation populaire ou recall (rappel en anglais) est une procédure qui a pour objet, par le vote du corps électoral, de mettre fin au mandat d'un élu avant son terme normal. C'est le cas notamment en Roumanie où le président peut être révoqué si il a commis des faits contraires à la constitution et si le Parlement le suspend. La révocation est donc ici à l'initiative du Parlement.

Aux États-Unis, de nombreux États fédérés pratiquent la révocation.

Le mandat impératif est un mandat confié par les électeurs à un élu qui a pour conséquence que l'élu a pour obligation de se conformer aux instructions reçues de la part des électeurs et de leur rendre des comptes.

Le Parlement

Parlement = la ou les assemblées délibérantes qui ont pour mission principale de voter les lois et d'adopter le budget.

Avant la Révolution, le terme "parlement" était utilisé en France pour désigner les cours de justice supérieures du Royaume (ex : Parlement de Paris, de Rennes etc...)

La composition du Parlement :

Un Parlement peut être monocaméral (une seule chambre) ou bicaméral (deux chambres).
Parlement bicaméral : une chambre haute (upper house) et une chambre basse (lower house). Traditionnellement, la chambre haute représentait l'aristocratie, la chambre basse la population. Aujourd'hui, la chambre basse représente toujours la population, mais a souvent le plus de pouvoir. La chambre haute en France, le Sénat, représente les collectivités, aux États-Unis, les États fédérés.

On explique la présence d'une chambre haute par :

- Limiter la puissance du Parlement
- Assurer une représentativité différente de la population ou du pays

Dans le monde, il y a 80 pays avec un parlement bicaméral et 112 avec un parlement monocaméral.

Il y a souvent moins de représentants dans la chambre haute que dans les chambres basses. Ceci s'explique par le fait que les chambres hautes ont réputation à faire de la réflexion, ce que le nombre permet moins.

Le mandat, et notamment la durée de ce mandat est considéré comme un pré-requis à la démocratie. Un trop long mandat risque de créer des divergences entre élu et corps électoral.

Le terme "législature" peut désigner la durée du mandat d'une assemblée législative. Elle correspond, en principe, à la durée d'un mandat des membres qui la composent.

Ex : en France, la législature est de 5ans pour l'assemblée nationale.

La législature 2012-2017, est la 14ème législature de la Vème république.

S'agissant des parlements monocaméraux :

- 45% ont une durée de législature de 5ans (ex : Chine, Luxembourg, Vietnam, Ukraine)
- 46% ont une durée de législature de 4ans (ex : Danemark, Grèce, Israël, Liban)
- 2% ont une durée de législature supérieur à 5ans (6ans au Sri Lanka)
- 7% ont une durée de législature inférieure à 4ans (ex : 3ans en Nouvelle Zélande)

Plus la durée d'un mandat est long, plus on soupçonnera un manque de démocratie. Moins la durée est longue, plus on soupçonnera le clientélisme.

Concernant les chambres basses :

- 56% ont une durée de législature de 5ans
- 33% ont une durée de législature de 4ans (Allemagne, Brésil, Espagne)
- 4% ont une durée de législature supérieure à 5ans (6ans au Libéria)
- 7% ont une durée de législature inférieure à 4ans (États-Unis)

Concernant les chambres hautes

- 37% ont une durée de législature de 5ans
- 20% ont une durée de législature de 4ans
- 22% ont une durée de législature de 6ans
- 21% ont une durée de législature supérieure à 6ans
- Aucune chambre haute n'a une durée de législature inférieure à 4ans

Il est important de décaler les élections de la chambre haute et de la chambre basse pour séparer le pouvoir comme est principalement le but d'un parlement bicaméral.

Les membres parlementaires sont désignés :

Soit par l'élection par le corp électoral (suffrage direct comme le Sénat américain)

Par l'élection par un collège électoral (suffrage indirect, comme pour le Sénat français actuel)

Soit par la nomination par d'autres institutions (comme le Bundesrat allemand)

Soit par une combinaison des procédés ci-dessus.

Il existe plusieurs modes de scrutin :

- le scrutin majoritaire (Chambre des communes britanniques)
- la représentation proportionnelle (Knesset israélienne)
- un scrutin combinant les deux procédés (Bunderstag allemand)

Les principales missions du parmlent est le vote des lois et le vote du budget. Il y a deux étapes dans le vote d'une loi.

La première est l'initiative : c'est à dire le dépôt d'un projet (quand c'est à l'initiative de l'exécutif) ou d'une proposition (initiative d'un parlementaire) de loi.

La seconde étape est l'adoption de la loi, c'est à dire la décision de faire passer un projet ou une proposition au stade de norme juridique.

Si le budget est généralement préparé par le Gouvernement, c'est le Parlement qui vote le budget annuellement. Si c'est le parlement qui vote le budget, c'est parce que la population doit consentir à l'impôt.⁸

Dans les régimes démocratiques, le parlement est généralement en charge de contrôler l'action des organes exécutifs.

2.2.2 Le Chef de l'État

L'expression s'est répandue avec le développement de la réflexion sur la souveraineté.

Le Chef de l'État est apparu avec la création de l'État moderne, dans les régimes monarchiques ou impériaux. À cette époque, le Chef de l'État incarne l'État ; il jouit d'une puissance sans partage.

"C'est en ma personne seule que réside la puissance souveraine ; ... les droits et les intérêts

8. Voir article 14 de la DDHC

de la Nation ... sont nécessairement unis avec les miens et ne reposent qu'en mes mains"
Louis XV, 3 mars 1766.

La Révolution va faire du Chef de l'État un organe de l'État, au même rang que les autres, un pouvoir subordonné à la volonté de la Nation.

La désignation du Chef de l'État

Le chef de l'État peut être un organe individuel ou un organe collégial (ex : Conseil fédéral Suisse⁹, Directoire dans la Constitution de l'an III).

Il y a des chefs d'État héréditaires (des monarques donc, comme en Espagne, en Grande-Bretagne, Belgique, Maroc), et des chefs d'État élu (France, Portugal, Brésil etc.).

Les missions du Chef de l'État

Les pouvoirs du Chef de l'État varient considérablement selon les pays, mais en règle générale, il détient certaines prérogatives héritées de la conception monarchique de la fonction. Sa fonction a un contenu symbolique très fort qui se manifeste dans les égards protocolaires dont il est l'objet et dans les immunités de son statut.

En France, le PR est grand maître de la Légion d'honneur par exemple.

Le Chef de l'État est :

- le représentant de l'État à l'étranger,
- le Chef des armées,
- chargé de promulguer la loi,
- dispose du droit de grâce.

2.2.3 Le Gouvernement

La composition du gouvernement

Le Gouvernement est un organe collégial en charge de la fonction exécutive, composé de membres nommés par le Chef de l'État ou élus par le Parlement (les ministres ou secrétaires).

Dans les exécutifs monistes, le Chef de l'État est à la fois le chef du Gouvernement. Le Gouvernement (Cabinet aux États-Unis) se compose de secrétaires choisis et nommés par le Chef de l'État.

Dans les exécutifs dualistes, le Chef de l'État est distinct du Chef du Gouvernement.

C'est un ministre disposant d'une prééminence institutionnelle, qui dirige le Gouvernement. Ce dirigeant prend le nom de Premier ministre (France, Grande-Bretagne), Président du Conseil (Italie) ou Chancelier (Allemagne).

Les missions du Gouvernement

À l'origine, la fonction exécutive était perçue comme une fonction d'exécution stricte de la loi.

De nos jours, la fonction exécutive est perçue comme la fonction gouvernante, celle qui dirige la politique interne et internationale du pays.

"Le Gouvernement détermine et conduit la politique de la nation" Art. 20, alinéa 1er de la constitution du 4 octobre 1958.

9. Voir Arts. 174 et 175 de la constitution Suisse

2.2.4 Les Hautes juridictions

La cour suprême

La cour suprême est une juridiction à compétence générale dont les décisions sont insusceptibles de recours devant une autre juridiction.

La cour suprême est, en principe, au sommet d'une hiérarchie juridictionnelle, c'est à dire qu'elle contrôle et, le cas échéant, réforme les décisions des juridictions qui lui sont subordonnées.

Mais une cour suprême peut constituer un ordre juridictionnel à elle toute seule (comme le Tribunal des conflits en France).

La cour constitutionnelle

La cour constitutionnelle est une création récente, elles sont apparues vers le 20^e siècle. La cour constitutionnelle est un tribunal situé hors de l'appareil juridictionnel ordinaire et créé pour connaître spécialement du contrôle de constitutionnalité des lois (Louis Favoreu). La cour constitutionnelle ne doit pas être confondue avec la cour suprême qui, dans certains États, peut contrôler la constitutionnalité des lois.

Les cours constitutionnelles sont apparues en Europe, après la première guerre mondiale (Autriche en 1920). Aujourd'hui, elles sont surtout implantées en Europe, mais également en Afrique et Amérique du Sud.

C'est la constitution qui établit l'existence, fixe le statut et détermine les attributions de la cour constitutionnelle. C'est plus rarement le cas pour les cours suprêmes. Cette cour est composé de 4 à 20 membres (9 en France).

Les membres sont nommés par des organes exécutifs, législatif ou les organes juridictionnels. En Allemagne, chaque chambre législative nomme une moitié de la cour (8 membres chacun). En Italie, l'exécutif, le législatif et les hautes juridictions nomment chacun 5 membres. En France, la durée d'un mandat dans le CC est de 9ans comme en Espagne ou en Italie. En Allemagne, ce mandat est de 12ans.

Les cours constitutionnelles ont parfois des attributions supplémentaires. Par exemple, en France, le conseil constitutionnel valide les résultats d'une élection nationale. Dans certains pays, la CC exerce parfois une fonction de justice pénale. Mais elle peut aussi avoir des fonctions non juridictionnelles comme des fonctions administratives ou consultatives.

La saisine de la cour constitutionnelle se fait souvent par les autorités politiques, ou les tribunaux. En France, les citoyens peuvent saisir le CC dans le cadre d'une QPC posée dans une procédure juridique.

2.3 Les rapports institutionnels

"J'appelle faculté de statuer, le droit d'ordonner par soi même, ou de corriger ce qui a été ordonné par un autre. J'appelle faculté d'empêcher, le droit de rendre nulle une résolution prise par quelque autre" Montesquieu, De l'esprit des lois, 1748.

Nous distinguerons les rapports de sujétion et les rapports de collaboration. Seuls les rapports juridiques entre les organes de l'État, c'est à dire ceux qui s'exercent sur le fondement d'une norme et par le moyen d'un pouvoir normatif, seront pris en considération.

2.3.1 Les rapports de sujétion

Sujétion : "état de celui/ce qui est assujéti à quelqu'un ou à quelque chose". Il s'agit donc d'un état de dépendance, de soumission plus ou moins forte. Le mot soumission n'est

cependant pas adapté car trop fort.

Une institution est assujettie à une autre institution si cette dernière peut agir sur elle.

L'action sur la structure de l'institution

L'action sur la structure d'une institution regroupe trois cas possible :

- l'action sur l'existence d'une institution
- l'action sur le statut de l'institution
- l'action sur les ressources de l'institution

L'action sur la composition de l'institution

Cette action consiste à avoir la main sur la composition du personnel d'une institution. C'est à dire pouvoir désigner ou révoquer la ou les personnes physiques qui la compose.

La portée du pouvoir de révocation est beaucoup plus forte que celle du pouvoir de nomination car le statut de l'organe peut rendre ses membres indépendants après la nomination.

Le pouvoir de révocation est un pouvoir juridique, c'est à dire qu'il s'exerce en application d'une norme juridique et par le moyen d'une norme juridique. Il ne doit pas être confondu avec un pouvoir factuel, une pression politique ou une influence sociale.

L'action sur les actes de l'institution

Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle une institution peut modifier ou supprimer un acte juridique adopté par une autre institution.

2.3.2 Rapports de collaboration

Une institution collabore avec une autre institution lorsqu'elles accomplissent une tâche commune que l'une ne peut pas réaliser sans l'intervention ou l'accord de l'autre.

Il existe deux types de rapports de collaboration : la collaboration entre les institutions politique porte sur l'exercice des fonctions législatives, exécutive, et juridictionnelle ; la collaboration entre les institutions porte sur l'exercice des rapports de sujétions à l'encontre d'une tierce institution.

Chapitre 3

La constitution

Le mot "constitution" débute par une majuscule lorsqu'il désigne la constitution d'un État en particulier ("la Constitution tunisienne de 2014") mais pas lorsqu'il désigne le concept général de constitution.

L'idée de la constitution remonte très loin dans l'histoire, en Grèce antique notamment où Aristote a écrit "Constitution d'Athènes", environ 325 avant J.C.

C'est au besoin de fixer par l'écriture l'état des relations entre gouvernants et gouvernés que correspondent les premiers documents politiques de caractère constitutionnel en Europe, tels que la Grande Charte (Magna Carta) de 1215 en Angleterre.

Il faut attendre la fin du 18e siècle pour assister à l'apparition des premières constitutions écrites modernes, c'est à dire des premières normes juridiques intitulés "Constitution" dont l'objet était d'organiser les institutions politiques et de limiter l'exercice du pouvoir.

Les premières constitutions moderne sont :

- Constitution de Virginie (1776)
- Constitution des États-Unis d'Amérique (1787)
- Constitution de Pologne (mai 1791)
- Constitution de la France (septembre 1791)

Il existe deux conceptions de l'idée de la constitution. Il y a la constitution, entendue comme un ensemble de faits politiques, désigne les pratiques des acteurs politiques observables dans un pays donné. La constitution, entendue comme un ensemble de normes juridiques, désigne les normes juridiques qui sont soit matériellement soit formellement constitutionnelles.

Constitution matérielle : la constitution désigne l'ensemble des normes caractérisées par leur contenu, à savoir les institutions politiques et les relations entre les gouvernés et les gouvernants.

Constitution formelle : la constitution désigne l'ensemble de normes caractérisées par leur place dans l'ordre juridique, à savoir qu'elles se situent au plus haut niveau de cet ordre et qu'elles ne peuvent être modifiées que par des normes du même niveau.

3.1 La constitution formelle

Au sens formel, sont constitutionnelles toutes les normes, quel que soit leur objet, qui sont énoncées dans la forme constitutionnelle : elles sont en général contenues dans un document spécial mais, surtout, elles ont une valeur supérieure à celle de toutes les autres normes et ne peuvent être modifiées que conformément à une procédure spéciale.

3.1.1 L'élaboration de la constitution

L'élaboration de la constitution renvoie à deux interventions possibles du pouvoir constituant : adopter une nouvelle constitution ; modifier, amender, ou réviser la constitution en vigueur.

Le pouvoir constituant est le pouvoir d'adopter les normes.

Le pouvoir constituant est dit originaire lorsqu'il a pour objet l'adoption d'une nouvelle constitution.

Le pouvoir constituant est dit dérivé lorsque son objet consiste à modifier ou réviser ou amender la constitution en vigueur.

L'adoption de la nouvelle constitution

L'origine de l'adoption d'une constitution

Il existe de nombreuses raisons pour un pays d'adopter une nouvelle constitution. Mais dans les plus fréquentes, nous avons les révolutions, pacifiques ou violentes (Portugal en 1974-1976) ; une crise politique majeure (France en 1958) ; un coup d'État (France en décembre 1851) ; la création d'un nouvel État, souverain (Tunisie en 1956-1959) ou non (la République de Crimée en 2014).

Le processus d'adoption d'une constitution

Le processus d'adoption d'une constitution est juridiquement libre, dans le sens où il n'est soumis à aucune règle juridique préexistante. On dit que le pouvoir constituant originaire est souverain.

Il existe tout de même deux grands processus : un processus non démocratique d'adoption d'une nouvelle constitution : la constitution octroyée à la population. Processus démocratique d'adoption d'une nouvelle constitution : la constitution consentie, directement ou indirectement par le corps électoral.

Dans un processus démocratique, on a deux étapes, la préparation d'abord, où l'on écrit la constitution. La constitution est écrite soit par un organe élu par le corps électoral (1946) soit par un organe non élu par le corps électoral mais désigné par une assemblée qui lui, l'a été (1958).

L'adoption peut se faire de deux façons, soit directement par le corps électoral par le référendum, soit indirectement par un organe élu par le corps électoral, qui prend, du coup, le nom d'assemblée constituante (comme la constitution allemande du 31 Juillet 1919).

La révision de la constitution en vigueur

Le constituant a deux exigences contradictoires : Assurer la stabilité et la protection de la constitution et ne pas figer la constitution et permettre son évolution dans le temps.

Le pouvoir de révision ou pouvoir constituant dérivé est un pouvoir institué par le pouvoir constituant originaire : dès lors, il n'a pas la même autorité que lui et doit lui être subordonné...mais la subordination du pouvoir constituant dérivé au pouvoir constituant originaire n'est pas la même que la subordination du pouvoir législatif au pouvoir constituant car : le pouvoir législatif ne peut pas modifier la constitution ; le pouvoir de révision peut modifier la constitution (c'est sa raison d'être).

Double nature de la constitution initiale par rapport au pouvoir de révision : la constitution initiale habilite le pouvoir de révision mais elle entend le limiter pour se protéger.

L'habilitation constitutionnelle du pouvoir de révision

Parfois, la constitution ne prévoit pas de procédure de révision (Charte du 4 Juin 1814). On donc se demander : que déduire du silence de la constitution ?

Soit on estime que la révision est impossible, seule l'adoption d'une nouvelle constitution est envisageable. Soit on estime que la révision est possible, mais qu'elle ne peut être réalisée que

par l'organe doté du pouvoir constituant originaire. Soit on estime que la révision est possible et que les organes constitués peuvent déterminer eux même ses modalités.

Le plus souvent, la constitution prévoit une procédure de révision. L'article (ou les articles) de la constitution fixant la procédure de révision est communément appelé "clause de révision". Il existe des pays qui prévoient plusieurs procédures de révisions.

Dans le cas d'une habilitation explicite, se pose une question cruciale : le pouvoir de révision peut-il modifier la clause de révision ?

Pour certains, cela est impossible car ce serait illogique : une clause de révision ne peut pas autoriser sa propre révision, sans quoi elle ne sert à rien.

Pour d'autres, cela est possible car ce n'est pas interdit par la norme constitutionnelle.

Deux thèses politiques s'affrontent :

- La constitution doit être préservée contre les modifications qui pourraient la dénaturer en portant atteinte à ses valeurs fondamentales (thèse conservatrice).
- La constitution ne doit pas être intangible car une génération n'a pas le droit d'assujettir à ses règles les générations futures (thèse progressiste).

La limitation du pouvoir de révision

Qu'est-ce qu'une limitation ? Limiter c'est tracer une ligne entre le licite et l'illicite. Limiter, c'est donc interdire. Limiter peut également signifier rendre plus difficile à atteindre.

Les limitations du pouvoir de révision peuvent concerner :

- l'encadrement du pouvoir de révision ;
- l'interdiction du pouvoir de révision.

Est dite "souple" la constitution qui peut être modifiée selon une procédure similaire à la procédure législative ordinaire. Si la procédure de révision est identique à la procédure législative, alors il n'y a plus de constitution au sens formel.

Est dite "rigide" la constitution qui ne peut être modifié qu'en application d'une procédure plus contraignante que la procédure législative ordinaire. Le degré de rigidité d'une constitution est proportionnel à l'importance des contraintes pesant sur le pouvoir de révision.

Parmi les contraintes possibles, les procédures de révision peuvent être assujetties à :

- un délai incompressible, soit pour prolonger la durée de la procédure de révision, soit pour établir un intervalle minimum entre deux révisions ;
- une étape supplémentaire ;
- l'exigence d'une majorité renforcée.

Par exemple, l'article 284 de la Constitution Portugaise dispose "L'assemblée de la République peut réviser la Constitution, à l'expiration d'un délai de cinq ans à compter de la publication de la dernière loi de révision".

Il existe des interdictions du pouvoir de révisions :

- Interdiction circonstancielle : il est interdit de modifier la Constitution dans certaines circonstances.¹
- Interdiction matérielle : il est interdit de réviser certaines dispositions de la Constitution en toutes circonstances.²

En règle générale, les interdictions matérielles visent à protéger les valeurs essentielles reconnues par le pouvoir constituant originaire ou bien à empêcher la mise en place d'un régime politique différent.

Ceux qui défendent la légitimité de limites matérielles expliquent que ces limites sont absolues. Par conséquent, ils estiment qu'il est interdit de réviser les interdictions de réviser pour déroger aux valeurs protégées ou modifier la nature du régime.

Certains partisans des interdictions absolues défendent la thèse selon laquelle l'interdiction de modifier les valeurs essentielles reconnues par la constitution n'a pas sa source dans la constitution mais dans une norme ou idée qui lui est supérieure.

La supra-constitutionnalité désigne l'idée selon laquelle certains éléments de la Constitution

1. Par exemple, la Constitution Espagnole dispose dans l'article 169 "On ne pourra pas entreprendre une révision constitutionnelle en temps de guerre"

2. Art 1er de la Constitution Tunisienne de 2014 "La Tunisie est un État libre, indépendant, et souverain, l'Islam est sa religion, l'Arabe sa langue et la République son régime. Il n'est pas permis d'amender cet article."

sont par essence situés à un échelon supérieur et, à ce titre, qu'ils doivent être placés hors d'atteinte du pouvoir de révision. Comment peut-on répondre à cet argument ?

D'abord, en niant l'existence d'une supra-constitutionnalité dont la consistance paraît floue. Ensuite, en modifiant les termes de la question : même si on admet que le pouvoir de révision est limité par des interdictions. Qui sera juge du respect des limites ? Pour les partisans de la liberté du pouvoir de révision, ce doit être l'organe habilité à réviser la constitution (car il est le plus légitime). Pour les partisans d'une limitation du pouvoir de révision, ce doit être le gardien de la Constitution (le juge constitutionnel, par exemple).

En France, le CC refuse de contrôler les lois de révision (décision n°2003-469 DC du 26 Mars 2003). En Italie, le CC admet le contrôle des lois de révisions et admet l'existence d'une supra-nationalité.

3.1.2 La garantie de la constitution

La question de la garantie de la constitution se ramène à savoir comment sanctionner la violation des normes constitutionnelles par les pouvoirs publics ou les citoyens ? On observe une tendance à la réduction du sujet de la garantie de la constitution à la question de la subordination de la loi à la constitution.

On va donc se poser la question suivante : qui est suffisamment légitime pour s'opposer à la volonté des représentants du Peuple au nom d'une violation de la constitution ?

Les potentiels gardiens de la Constitution sont :

- l'organe constituant ;
- le peuple³ ;
- le Chef de l'État ;
- une Chambre du Parlement ;
- les juges ordinaires ;
- la Cour Constitutionnelle.

Dans l'immense majorité des cas, ce sont des institutions politiques qui sont habilitées, expressément ou non, à veiller au respect de la Constitution.

La garantie non juridictionnelle de la constitution

La protection par un organe parlementaire

Pour certains, la mission de protection de la constitution doit être confiée à un organe parlementaire, compte tenu de la légitimité de ses membres et de leur expérience. Sieyès en 1774 définit et propose un "jury constitutionnaire" qui serait "un véritable corps de représentants(...)avec pour mission spéciale de juger les réclamations contre toute atteinte qui serait portée à la constitution". Assemblée composée de 108 membres, choisis par les chambres parmi les anciens parlementaires.

En France, la première protection de la constitution par un organe se fait en 1799 par le Sénat conservateur "maintient ou annule tous les actes qui lui sont déférés comme inconstitutionnels par le Tribunat ou par le Gouvernement..." (Art 21).

La protection par le Chef de l'État

Pour certains, la mission de protection de la constitution doit être confiée au Chef de l'État, compte tenu de son rôle de garant de la continuité de l'État. Par exemple, l'article 5 de la Constitution française dispose "Le Président de la République veille au respect de la Constitution. Il assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État".

La garantie juridictionnelle de la Constitution

La fonction de justice constitutionnelle englobe tous les contentieux où un juge, quel qu'il soit, est amené à contrôler si une norme juridique, quelle qu'elle soit, est conforme à la

3. Le "droit à l'insurrection"

constitution, et, le cas échéant, sanctionne sa méconnaissance.

La fonction de justice constitutionnelle peut être assurée :

- par tous les juges de l'État avec à leur sommet une cour suprême ;
- par un juge spécialisé que l'on nomme cour constitutionnelle ;
- Par tous les juges et la cour constitutionnelle.

La protection par les juges ordinaires

La protection de la constitution est confiée à un juge ordinaire, lorsque celui-ci peut déclarer une norme juridique contraire à la Constitution. La sanction de la violation de la constitution par le juge ordinaire est : soit l'inapplication de la norme inconstitutionnelle dans le litige qui lui est soumis, soit la suppression de l'ordonnancement juridique.

Le problème se pose quand on se demande si le juge peut contrôler l'inconstitutionnalité d'une loi. En Grèce, la constitution de 1975 habilite les juges ordinaires à contrôler la constitutionnalité des lois. Aux États-Unis, tout juge peut contrôler si une loi fédérale méconnaît la Constitution fédérale depuis l'arrêt de la Cour suprême *Marbury versus Madison* du 24 Février 1803.

En France, le juge ordinaire refuse de contrôler si une loi méconnaît la constitution. Depuis 2010, le juge peut, à la demande d'un justiciable, renvoyer au Conseil Constitutionnel la question de conformité d'une loi à la Constitution. La fonction de la justice constitutionnelle est partagée en France, le contrôle des lois et des traités est fait par le conseil constitutionnel, alors que le contrôle des normes infra-législatives relève des juridictions ordinaires.

La protection par la Cour Constitutionnel

La CC est un tribunal créé par la Constitution pour connaître spécialement du contrôle de constitutionnalité des lois, situé hors de l'appareil juridictionnel.

Le contrôle de la loi par la CC peut intervenir : après son adoption par le Parlement et avant la promulgation par le Chef de l'État (contrôle à priori) ; après sa promulgation par le Chef de l'État, en règle générale au moment de son application (contrôle à posteriori).

On peut se demander si il est légitime qu'une cour constitutionnelle puisse censurer le législateur alors même que ses membres ne sont pas désignés par le corps électoral ou responsables devant lui ? La légitimité étant la qualité d'une personne ou d'une chose qui est conforme à une valeur ou à un idéal à atteindre.

Si on estime que la valeur de référence réside dans la défense des droits fondamentaux, alors la cour constitutionnelle est légitime dès lors qu'elle veille à leur protection et ce, contre l'ensemble des autres pouvoirs publics (législatifs, exécutif, mais également pouvoir constituant dérivé).

À l'inverse, si on estime que la valeur de référence est le respect de la volonté du Peuple, alors la cour constitutionnelle est légitime tant qu'elle exerce sa mission sans porter atteinte à la volonté du Peuple ou de ses représentants.

Si on estime que la volonté du Peuple est exprimé par le législateur ordinaire, alors la cour constitutionnelle n'est pas légitime pour contrôler une loi ordinaire.

Si on estime que la volonté du peuple est exprimée par le législateur constituant, alors la cour constitutionnelle est légitime pour contrôler une loi ordinaire mais pas pour une loi constitutionnelle.

3.2 La constitution matérielle

3.2.1 L'organisation des pouvoirs

Le principe de la séparation des pouvoirs

"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 les lois, celui d'exécuter les résolutions publiques et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers" Montesquieu, *De*

l'esprit des lois, 1748.

La garantie de la séparation des pouvoirs est garantie dans l'article 16 de la DDHC "Toute société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution".

La constitution doit donc séparer les pouvoirs pour garantir les droits.

Cependant, il y aura deux interprétations différentes, une française, et une autre américaine. La première interprétation de ce principe est une technique constitutionnelle qui combine deux règles. Ces deux règles sont de, premièrement, rendre les organes indépendants. Il faut créer des organes mutuellement indépendants, ce qui signifie que les individus qui composent chacun de ces organes ne doivent pas être nommés par les autres organes et surtout qu'ils ne soient pas révocables par eux. Deuxièmement, la règle de la spécialisation fonctionnelle où chaque organe est spécialisé dans une des fonctions de l'État. Un organe ne doit exercer qu'une seule fonction et entièrement.

Le résultat escompté de la combinaison de ces deux règles est que, selon une formule célèbre, "le pouvoir arrête le pouvoir" (Montesquieu, De l'esprit des lois, 1748).

Mais cette interprétation présente deux faiblesses : ainsi entendu, le principe de la séparation des pouvoirs est incapable de garantir contre le despotisme de l'organe législatif. En outre, comment assurer une modération du pouvoir de chacun des organes si ils ne peuvent pas interagir les uns avec les autres, ni du point de vue organique, ni du point de vue fonctionnel ?

2ème interprétation du principe de séparation des pouvoirs : pour les auteurs de la DDHC, cela consistait simplement à ne pas donner les pouvoirs à une même autorité.

"La grande sécurité contre une concentration progressive de plusieurs pouvoirs dans le même département, consiste à donner à ceux qui administrent chaque département les moyens constitutionnels nécessaires et les motivations personnelles pour résister aux empiètements des autres" (James Madison, Le Fédéraliste)

Le mécanisme de la "balance des pouvoirs" exige que le pouvoir politique soit divisé entre une pluralité d'organes et exclut tant la spécialisation de la fonction législative que l'indépendance mutuelle des organes exécutifs et législatifs.

La classification des régimes politiques

La première classification a été faite par Aristote (cf "Politique").

Les classifications contemporaines des régimes politiques sont très éloignées de celle d'Aristote (qui sera néanmoins reprise par Montesquieu et Rousseau).

En Science Politique, on classe les régimes en fonction du degré de consensus exigé des gouvernés :

- les régimes pluralistes légitiment les désaccords politiques ;
- les régimes autoritaires prohibent l'expression publique des désaccords politiques ;
- les régimes totalitaires ambitionnent de faire disparaître les désaccords politiques en remodelant les mentalités.

En droit constitutionnel, il existe de nombreuses classifications des régimes politiques qui utilisent des catégories et des critères différents.

Par exemple, Hans Kelsen oppose deux types de régimes politiques : la démocratie est le régime dans lequel les normes juridiques générales et abstraites (lois) sont produites par ceux qui y sont soumis ; l'autocratie est le régime dans lequel ces normes sont produites par d'autres.

La classification traditionnelle des régimes politiques vise les gouvernements représentatifs qui adhèrent au principe de la séparation des pouvoirs et organise une balance des pouvoirs. Il existe plusieurs façons d'établir la classification traditionnelle mais on retrouve toujours les mêmes catégories principales : le régime parlementaire et le régime présidentiel.

La classification que l'on retiendra reprend ces deux catégories et repose sur un critère unique de distinction : l'existence ou l'absence de la responsabilité politique de l'organe exécutif devant l'organe législatif.

Le régime parlementaire

Le gouvernement est responsable politiquement devant le parlement.
 Est politiquement responsable un organe qui doit rendre des comptes de ses actions devant un autre organe qui peut juridiquement le révoquer. La responsabilité politique repose sur l'existence d'une norme juridique qui habilite un organe à contraindre un autre organe à démissionner en raison d'une divergence d'opinions politiques.
 L'avantage du critère tiré de la responsabilité politique tient à ce que cette responsabilité constitue le socle de la logique politique inhérente au parlementarisme : l'unité de vues entre la majorité parlementaire et le gouvernement.
 La question de confiance est la procédure par laquelle le Gouvernement engage sa responsabilité politique devant le Parlement en lui demandant de lui accorder sa confiance. Si la défiance l'emporte, le Gouvernement doit démissionner.
 La motion de censure ou de défiance est la procédure par laquelle le Parlement entreprend de son propre chef, d'obtenir la démission du Gouvernement.
 Si la défiance l'emporte, le Gouvernement doit démissionner.

Le régime parlementaire est souvent présenté comme un régime de collaboration ou de fusion des pouvoirs exécutif et législatif : le Parlement et l'Exécutif exercent chacun une part de la fonction législative et de la fonction exécutive ; ces organes sont dépendants l'un de l'autre dans le sens où le Parlement peut renverser le Gouvernement et, en contrepartie, l'Exécutif peut dissoudre le Parlement.

Les régimes parlementaires ne sont pas tous semblables. Au delà de leur point commun, il existe des variations importantes.
 Le régime parlementaire est dualiste (ou orléaniste) lorsque le Gouvernement est non seulement politiquement responsable devant le Parlement, mais également devant le Chef de l'État. Il y a donc une double responsabilité politique du gouvernement qui implique une entente entre le Chef de l'État et le Parlement et contraint à leur collaboration.

Le régime parlementaire est moniste lorsque le Gouvernement est seulement responsable politiquement devant le Parlement.
 Il existe en principe un équilibre entre la majorité parlementaire et le Gouvernement qui en procède.
 Lorsque l'équilibre est rompu et que l'avantage bascule durablement au profit de l'un des deux organes, le régime parlementaire évolue en deux modèles opposés : le régime d'assemblée et le gouvernement de cabinet.
 Le régime d'assemblée est un régime parlementaire caractérisé par l'affaiblissement des organes exécutifs et l'omnipotence du Parlement (ex : IV^e République Française).
 Le Gouvernement de cabinet ou régime primo-ministériel est un régime parlementaire caractérisé par la prépondérance de l'organe exécutif et l'affaiblissement du Parlement (ex : Royaume-Uni).

Le régime présidentiel

Le régime présidentiel est celui dans lequel on trouve un Chef de l'État irresponsable politiquement, assisté de ministres qui sont également politiquement irresponsables devant le parlement.
 Dans ce type de régime, le Chef de l'État ne peut pas dissoudre le Parlement.
 Le régime présidentiel est, à tort, présenté comme un régime de séparation "stricte" ou "rigide" des pouvoirs, c'est à dire qu'il serait caractérisé par une spécialisation absolue des fonctions et une indépendance totale des organes.
 Le régime présidentiel est parfois confondu avec un régime présidentieliste, dans lequel le Chef de l'État est l'organe dominant du régime, les autres organes lui étant tous subordonnés.
 Il existe une responsabilité pénale du Chef de l'État et des ministres devant le Parlement dans les régimes présidentiels, tout comme dans certains régimes parlementaires.
 La distinction de la responsabilité politique et de la responsabilité pénale n'est pas toujours évidente en droit constitutionnel car ce sont souvent les mêmes organes qui interviennent pour juger. Comment alors distinguer la responsabilité pénale des ministres de la responsabilité politique du Gouvernement lorsque les mêmes organes la mettent en cause ?

Quatre critères pour distinguer :

- le caractère individuel ou collectif de l'engagement ;
- le motif de l'engagement de la responsabilité ;
- la procédure de jugement ;
- le type de sanction.

3.2.2 La protection des droits et des libertés

La doctrine de l'État de droit

La doctrine de l'État de droit défends l'idée que les gouvernants ne sont pas placés au dessus des lois, mais qu'ils exercent une fonction encadrée et régie par le droit.

Le concept d'État de droit (Rechtsstaat) est apparu au cours du XIXe siècle dans la pensée juridique allemande.

Selon les auteurs et les époques, l'État de droit c'est : soit l'État qui agit au moyen du droit et est assujéti au droit (conception formelle) ; soit l'État dont le droit comporte certains attributs intrinsèques (conception matérielle).

L'État de droit est un type particulier d'État, soumis à un "régime de droit", c'est à dire dont l'action est entièrement subordonnée au droit : ses divers organes ne peuvent agir qu'en vertu d'une habilitation juridique et faire usage que des moyens autorisés par le droit.

L'État de droit est entendu comme impliquant, en plus de la dimension formelle, l'adhésion à un ensemble de principes et de valeurs bénéficiant d'une consécration juridique explicite. Il existe deux aspects de l'État de droit dans la conception matérielle : l'impératif de sécurité juridique (le droit doit être clair, précis, stable et prévisible) ; la protection des droits et libertés fondamentaux.

La consécration des droits fondamentaux

L'approche matérielle consiste à définir les droits fondamentaux en fonction de leur objet. Pour certains, il s'agit des droits et libertés attachés à l'être humain et qui garantissent l'existence de sa personne.

Pour d'autres, il s'agit des droits et libertés qui garantissent l'épanouissement de l'individu. L'approche matérielle est subjective.

L'approche formelle consiste à définir les droits fondamentaux comme les droits et libertés qui s'imposent aux pouvoirs législatif, exécutif et juridictionnel parce qu'ils sont protégés par la Constitution ou les traités internationaux.

Les droits fondamentaux rendent compte de la constitutionnalisation et de l'internationalisation de la protection des droits et libertés qui se développent à partir de 1945. Leur respect s'impose désormais même au législateur.

Quelle que soit l'approche de l'État de droit, c'est le juge (constitutionnel, ordinaire, international, européen) qui est considéré comme le gardien des droits fondamentaux.

Le triomphe de la doctrine des droits fondamentaux pose la question de sa compatibilité avec la conception traditionnelle de la démocratie.