

Théorie constitutionnelle

UNIVERSITE CATHOLIQUE DE L'AFRIQUE DE L'OUEST
(UCAO)

FACULTE CATHOLIQUE DE BAMAKO



THEORIE CONSTITUTIONNELLE

1° Année sciences juridiques

El Hadj MBODJ

*Agrégé des Facultés de droit
Université Cheikh Anta Diop de Dakar (SENEGAL)*

*Droits réservés
Cours du Prof. El Hadj Mbodj*

BIBLIOGRAPHIE

L'imprégnation, la compréhension et la familiarisation du droit constitutionnel par l'étudiant partent du cours magistral complété et approfondi par les manuels et traités. Si le manuel contient des connaissances jugées utiles au public visé, le traité s'efforce par contre de donner une vue aussi concrète que possible de la matière étudiée.

A) OUVRAGES ANCIENS

- DUGUIT (Léon), Traité de droit constitutionnel, 5 volumes, 1921-1929, réimprimé en 1972.
- ESMEIN (A.), Eléments de droit constitutionnel, Paris, Sirey, 2 vol., 1927, réimprimé, 2001
- HAURIOU (Maurice), Précis de droit constitutionnel, 2^e éd. 1929, réimprimé en 1965.
- BARTHELEMY et DUEZ, Traité élémentaire de droit constitutionnel, 1933 réimprimé en 1985.
- LAFFERIERE (J.), Manuel de droit constitutionnel, Paris, Domat, 1947
- VEDEL, Manuel élémentaire de droit constitutionnel, Paris, Sirey, 1949, n^{lle} éd., Dalloz, 2002.

B) OUVRAGES CONTEMPORAINS

- ARDANT (Ph.); Institutions politiques et droit constitutionnel, Paris, LGDJ, 14^e éd., 2002.
- AVRIL (P.) et GICQUEL (J.); Lexique de droit constitutionnel, Paris, PUF, 7^e éd., 1998.
- BURDEAU (G.), HAMON (F), TROPER (M); Droit constitutionnel Paris, LGDJ, 27^e éd., 2001.
- CADART (J.); Institutions politiques et droit constitutionnel, 2 vol., Paris, LGDJ, 3^e éd, 1991.
- CADOUX (Ch.); Droit constitutionnel et institutions politiques, 2 volumes, Paris, Cujas, 4^e éd., 1995.
- CHALVIDAN (Ph); Droit constitutionnel, institutions et régimes politiques, Paris, Nathan, 2^e éd. 1996.
- CHANTEBOUT (B); Droit constitutionnel, Paris, A. Colin, 20^e éd., 2004.
- BARANGER (D.), Le droit constitutionnel, Paris, PUF, coll « Que sais-je ? », 3^e éd. 2002
- DEBBASCH (Ch.), BOURDON (J.), PONTIER (J.M) et RICCI (J.C.); Droit constitutionnel et Institutions Politiques, Paris, Economica, 4^e éd., 2001.
- DUHAMEL (O.), Droit constitutionnel et politique, Paris, éd. du Seuil, 2000.
- DUHAMEL (O.), et MENY (Y), Dictionnaire constitutionnel, Paris, PUF, 1992
- DUVERGER (M.), Institutions politiques et droit constitutionnel, 2 volumes, Paris, PUF, 18^e éd, 1990.
- FAVOREU (L.), GAIA (P.), GHEVONTIAN (R.), MESTRE (J.L.), PFERSMANN (O.), ROUX (A.), SCOFFONI (G.), Droit constitutionnel, Paris, Dalloz, 7^e éd., 2004.
- GELARD (P.) et MEUNIER (J.), Institutions politiques et droit constitutionnel, Paris, Montchrestien, 1999.
- GICQUEL (J.), Droit constitutionnel et institutions politiques, Paris, Montchrestien, coll. Précis Domat, 19^e éd, 2003.

- GREWE et RUIS-FABRI, Droits constitutionnels européens, Paris, PUF, 1995.
- ISAAC (H.), Droit constitutionnel et institutions politiques, Lyon, L'Hermès, 1995.
- JACQUET (J.P.), Droit constitutionnel et institutions politiques, Paris, coll. Mémento Dalloz, 4^e éd., 2000.
- JEANNEAU (B.), Droit constitutionnel et institutions politiques, Paris, coll. Mémento Dalloz, 9^e éd., 1993.
- LAVROFF (D.G.), Le droit constitutionnel de la V^e République, Paris, Précis Dalloz, 1999.
- LECLERCQ (CL), Institutions politiques et droit constitutionnel, 4^e éd., Paris, Litec, 1999.
- OLIVA (Erica), Droit constitutionnel - Libertés, Paris, Sirey, Aide mémoire, 2^e éd., 2000.
- PACTET (P.), MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), Droit constitutionnel, Paris, A.Colin, coll. U, 23^e éd., 2004.
- PRELOT (M.) et BOULOUIS (J.), Institutions politiques et droit constitutionnel, Paris, Précis, Dalloz, 1990.
- TURPIN (D.), Droit constitutionnel, Paris, PUF, coll. Premier cycle, 4^e éd., 1999.
- VIALLE (P.), Droit constitutionnel et Institutions Politiques, Lyon, L'HERMES, 1984.
- VILLIERS (M. de), Dictionnaire de droit constitutionnel, Paris, A.Colin, coll Coursus, 1999.
- ZOLLER (E.), Droit constitutionnel, Paris, PUF, Coll. Droit Fondamental, Droit politique et théorique, 2^e éd., 1999.

RECUEILS D'EXERCICES PRATIQUES

- ARDANT (Ph.), Droit constitutionnel et institutions politiques. Travaux dirigés, l'examen oral, les épreuves écrites, les sujets théoriques, les cas pratiques; Paris, LGDJ, 9^e éd. 1997.
- BIDEGARAY (C.), EMERI (C.), SEURIN (J.L.), Droit constitutionnel et institutions politiques. Exercices corrigés, Paris, P.U.F., 1983.
- CLESSIS (C.), MAUSS (D.), ROBERT (J.), Exercices pratiques de droit constitutionnel, 1989.
- LECLERCQ (Cl.), et CHALVIDAN (Ph.), Travaux dirigés de droit constitutionnel, 5^e éd. 1989.
- LECLERCQ (Cl.) et TRNKA (H.), Droit constitutionnel, Paris, Litec, 1987.
- PACTET (P.), Exercices de droit constitutionnel, Paris, A. Colin, 4^e éd. 1998.

RECUEIL DE DOCUMENTS ET DE TEXTES

- BASTID (P.) et BERLIA (G.), Corpus constitutionnel - Rec universel des constitutions en vigueur 4. Vol Leyde (Pays Bas - 1970 - 1974.
- DEBBACH (Ch.) et PONTIER (J.M), Les Constitutions de la France, 2^e éd., 1984.
- DUVERGER (M.), Constitutions et documents politiques, Paris, PUF, coll. Thémis, Textes et documents, 14^e éd., 1996.
- GREWE et OBERDOFF, Les constitutions européennes, Paris, La documentation française, coll. Retour aux textes, 1999.
- MENY (Y.), Textes constitutionnels et documents politiques; 1989.
- PACTET (P.), Textes de droit constitutionnel, Paris, LGDJ, 5^e éd., 1996.
- RIALS (S.), Textes constitutionnels français, Coll. "Que sais-je?", No.2022.

Cours du Prof. El Hadj Mboj

- RIALS (S.), Textes constitutionnels étrangers, Coll. "Que sais-je?", No.2060.
- RENOUX (T.S) et VILLIERS (M. de), Code constitutionnel, Paris, Litec, 1994; mise à jour 1997.

RECUEILS DE JURISPRUDENCE

- FAVOREU (L.) et PHILIP (L), Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel, Paris, Sirey, 14^e éd., 2007.
- FAVOREU (L.), Recueil de jurisprudence constitutionnelle (1959-1993), Paris, Litec, 1994; et complément (1994-1999), Paris, Litec, 2000.
- FRANCK (Claude), Les grandes décisions de la jurisprudence. Droit Constitutionnel; Paris, P.U.F., 1978.
- GENEVOIS (B.), La jurisprudence du Conseil Constitutionnel. Principes directeurs, Paris, STH, 1988.

REVUES PRINCIPALES

- Annuaire International de Justice Constitutionnelle (A.I.J.C.); Economica-PUAM.
- R.F.D.C. Revue Française de droit constitutionnel.
- R.D.P. Revue de Droit Public et de Science Politique.
- R.F.S.P. Revue Française de science Politique.
- R.P.P. Revue Politique et Parlementaire.
- "POUVOIRS" Revue d'études constitutionnelles et politiques.

INTRODUCTION

Le droit constitutionnel est une discipline relativement jeune par rapport aux matières fondamentales enseignées dans les facultés de droit.

Le droit constitutionnel, entendu comme une science juridique qui étudie les règles d'aménagement du pouvoir politique de l'Etat, remonte à la Monarchie de Juillet (1830 à 1848), plus exactement en 1834, année au cours de laquelle le jurisconsulte d'origine italienne, Pellegrino Rossi, reçut du Président du Conseil, Guizot, la première chaire de droit constitutionnel.

Après avoir connu des fortunes diverses, notamment sous le second Empire (1851-1870), la discipline fut introduite dans les facultés de droit. Elle a d'abord été intégrée dans les enseignements de doctorat en 1879, avant d'être inscrite dans le programme de licence en droit en 1889.

Avec le décret du 2 Mars 1954 portant réforme de la licence en Droit, le droit constitutionnel, de semestriel qu'il était, devint une matière annuelle avec l'adjonction de l'expression "Institutions Politiques". Le cours "droit constitutionnel et institutions politiques" est enseigné en première année licence et est assorti de travaux dirigés.

L'enseignement "droit constitutionnel et institutions politiques" soulève deux questions majeures:

- la nature de la discipline;
- la méthode d'enseignement de la matière.

SECTION I : LA NATURE DE LA DISCIPLINE

Le droit constitutionnel est une discipline juridique qui étudie les règles relatives à l'encadrement des phénomènes politiques.

Paragraphe i : Une discipline juridique

Le droit constitutionnel est une branche du droit public qui s'oppose au droit privé.

A. Distinction entre droit public et droit privé

La distinction droit public (Jus Publicum) et droit privé (Jus Privatum) remonte au 3^e siècle après J.C. Elle est l'œuvre du jurisconsulte romain ULPIEN (170 - 228 après J.C). Cette division fondamentale a surmonté l'épreuve de l'usure du temps dans la mesure où elle a gardé son actualité en dépit des critiques dont elle a fait l'objet.

I. LE PRINCIPE DE LA DISTINCTION

Le diptyque peut trouver son fondement dans l'opposition entre les sujets et les finalités des droits public et privé.

a. Les sujets

Le droit public est le droit des personnes publiques, alors que le droit privé régit les relations que les personnes privées entretiennent entre elles.

1. Le droit public: droit des personnes publiques

Les personnes publiques sont des personnes morales soumises à un régime de droit public.

La personne morale est une fiction juridique, une invention des juristes, visant à conférer à des groupements d'individus les mêmes attributs juridiques que les personnes physiques afin de leur permettre de participer au commerce juridique en prenant des actes ou en étant en justice.

Les personnes morales soumises à un régime de droit public sont appelées personnes publiques. Au Sénégal, les personnes publiques sont l'Etat, les collectivités locales (régions, communes et communautés rurales) et les établissements publics. Dans ce même ordre d'idées sont considérées comme personnes publiques au Mali l'Etat, les communes, les collectivités territoriales (régions, cercles et communes) et les établissements publics.

Les personnes morales de droit public jouissent d'un traitement de faveur car sur elles s'applique un régime exorbitant de droit commun fondé sur le principe de l'inégalité juridique de ses différents sujets. Les personnes publiques bénéficient d'une situation privilégiée dans les relations qu'elles entretiennent avec les personnes privées.

Il en résulte que le droit public est un droit d'essence inégalitaire en ce sens qu'il octroie à l'Etat ou à ses démembrés des prérogatives exorbitantes de droit commun afin de faire prévaloir la volonté des collectivités publiques sur celle des particuliers.

2. Le droit privé: droit des personnes privées

Les personnes privées sont principalement constituées des personnes physiques qui sont toutes titulaires de droits et d'obligations du fait de leur existence ou de leur appartenance à un groupe social.

Sont également considérées comme des personnes privées les personnes morales de droit privé. Il s'agit des associations, des syndicats, des partis politiques, etc.

Les personnes privées sont soumises au droit privé qui est fondé sur le principe de l'égalité juridique entre ses différents sujets.

b) Les finalités des droits

Les intérêts pris en charge par le droit public et le droit privé sont différents de nature. Le droit public est le droit de l'intérêt général alors que le droit privé vise à protéger les intérêts particuliers poursuivis par ses sujets.

1. Le droit public : droit de l'intérêt général

Le droit public encadre les relations qui se situent dans le cadre de l'organisation et des activités que les personnes publiques entretiennent entre elles d'une part, et avec les particuliers d'autre part. Il s'applique principalement à l'Etat qui est chargé de pouvoir à la satisfaction des

Théorie constitutionnelle

besoins d'intérêt général, c'est-à-dire ceux des besoins qui sont communs à tous les citoyens ou, du moins, à tous les membres d'un corps social donné.

Le problème posé par le droit public se situe au niveau du contenu même de l'intérêt général. Ce concept est fluide et insaisissable. Il est on outre contingent par nature dans la mesure où il varie dans le temps au sein d'un même pays et dans l'espace entre plusieurs pays. L'intérêt général n'a pas fait l'objet d'une définition légale. Toutefois, une démarche pragmatique permet de qualifier d'intérêt général, l'intérêt qui est considéré comme tel par les gouvernants du moment.

Toutefois, il existe des besoins incompressibles sinon irréductibles en ce sens qu'ils sont exprimés en permanence dans toute société organisée. Il s'agit notamment du maintien de l'ordre public ou de la gestion des services publics qui sont partout considérés comme étant des besoins d'intérêt général.

2. Le droit privé: droit des intérêts particuliers

Le droit privé encadre les rapports que les particuliers ou groupements privés entretiennent entre eux. La recherche du profit est primordiale dans ces relations, même si la philanthropie pénètre de plus en plus la sphère des activités privées.

Le droit privé repose dès lors sur un postulat de base, à savoir l'égalité juridique qui est présumée de tous ses sujets. Toutes les situations juridiques se résolvent par des accords de volontés librement consentis par des sujets égaux. Le principe de l'autonomie de la volonté individuelle est la pierre angulaire du droit privé qui est un droit de "sujets égaux". Ce caractère égalitaire permet ainsi d'assurer un minimum de sécurité dans le commerce juridique des personnes privées.

II. LES CONSEQUENCES DE LA DISTINCTION

Etablie sur des bases différentes, la distinction du droit public et du droit privé imprime à chacun des droits des caractères différents, sinon opposés, conduisant ainsi une partie de la doctrine à remettre en cause le principe même de la distinction.

a. Les caractères des droits public et privé

Le droit public et le droit privé présentent des caractères différents à quatre niveaux.

1. La portée des règles

Le droit public met en lumière l'individu dans son appartenance à un environnement qui lui est imposé par la nature et que la raison lui commande d'accepter. Il s'exprime par l'action autoritaire de la société qui établit des règles générales et obligatoires visant à garantir la sécurité individuelle ou collective du groupe social, ou bien à satisfaire les besoins fondamentaux exprimés par le milieu. Les règles du droit public présentent dès lors **une portée générale et absolue** c'est-à-dire qu'elles sont valables pour tous les membres du groupe social.

Le droit privé révèle en revanche l'individu dans sa singularité, préoccupé qu'il est par sa liberté d'être et d'agir selon son style propre, d'accepter sa destinée personnelle. L'individu devient ainsi le centre et le sujet de toutes les manifestations sociales. Il faut donc le protéger. Le droit privé répond à cette préoccupation par la régulation juridique des rapports que les

Théorie constitutionnelle

particuliers entretiennent soit directement soit en formant des groupes. La portée du droit privé est **relative** car reposant sur l'accord de volontés des parties qui traduit le jeu d'initiatives individuelles et la rencontre de volontés libres.

2. L'autorité des règles

Le droit public dispose d'une autorité incontestée sur le droit privé. Il est supérieur au droit privé parce que ses règles s'appliquent sur l'armature de la société, c'est-à-dire sur l'appareil d'Etat. Or il revient à l'Etat d'encadrer et de soumettre à son autorité tous les sujets de droit privé.

3. La force obligatoire

Le droit public est impératif dans son essence. Il est fait d'injonctions et de prohibitions, d'ordres et d'interdictions. Toutes ses règles présentent un caractère d'ordre public. On ne peut y déroger sauf dans les cas où la dérogation a été expressément prévue par le droit.

Le droit privé par contre sert souvent de guide ou de support aux volontés particulières qui peuvent, d'un commun accord, déroger à une règle générale.

4. La mutabilité des règles

Le droit est une réponse à des demandes, attentes ou préoccupations formulées par un milieu social donné. Produit d'une société à un moment donné de son évolution, le droit doit être adapté aux circonstances changeantes de son environnement. Seulement, la mutabilité des règles de droit est fonction de leur nature.

Les règles de droit public sont mobiles, flexibles et souples. Elles peuvent être modifiées à tout moment par les autorités investies du pouvoir normatif, à savoir le constituant, le législateur ou l'autorité réglementaire. Il n'y a pas de droit acquis au maintien d'une loi ou d'un règlement car ces actes de portée générale sont édictés compte tenu des exigences de l'intérêt général.

La mutabilité de règles de droit public trouve son fondement dans le principe de l'adaptation de l'activité des gouvernants aux besoins exprimés par la société.

A l'opposé, les règles de droit privé sont rigides. Elles sont immuables dans la mesure où ce droit repose sur un pilier fondamental qui est le principe de l'intangibilité des situations acquises. Ce principe des droits acquis doit être respecté dans le commerce juridique, quelles que soient les fluctuations du moment car il garantit la stabilité des situations juridiques.

b. Critiques de la distinction

La summa divisio est fortement ancrée dans la doctrine car elle est théoriquement séduisante et est d'une commodité pratique. Toutefois, elle est critiquée au nom de l'unicité du droit et de la flexibilité de la frontière qui sépare le droit public du droit privé.

1. L'unicité du droit

Le monisme juridique affaiblit considérablement l'opposition droit public/ droit privé. Il remet en question le fondement de la distinction en prenant en considération la finalité sociale ou individuelle du droit.

Théorie constitutionnelle

Pour **les sociologues**, notamment **Durkheim**, toute norme juridique serait par nature "publique" car la règle juridique vise en définitive à réguler la vie sociale et à garantir la cohésion du groupe.

Pour **les juristes libéraux**, notamment **Georges Scelle** ⁽¹⁾, l'accent doit être mis sur la finalité individuelle du droit en ce sens que le but final de l'ordre recherché par le droit se ramène au bien-être de la personne humaine.

Pour **les néo-marxistes** notamment **Michel Miaille** ⁽²⁾ l'opposition droit public/ droit privé est présentée de façon "dogmatique". Cette distinction est considérée comme acquise alors qu'elle n'est qu'un camouflage idéologique d'une structure d'exploitation de la société capitaliste. Si la critique marxiste participe au processus de démythification du diptyque, il convient néanmoins de faire remarquer que cette distinction est bien antérieure à l'économie capitaliste.

2. La fluidité de la frontière

La frontière droit public-droit privé n'est pas hermétique. Au contraire, avec l'interpénétration des activités publiques et privées, on assiste à des relations d'échanges réciproques entre le droit public et le droit privé. Cette interaction fait suite à la transformation du rôle de l'Etat avec le passage de l'Etat gendarme ou libéral à l'Etat providence ou interventionniste et à la prise en charge d'activités d'intérêt général par des sujets de droit privé.

Ainsi le droit privé pénètre de plus en plus la sphère du droit public. En effet l'activité des personnes publiques n'est plus soumise aux seules règles de droit public. Il y a une part de droit privé dans les activités publiques, surtout lorsque la puissance publique "se met volontairement au civil" en renonçant à ses prérogatives régaliennes. Inversement le droit public étend de plus en plus ses tentacules sur le commerce juridique privé en soumettant à des décisions autoritaires une série d'activités jusqu'alors réservées à la liberté contractuelle.

Les critiques laissent entier le quadruple intérêt que revêt ce diptyque.

* **Intérêt philosophique** car il correspond à une certaine vision du monde.

* **Intérêt politique** car il protège les droits individuels dans les démocraties pluralistes constitutionnelles.

* **Intérêt technique** car il permet une plus grande analyse des cas de figures juridiques applicables aux personnes, aux biens et actes.

* **Intérêt pédagogique** car il établit une ligne maîtresse de partage des règles selon une démarche généralement acceptée par la plupart des systèmes juridiques.

B. Les particularités du droit constitutionnel

Le droit constitutionnel présente des traits généraux et des traits spécifiques.

I. LES TRAITS GENERAUX DU DROIT CONSTITUTIONNEL

Branche du droit public, le droit constitutionnel vise à concilier l'autorité et de la liberté dans le cadre de l'Etat-Nation.

¹ Introduction à l'étude du droit, 1931, Tome I

² Introduction critique au droit, Paris, Maspero, 1976.

a. Une branche du droit

Le droit public, en tant que branche du droit régissant les personnes publiques et les relations que celles-ci entretiennent entre elles et avec les personnes privées, peut être divisé en deux principales branches qui se subdivisent à leur tour en divers rameaux spécialisés.

1. Les principales branches du droit public

Elles se ramènent au droit public interne et au droit public international

*** Le droit public interne**

Le droit public interne organise le pouvoir à l'intérieur de la sphère de l'Etat. C'est **un droit de prérogatives** de l'Etat et **un droit de subordination** en ce sens qu'il s'impose aux diverses collectivités publiques ou privées qui existent au sein de l'Etat une fois que les règles de droit ont été décidées dans les formes requises.

*** Le droit public international**

Le droit international ou "droit des gens" régit les rapports entre les sujets de droit international, c'est-à-dire principalement les Etats, les organisations internationales gouvernementales ou non gouvernementales, tels qu'ils s'expriment dans les relations internationales.

Le droit public international est **un droit de coordination**, c'est-à-dire un droit qui ne peut s'appliquer aux autres sujets qu'avec leur accord. En effet, les relations internationales sont fondées sur le principe de l'égalité des Etats impliquant par là celui de la non immixtion d'un Etat dans les affaires intérieures d'un autre Etat.

2. Les rameaux du droit public interne

L'extension des activités de l'Etat s'est traduite par le développement de nouvelles disciplines au sein des règles qui mettent en cause les relations juridiques particulièrement complexes que l'Etat entretient avec ses différents sujets.

Le droit constitutionnel bien qu'étant introduit tardivement dans les enseignements juridiques va servir de référentiel aux matières techniques du droit public interne que sont le droit administratif et le droit financier.

*** Le droit administratif**

Le droit administratif est le droit applicable à l'organisation et aux activités de l'Administration des personnes publiques.

La notion d'administration est ambivalente. Elle peut être appréhendée sous un double angle: matériel et organique.

Sous l'angle matériel l'Administration apparaît comme une activité qui, sous l'autorité et le contrôle des gouvernants, tend à satisfaire les besoins d'intérêt général et à maintenir l'ordre public.

Théorie constitutionnelle

Au plan organique, l'Administration est un démembrement de l'Etat. Elle est le bras séculier du pouvoir politique en ce sens qu'elle est un ensemble d'organes, de structures, d'appareils et d'agents chargés de préparer, d'exécuter ou de faire exécuter les décisions du pouvoir politique.

Le droit administratif organise l'appareil administratif, lui donne des moyens d'action et aménage ses relations avec les administrés.

*** Le droit financier**

Communément appelé Finances Publiques, le droit financier se préoccupe essentiellement de la recherche des moyens budgétaires permettant à l'Etat de s'acquitter de ses tâches. Il étudie les ressources et les charges financières de l'Etat, ainsi que les grands principes autour desquels s'articulent les opérations budgétaires de l'Etat.

*** Le droit constitutionnel**

Il occupe une place prééminente parmi les branches spécialisées du droit public interne du fait qu'il concerne l'organisation et les activités politiques de l'Etat, c'est-à-dire « l'appareil politique » proprement dit.

Il y a plusieurs définitions possibles du droit constitutionnel. Certaines mettent l'accent sur la notion d'Etat là où d'autres insistent sur le pouvoir politique.

Une partie de la doctrine réduit le droit constitutionnel à l'étude des règles fondamentales concernant l'organisation de l'Etat et le fonctionnement des gouvernements. D'autres théoriciens ramènent la matière à l'ensemble des règles de droit concernant l'acquisition, l'exercice et la transmission du pouvoir politique.

Ces définitions, loin d'être irréductibles, se rapprochent quant au fond car, en définitive, les problèmes fondamentaux de l'organisation de l'Etat se confondent avec le problème de l'aménagement du pouvoir politique et que ce dernier ne prend toute sa dimension que dans le cadre de l'Etat-Nation.

Ainsi considéré, le droit constitutionnel présente une double dimension: organisationnelle et relationnelle

Le droit constitutionnel organisationnel s'intéresse aux normes juridiques ayant trait à la contexture de l'Etat. Il englobe l'ensemble des règles de droit qui fondent l'Etat dans son existence. Il structure et organise l'Etat et détermine les formes ainsi les rapports des organes entre lesquels est répartie l'autorité politique.

Le droit constitutionnel relationnel établit la base des relations entre les gouvernants et les gouvernés en fixant les règles d'aménagement des rapports que l'Etat entretient avec les individus ou les collectivités non étatiques dépendant de lui.

b. Un droit de conciliation

Une des particularités du droit constitutionnel relationnel réside dans sa mission de conciliation. En effet, il vise à organiser, dans le cadre de l'Etat-Nation, "une coexistence pacifique du pouvoir et de la liberté" ⁽³⁾ en essayant de concilier deux notions a priori antinomiques: l'autorité et la liberté.

³ Cf. Gicquel (J.), *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, éd. Montchrestien, 10 éd., 1989, p. 17

1. Le dualisme: autorité et liberté

L'être humain est un être à la fois individuel et collectif. En effet, il a le droit et même le devoir de réaliser sa destinée personnelle dans la mesure où la réalisation de cet objectif ne heurte pas l'intérêt général. Seulement, obligé de vivre en société, il est guidé par l'instinct de sociabilité dont le besoin de sécurité.

Il se pose dès lors un problème de conciliation de l'individuel et du collectif, de la liberté et de l'autorité lorsqu'on aborde le droit constitutionnel, car il s'agit d'organiser la société et de fixer les rapports entre elle et les individus qui la composent. Que faut-il privilégier? l'autorité ou la liberté? La doctrine était partagée sur ce point.

*** Le droit constitutionnel: expression de l'autorité**

Pour les tenants de cette thèse, le droit constitutionnel a pour objet l'étude des phénomènes de l'autorité publique dans ses aspects juridiques. Il serait, selon le Professeur Marcel Prélot, "la science des règles juridiques suivant lesquelles s'établit, s'exerce et se transmet le pouvoir politique" ⁽⁴⁾.

Cette optique de définition a le mérite de mettre en exergue l'importance des règles organisationnelles des sociétés politiques, la connaissance des mécanismes et principes relatifs à l'établissement, l'exercice ou la transmission du pouvoir pour comprendre un régime politique d'un pays déterminé. Toutefois elle recèle a deux défauts:

- elle tend à faire croire que l'exercice de l'autorité est une fin en soi trouvant sa justification dans le seul intérêt des gouvernants alors que les gouvernés constituent la raison d'être des gouvernants;

- elle ne tient pas compte des conditions historiques dans lesquelles s'est développé le droit constitutionnel qui est né de la conquête par les citoyens de leurs libertés individuelles et de leur droit de participer à l'exercice du pouvoir.

*** le droit constitutionnel: expression de la liberté**

Le chef de file de ce courant est le Doyen Mirkine-Guetzevitch, Doyen de la Faculté Libre des Sciences Politiques de l'Université de New York, qui considère le droit constitutionnel comme étant une technique d'aménagement de la liberté. S'inspirant en effet du mouvement constitutionnel consécutif à la victoire des alliés en 1918, il a montré que ce nouveau constitutionnalisme a été concomitant à un mouvement de libération de peuples jadis opprimés.⁽⁵⁾

Cette séduisante conception est insatisfaisante au moins sur un point. Elle a le défaut de laisser croire qu'il ne doit pas ou qu'il ne peut pas y avoir de limites à l'élan de liberté. Or celle-ci, si elle ne s'exerce pas dans l'ordre, c'est-à-dire dans le cadre d'une société dirigée par un "pouvoir organisé", dégénère inéluctablement en anarchie, à moins qu'elle ne sombre très vite sous les coups des plus forts et ne précède, par ses excès, des régimes tyranniques.

Il convient de compléter ces thèses par la conciliation des deux termes du binôme.

⁴ Prélot (M), Institutions Politiques et Droit Constitutionnel; 3è éd. 1963, p. 32

⁵ Mirkine-Guetzevitch, Avant propos aux Constitutions Européennes, PUF, 1951, pp. 153-154

2. La conciliation de la liberté et de l'autorité

La conciliation se retrouve dans toutes les disciplines juridiques. Elle revêt cependant un intérêt tout particulier en droit constitutionnel. En effet, celui-ci vise à organiser la société dans son ensemble en posant les rapports de base entre société et individus et, par conséquent, en déterminant les domaines respectifs du pouvoir de l'Etat, ou de ceux qui agissent en son nom et de l'autonomie propre aux individus.

S'analysant ainsi en une vision globale ou totalisante de la société, le droit constitutionnel se veut une synthèse des contraires. Il cherche à réaliser un équilibre dans lequel autorité et liberté se limitent mutuellement. Ces deux notions, loin d'être exclusives, sont corrélatives. En effet, la liberté coupée de l'autorité s'altère alors que l'autorité privée de la liberté dégénère.

Le droit constitutionnel procède ainsi à la conciliation de ces deux notions, dans le cadre de l'Etat, à l'aide de la Constitution. Alliant l'autorité à certains égards et la liberté à d'autres égards, il apparaît en définitive selon André Hauriou, comme une " technique de la conciliation de l'autorité et de la liberté dans le cadre de l'Etat." ⁽⁶⁾

Discipline de conciliation des antagonismes inhérents à l'autorité des gouvernants et à la liberté des gouvernés, le droit constitutionnel a pour terrain de prédilection le pouvoir politique.

II. LES TRAITS SPECIFIQUES DU DROIT CONSTITUTIONNEL

La mise en forme juridique des croyances sociales et politiques qui sous-tendent le pouvoir d'un régime politique donné est l'idée qui anime le droit constitutionnel. Celui-ci vise une finalité politique manifeste. Il est en quelque sorte un "droit politique" dont la violation fait l'objet de sanctions spécifiques.

a. Un droit politique

Le droit constitutionnel se donne pour objet d'aménager le pouvoir politique de l'Etat tant dans sa structuration que son fonctionnement.

L'étude du droit constitutionnel amène alors à s'interroger sur la philosophie politique du régime ainsi que l'ensemble des institutions politiques en elles-mêmes et dans leur contexte.

A cet effet, le droit constitutionnel fixe les "règles du jeu politique", c'est-à-dire l'organisation politique acceptable par les forces politiques en présence dans un Etat-Nation donné. Il permet en outre d'évaluer plus ou moins le rapport des forces politiques à l'intérieur du régime et de saisir les valeurs politiques partagées par ces forces.

b. Un droit autrement sanctionné

La violation des règles de droit constitutionnel n'est pas sanctionnée de la même manière que celle des autres règles de droit. La contrainte physique ou matérielle y fait défaut, surtout lorsque sa violation est le fait des gouvernants. Or l'existence et l'effectivité de la sanction ont amené certains juristes à ne voir dans le droit que son côté répressif et à nier en conséquence tout caractère juridique au droit constitutionnel.

⁶ André Hauriou, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*; 3 éd., Montchrestien, 1968, p.28

Théorie constitutionnelle

Seulement un ordre juridique n'est pas nécessairement répressif, en tout cas il ne saurait être seulement répressif. Pour être efficace un système juridique doit reposer sur une certaine adhésion consentie des destinataires de la règle juridique aux préceptes qu'elle a édictés. Le droit tire sa force de sa légitimité, c'est-à-dire de son acceptation par les citoyens. Sous cet angle, la juridicité du droit constitutionnel est indéniable car son caractère obligatoire peut être obtenu de deux manières :

- par la pression de l'opinion publique qui peut contraindre les gouvernants à respecter les règles légales du jeu politique ou les sanctionner à l'occasion des renouvellements périodiques de leurs mandats;

- par le juge qui, exerçant un contrôle de la constitutionnalité de la légalité des actes des gouvernants, peut s'opposer à la mise en application des décisions non conformes à la règle de droit.

PARAGRAPHE II : L'ENCADREMENT JURIDIQUE DES PHENOMENES POLITIQUES

La spécificité du droit constitutionnel réside dans son objet. Il vise à encadrer les phénomènes politiques se produisant au sein de la sphère étatique dans des règles de droit.

A. Les phénomènes politiques

Pour comprendre le concept il faut partir de l'étymologie de la notion de politique.

I. LA DEFINITION DE LA POLITIQUE

La notion est ambivalente car elle peut être entendue dans un double sens: large ou étroit.

a. La conception étroite de la politique

Dans une perspective étroite, la politique est une activité spécialisée dont la signification peut dépendre du substantif ou de l'adjectif.

Le substantif politique désigne une action, une mission, un programme ou un comportement d'un acteur politique. On parlera par exemple de la politique sportive ou culturelle d'un parti, du gouvernement ou d'un Etat; de la politique d'intégration ou de la politique de promotion des droits de l'Homme, etc.

L'adjectif politique met en relief une activité spécialisée différente des autres activités sociales. En effet, cette activité obéit à des règles sui generis régulant les comportements de ses acteurs ou les actions qui se déploient en son sein.

b. La conception large de la politique

Elle renvoie à l'étymologie de la notion. Politique vient du terme grec "Polis" qui signifie la cité. Dans l'antiquité grecque la cité était un cadre spatial, une préfiguration de l'Etat moderne. La cité était une société organisée ou policée qui avait apporté des solutions perfectionnées au problème du gouvernement des hommes.

Dans cette perspective, la politique se réfère à la conduite des hommes vivant en société. La politique embrasse concerne la société toute entière. Elle est la chose de toutes et de tous. Toutefois, elle ne revêt son importance que par rapport à l'Etat qui apparaît en définitive comme

"la société des sociétés" ⁽⁷⁾. L'Etat régule en dernière instance toutes les organisations (associations, partis, syndicats, groupes de pression etc.) qui se meuvent en son sein.

II. LES CARACTERES DE LA POLITIQUE

La politique présente deux caractères: contrasté et rationalisé

a. Le caractère contrasté de la politique

La politique relève d'un paradoxe. Tel le Dieu Janus, elle présente deux facettes car elle est un facteur de rapprochement et d'opposition des individus.

La politique permet d'assurer une communion entre les différents membres de la communauté nationale. Elle rassemble sous une bannière unique des individus et des groupes mus par les mêmes sentiments ou ayant en commun des objectifs bien déterminés. Inhérente à la condition humaine; la politique est un gage de cohésion du groupe humain.

La politique est un facteur de ségrégation sociale. Elle conduit à différenciation entre ses différents membres. Elle cultive des relations nécessairement inégalitaires, donc hiérarchiques, entre ceux qui exercent le pouvoir et ceux qui le subissent. Le pouvoir est une énergie particulière qui permet d'agir sur les individus, de faire pression sur eux par la persuasion ou la contrainte afin d'obtenir d'eux des prestations, comportements ou attitudes ou des abstentions que les gouvernants jugent nécessaires pour le bien de la collectivité.

La politique débouche ainsi sur une opposition entre ceux qui commandent et ceux qui obéissent ou, pour reprendre la distinction du Doyen Duguit, entre les gouvernants et les gouvernés.

2. Le caractère rationalisé de la politique

L'activité politique ne se déroule pas dans le désordre. Le pouvoir ne relève plus du bon plaisir ou du caprice du Prince. Depuis les déclarations de droits de la fin du 18^e siècle, on ne reconnaît plus l'existence de gouvernants par prédestination, bénéficiant à titre personnel du droit à commander leurs semblables. Au contraire, il est désormais établi dans les croyances sociales que le pouvoir s'exerce selon des règles préétablies qui l'enferment l'exercice dans un statut particulier.

La politique est de nos jours réglementée par des règles abstraites et impersonnelles qui définissent le jeu politique, distribuent les rôles entre les différents gouvernants et assurent un compromis entre la protection des gouvernés contre les excès éventuels des gouvernants et la mise à la disposition de ces derniers de moyens d'action leur permettant d'assumer les missions dont ils ont été investis.

De cette vision découle l'Etat de droit ou l'Etat soumis au droit, au sein duquel un code de bonne conduite est aménagé entre gouvernants et gouvernés et sanctionné en cas d'inobservation.

B. La régulation juridique des phénomènes politiques

⁷ Gicquel (J.), Droit Constitutionnel et Institutions Politiques; 12 éd. 1993, p.5

Théorie constitutionnelle

La conquête et l'exercice du pouvoir politique sont régulés par le droit, plus particulièrement le droit constitutionnel.

I. LA FONCTION SOCIALE DU DROIT

Le droit est un ensemble de préceptes obligatoires édictés et sanctionnés au besoin par l'Etat afin de faire régner l'autorité et la liberté dans un corps social. C'est un mode de régulation sociale présentant un caractère obligatoire.

a. La fonction régulatrice du droit

Le droit est étroitement lié à la société dont il est un produit. Il est le reflet des traditions, valeurs et usages de la société à un moment donné de son évolution. Il est à la fois une construction et une relation.

1. Une construction

Le droit peut être considéré comme une construction purement formelle de normes articulées entre elles. Le père du normativisme juridique, Hans Kelsen (⁸), considère le droit comme un système de normes formelles parfaitement hiérarchisées sous une forme pyramidale où chaque norme juridique tire sa force juridique de sa conformité avec la norme qui lui est supérieure. La Constitution étant au sommet de cet édifice est la norme fondamentale de laquelle dérivent toutes les autres règles de droit.

2. Une relation

Le droit n'est pas toujours un absolu mais une relation. Il peut exprimer des rapports de coopération ou d'opposition entre individus et groupes sociaux. Il constitue la trame des relations sociales et s'analyse comme la pression d'un certain ordre social fondé sur la recherche d'un compromis entre l'instinct de sociabilité de l'individu et son besoin concomitant de liberté.

b. Le caractère obligatoire de la règle de droit

Les règles sociales sont nombreuses et d'intensité variable. Si la violation d'une règle sociale peut être sanctionnée, il reste que la sanction qui s'attache à la règle de droit présente des caractères spécifiques.

1. La diversité des règles sociales

Les règles régissant les relations sociales sont diverses de nature. L'individu est soumis au fameux *distinguo* de Kant entre les règles autonomes et les règles hétéronomes.

Les règles autonomes sont des règles éthiques ou internes qui relèvent de la conscience (morale, religion, règles de bienséance).

Les règles hétéronomes sont des règles externes élaborées et imposées par l'Etat. Elles correspondent au droit objectif qui constitue l'objet des études juridiques. On entend par droit

⁸ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*; Dalloz, 1962

Théorie constitutionnelle

positif l'ensemble des règles applicables dans une société donnée et à un moment déterminé de son évolution. Il comprend les règles constitutionnelles, législatives ou réglementaires régissant les situations objectivement définies.

2. La spécificité de la sanction de la règle juridique

Les règles autonomes sont sanctionnées par la réprobation, l'exclusion ou le remords. En revanche les règles hétéronomes possèdent une force contraignante car elles sont le reflet de la volonté de la puissance étatique. La mise en oeuvre éventuelle de la contrainte ou l'intervention éventuelle du juge ou du gendarme permettent de distinguer les règles juridiques des préceptes moraux ou des coutumes sociales.

II. L'EXPRESSION DES PHENOMENES POLITIQUES : LES INSTITUTIONS POLITIQUES

Les phénomènes politiques ne sont pas saisissables. Ils s'expriment à travers des valeurs, des attitudes, interactions et interférences qui se tissent autour des rapports de conquête ou de conservation du pouvoir politique. Toutefois, la politique ne se faisant pas dans le désordre, ces phénomènes politiques s'expriment dans leur dynamique à travers des institutions politiques.

Les institutions politiques ont activement contribué à l'enrichissement du droit constitutionnel par la prise en compte des phénomènes politiques dans l'agencement et l'articulation des règles d'aménagement du pouvoir politique.

a. Définition des institutions politiques

Les institutions sont les **choses établies par les hommes**. Il s'agit essentiellement des structures, organismes et des mécanismes existant dans une société à un moment donné de son évolution.

Les institutions politiques sont donc les choses établies par ceux-ci dans le domaine de la vie politique. Elles comprennent les règles constitutionnelles puisqu'elles survivent à leurs auteurs et finissent par prendre une sorte d'existence autonome et deviennent des choses à titre d'encadrement de la vie politique. Elles comprennent en outre les organisations qui donnent vie à l'Etat ou qui entretiennent avec lui des relations permanentes d'influences réciproques ou d'échanges (partis politiques, syndicats, groupes de pression, forces religieuses, etc.).

a. La typologie des institutions

La théorie des institutions a été formulée et systématisée par l'école de Toulouse dont le chef de file était Maurice Hauriou⁽⁹⁾. Le courant institutionnaliste a établi une distinction entre deux grandes catégories d'institutions:

1. les institutions-personnes

Egalement appelées institutions-corps, par référence à la personnalité juridique, ou institutions organismes, les institutions-personnes correspondent à une collectivité humaine, unie

⁹ Hauriou (Maurice), *Théorie de l'institution et de la fondation*, 1925

Théorie constitutionnelle

par une idéologie ou un besoin communs et soumise à une autorité reconnue et à des règles fixes. L'institution-personne parvient ainsi à une existence propre, transcendant ses composants individuels auxquels elle n'est plus réductible. Sont ainsi considérées comme des institutions personnes, "l'Institution des institutions" (André Hauriou) qu'est l'Etat, les associations, les sociétés commerciales, etc.

2. les institutions-normes

Egalement appelées institutions-choses ou institutions-mécanismes, les institutions-normes dépassent le complexe humain juridiquement structuré pour se référer à un système cohérent de normes ou de comportements centré autour d'une idée directrice autour de laquelle s'organise la personne de l'individu. Le mariage, les voies de recours, le contrat, etc. apparaissent comme des institutions-normes formant un ensemble cohérent susceptible de se combiner avec d'autres.

Institutions-personnes et institutions-corps forment un tout d'une part, se complètent et se conjuguent pour constituer des ensembles institutionnels complexes dont les systèmes politiques sont l'illustration au niveau supérieur de l'Etat.

Droit régissant le champ politique, le droit constitutionnel soulève des difficultés quant à sa méthode d'approche.

SECTION II : LA METHODOLOGIE DU DROIT CONSTITUTIONNEL

La méthodologie étudie les méthodes. Par méthode, on peut entendre l'ensemble des opérations intellectuelles par lesquelles une discipline cherche à atteindre les vérités qu'elle poursuit, les démontre et les vérifie. Il s'agit des différents procédés d'analyse susceptibles de conduire à une explication des phénomènes observés et liés plus ou moins à un schéma théorique préalable.

La détermination de la méthode d'approche du droit constitutionnel n'est pas aisée en raison de la perspective même d'analyse de son objet. Le droit constitutionnel est une discipline normative qui étudie les phénomènes politiques sous un angle juridique. Or la règle juridique peut ne pas correspondre au vécu réel.

Le droit constitutionnel a connu dès lors une évolution qui débouche de nos jours sur son nécessaire recentrage.

Paragraphe I : l'évolution du droit constitutionnel

L'évolution du droit constitutionnel s'est faite dans le sens de l'élargissement de sa perspective d'analyse avec le passage d'une approche normative à une approche dynamique de la matière.

A. La conception normative du droit constitutionnel

Cette approche se fonde sur la nature même de la matière qui est une discipline juridique s'intéressant aux normes, règles, catégories ou principes, et utilisant pour le traitement de l'objet étudié, les méthodes d'analyse, de raisonnement, d'appréciation ou d'évaluation qui ont cours dans cette branche du droit public ⁽¹⁰⁾.

¹⁰ Cf. F. Luchaire, De la méthode en droit constitutionnel; RDP 1981, p. 275

I. LES DIFFERENTES APPROCHES NORMATIVISTES

Historiquement, l'approche normative a connu une évolution dans la mesure où elle est passée d'une conception exégétique à une conception comparative du droit constitutionnel.

a. Le droit constitutionnel exégétique

La conception exégétique du droit constitutionnel part du vocable Constitution qui est un document unique rassemblant les règles d'organisation et de fonctionnement du pouvoir politique, adopté selon une procédure solennelle et investi d'une autorité supérieure à celle des autres règles de droit existant dans la société considérée.

Le droit constitutionnel est, à ses débuts, étroitement lié à une région géographique et à une civilisation bien déterminées. Il est un produit de l'occident, même s'il a fini par déborder par la suite cette sphère géographique.

Or, le droit constitutionnel dérive de la Constitution qui, elle-même, est étroitement liée au libéralisme politique. Les origines libérales de la Constitution sont nettement mises en exergue par l'article 16 de la déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 qui stipulait expressément: "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution." ⁽¹¹⁾. Socle juridique du régime démocratique, la Constitution contient des règles de procédure aménageant et protégeant les droits fondamentaux reconnus aux citoyens et rationalisant par la même occasion le pouvoir politique.

Pratique historique des régimes libéraux, le droit constitutionnel a correspondu à des préoccupations politiques concrètes. Il se présentait comme une limite aux pouvoirs des gouvernants de l'époque, en l'occurrence les monarques de droit divin. Historiquement, il n'y a de Constitution - et de droit constitutionnel - que lorsque la bourgeoisie libérale a réussi à imposer aux monarques une limitation de principe à leur pouvoir.

Au départ la discipline s'intéressait principalement à l'étude des constitutions libérales sous leur aspect formel puisque les procédures et les règles de droit apparaissaient, aux yeux des libéraux, comme la meilleure sauvegarde de la liberté politique. Le droit constitutionnel étudiait essentiellement les garanties formelles de la liberté ainsi que les normes et les principes que les gouvernants doivent respecter. Il déterminait les procédures qu'ils doivent observer pour accomplir certains actes politiques qui mettent en jeu la liberté des citoyens ou qui portent atteinte à leurs droits.

Dans cette conception stricte, le droit constitutionnel se limitait à l'exégèse de la constitution au sens documentaire, c'est-à-dire un texte spécial, élaboré dans des formes solennelles définissant l'organisation du pouvoir politique dans l'Etat. Il s'intéressait exclusivement aux règles formellement inscrites dans le corps de la constitution et s'identifiait en définitive au document qui le contient.

¹¹ D'où la relation dialectique entre la **Constitution** qui est la forme la plus appropriée d'organisation du pouvoir politique, la **séparation des pouvoirs** qui permet à chaque pouvoir de limiter la puissance de l'autre et la **garantie des droits** qui permet au citoyen de s'épanouir sans risque d'arbitraire ou de tyrannie dans une sphère étatique donnée.

Théorie constitutionnelle

L'approche exégétique du droit constitutionnel est trop restrictive car elle ne tient pas compte de la diversité des traditions juridiques. Elle conduit en effet à exclure du rayon d'intervention du droit constitutionnel des régimes libéraux non dotés d'une constitution formelle. C'est le cas notamment de la Grande Bretagne qui, se fondant sur la tradition de la *Common Law*, n'a pas une constitution écrite. Or les valeurs, principes et usages sur lesquels se fonde le régime britannique sont les mêmes que ceux qui ont cours dans les régimes libéraux dotés de constitution écrite.

C'est pour cette raison que la doctrine devait procéder à l'élargissement du champ d'étude du droit constitutionnel en prenant notamment en compte sa dimension comparative.

b. Le droit constitutionnel comparé

L'approche comparative confère au droit constitutionnel une portée plus étendue que le domaine strict qui lui était assigné traditionnellement en France.

L'approche comparative a permis d'enrichir le droit constitutionnel par l'intégration de plusieurs dimensions qui peuvent être combinées: historique, culturelle, nationale, internationale, enfin, synthèse épurée de toutes les précédentes, une dimension théorique générale rassemblant les notions abstraites et les concepts fondamentaux valables pour tous les régimes se réclamant des mêmes valeurs politiques.

II. LES LIMITES DE L'APPROCHE NORMATIVE

La limite fondamentale de la conception normative du droit constitutionnel est que la constitution, aussi complète soit-elle, n'englobe jamais la totalité des règles du jeu politique réel d'un Etat donné.

La conception normative recèle dès lors des limites au double plan formel et matériel.

a. Les limites formelles

Au sens formel, la conception normative du droit constitutionnel n'intègre pas tous les textes juridiques relatifs à l'aménagement du pouvoir politique de l'Etat, car il existe des règles déterminantes du processus politique qui figurent dans des textes autres que la Constitution. Il en est ainsi des lois organiques, lois ordinaires (exemple le code électoral), le règlement intérieur des Assemblées.

Ramener le droit constitutionnel à la constitution revient dès lors à exclure de la matière des pans entiers de l'activité politique.

b. Les limites matérielles

Dans une perspective plus réaliste, le droit constitutionnel désigne plus largement l'ensemble des règles juridiques, usages, pratiques et coutumes qui touchent à l'organisation du pouvoir politique de l'Etat. Il englobe l'ensemble des institutions politiques d'un Etat, même si la Constitution les occulte ou ne les énumère pas expressément.

La dimension matérielle du droit constitutionnel permet de prendre en compte des coutumes et des pratiques qui ne sont pas des règles constitutionnelles formelles mais qui néanmoins font partie du régime politique du pays envisagé ⁽¹²⁾.

¹² Il en est ainsi, par exemple, de l'institution du Président du Conseil sous la III^e République qui était
Cours du Prof. El Hadj Mbodj

Théorie constitutionnelle

Cette perspective normative ne rend pas compte de la dimension matérielle du droit constitutionnel qui, en raison de son objet même, apparaît à certains égards comme "un droit politique" (O.Duhamel) qui ne saurait se limiter à un cantonnement purement normatif.

B. La conception dynamique du droit constitutionnel

L'approche dynamique ou positive du droit constitutionnel prend en compte les institutions et la science politique dans le traitement des questions constitutionnelles. Elle s'inscrit en réalité dans le prolongement de l'approche normative qui contient une limite de taille à partir du moment où le droit est une science normative qui s'attache à ce qui devrait être et non à ce qui est. Le droit constitutionnel, dans ces conditions, s'intéresse ce que devrait être le régime politique à travers les règles juridiques qui procèdent à son organisation et à son fonctionnement.

En outre, le droit ne prévoit pas toutes les situations possibles et, de surcroît, il doit être situé dans son contexte politique le plus actuel éclairé par des indications relatives aux données réelles de l'exercice du pouvoir ou par rapport à ses antécédents historiques.

L'analyse institutionnelle ainsi que le recours à la science politique permettent de dépasser le cadre purement normatif et d'orienter le droit constitutionnel dans une direction plus dynamique et plus réaliste.

I. L'ANALYSE INSTITUTIONNELLE

Le courant institutionnaliste a été développé par l'école de Toulouse dont le maître à penser fut Maurice Hauriou et les célèbres continuateurs de son oeuvre André Hauriou et Jean Gicquel. Cette école a intégré la dimension institutionnelle dans le droit constitutionnel et, de ce fait, a contribué de manière décisive à l'élargissement de la perspective d'approche et d'analyse du droit constitutionnel.

Le courant institutionnaliste a été couronné par le décret du 24 mars 1954 portant la réforme de la licence en droit. Le décret de 1954 ajoute "Institutions Politiques" au "Droit Constitutionnel", pour donner à la matière sa présente configuration. La réforme de 1954 revisite le contenu et les méthodes du droit constitutionnel par une prise en compte, dans l'analyse constitutionnelle, de l'environnement politique et social seul susceptible d'en expliquer le fonctionnement réel et les déformations des régimes politiques.

La démarche institutionnaliste présente l'avantage de ne pas séparer le droit du fait et, par conséquent, de mieux saisir leurs interactions. Elle offre à l'analyse constitutionnelle un cadre de référence beaucoup plus souple, beaucoup plus compréhensif car liant le droit constitutionnel à son contexte socio-culturel.

II. LA SCIENCE POLITIQUE

Le droit constitutionnel entretient de nombreuses affinités avec la science politique. Ils ont un objet identique: l'étude des phénomènes politiques. Toutefois, l'identité de l'objet ne doit pas occulter la différence de la méthode d'approche de cet objet.

a. La nature de la science politique

une institution coutumière considérée comme une pièce essentielle du pouvoir exécutif alors qu'elle n'avait pas été expressément prévue par le constituant.

Théorie constitutionnelle

La science politique analyse les phénomènes politiques en eux-mêmes sans se préoccuper fondamentalement de leur encadrement légal ou du jugement que l'on peut porter sur eux. Elle considère les faits sans a priori. En tant que discipline positive et descriptive, elle a pour ambition de rendre compte de la vie réelle d'une société.

Ainsi que le soutiennent certains auteurs ⁽¹³⁾, le droit constitutionnel débouche inéluctablement sur la science politique car celle-ci aide à donner aux règles constitutionnelles leur véritable portée et, aussi, à préciser la physionomie des institutions politiques. Les observations fournies par le politiste ne laissent guère indifférent le constitutionnaliste car ce dernier peut en déduire des règles juridiques.

b. Les limites de l'analyse politique

La science politique peut donner d'excellentes réponses aux interrogations sur la signification, le fonctionnement et l'évolution des sociétés politiques. Mais elle est encore jeune et encore relativement incertaine sur ses méthodes et même sur son objet.

En outre, la science politique se préoccupe de tous les phénomènes politiques sans aucune exception alors que le droit constitutionnel s'intéresse aux phénomènes établis, c'est-à-dire présentant une certaine importance et, surtout, une certaine durée.

La science politique dit ce qui est alors que le droit constitutionnel met l'accent sur ce qui doit ou devrait être. En cela, les deux disciplines doivent être distinguées. Leurs démarches et leurs méthodes diffèrent en dépit de l'identité de leur objet: le pouvoir politique.

Pour le constitutionnaliste, la science politique devrait être considérée comme une science d'accompagnement du droit constitutionnel. Elle doit être mise au service de la matière afin de mieux saisir le sens, la portée ou l'effectivité des règles constitutionnelles.

Si la démarche normative n'interdit nullement le recours à l'approche dynamique pour mieux saisir et appréhender la combinaison ou la contrariété des phénomènes étudiés, il faut se garder de mélanger les genres car l'un (le droit constitutionnel) relève de la technique d'interprétation des textes et l'autre (la science politique) de la méthode expérimentale.

Il convient alors de recentrer le droit constitutionnel par rapport aux autres sciences d'accompagnement, c'est-à-dire celles qui s'intéressent de près ou de loin aux phénomènes politiques, pour qu'il ne soit pas absorbé par celles-ci.

Paragraphe II : Le recentrage du droit constitutionnel

L'élargissement du droit constitutionnel à la science politique présente le risque de diluer les règles et mécanismes juridiques dans un ensemble de données qui n'ont ni la même nature, ni la même portée. Or, la spécificité du droit se ramène à sa puissance normative, même si la règle juridique peut ne pas faire l'objet de sanction en cas de violation. Autrement dit, les dispositions légales peuvent ne pas contraignantes pour leurs destinataires.

C'est pourquoi, sans remettre en cause les apports des autres sciences d'accompagnement, il s'est avéré nécessaire de freiner l'extension exagérée du droit constitutionnel pour mieux valoriser la démarche juridique enrichie de l'évolution qu'a connue la matière.

A. La revalorisation de l'approche juridique

¹³ Cf. notamment CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel et science politique*, 16^e éd., Paris, A. Colin, 1999.

Le droit constitutionnel se "juridicise" de plus en plus grâce à deux facteurs qui se sont conjugués pour susciter un regain d'intérêt à son égard: le développement de la jurisprudence constitutionnelle et la gestion constitutionnelle des conflits politiques.

I. La jurisprudence constitutionnelle

L'essor prodigieux du contrôle de la constitutionnalité des lois a considérablement renforcé l'autorité des règles constitutionnelles jusque là dépourvues de toute sanction effective. La Constitution n'est plus une charte de bonnes intentions et un schéma élastique d'aménagement des pouvoirs mais un ensemble de règles et principes obligatoires qui s'imposent à tous les gouvernants qui sont tenus de s'y plier sous peine de voir leurs actes censurés par le juge.

Les règles et principes dégagés par le juge constitutionnel à l'occasion des contentieux portant sur le jeu politique tel qu'il est encadré par la charte fondamentale contribuent à rendre le droit constitutionnel plus vivant (¹⁴).

II. LA GESTION CONSTITUTIONNELLE DES CONFLITS POLITIQUES

Les organes constitutionnels peuvent entrer en conflit en cas de changement des rapports de force entre les différents acteurs politiques. Cette situation prévaut en cas de discordance entre une majorité présidentielle et une majorité parlementaire. En cas d'harmonie, le Président de la République exerce non seulement ses prérogatives constitutionnelles explicites mais s'arroge aussi des prérogatives implicites.

En France, par exemple, il dispose dans les faits d'un pouvoir de révocation du Premier Ministre alors qu'il n'en a pas constitutionnellement le droit. Il détermine dans la pratique la politique de la nation, alors que l'article 20 confère un tel privilège au gouvernement.

Toutefois, les expériences de la cohabitation entre deux majorités distinctes en 1986-1988 et en 1993-1995 montrent l'importance des règles constitutionnelles qui ont permis de gérer une situation jusqu'alors inédite. "La Constitution, rien que la Constitution mais toute la constitution", tel a été le credo du Président Mitterrand durant cette cohabitation.

En République Démocratique du Congo, il a fallu recourir à une constitution de transition pour restaurer la paix entre les parties en conflit et organiser une période de transition au cours de laquelle ont été votées des lois essentielles qui ont permis à ce pays de sortir de ses récurrentes crises de légitimité et de se doter d'une nouvelle constitution démocratique.

¹⁴ Le droit constitutionnel sénégalais s'est considérablement enrichi depuis la création par la loi organique n°92-23 du 30 mai 1992 d'un Conseil constitutionnel. Cette juridiction a eu à arbitrer des différends opposant les divers pouvoirs publics ainsi que les acteurs politiques. Au nombre des décisions ayant valeur de symbole rendues par le Conseil constitutionnel figurent:

- l'amendement NDIADIAR SENE qui avait été invalidé pour violation de l'article 71 de la Constitution,

- l'amendement MOUSSA SY déclaré conforme à la Constitution, - les décisions prises durant la campagne électorale pour les élections législatives anticipées de 2001 interdisant l'utilisation des attributs de la République à des fins de propagande électorale ou invitant le Président de la République à s'abstenir d'intervenir dans une campagne pour laquelle il n'était pas candidat au nom du principe d'égalité des acteurs électoraux devant le suffrage.

Théorie constitutionnelle

Reposant sur un système de règles obligatoires et sanctionnées, le droit constitutionnel peut canaliser des tensions latentes dans un système constitutionnel donné.

En outre, il peut être d'un grand secours pour la connaissance du sens de la vie en société et l'évolution possible des organisations politiques. Ses règles encadrent les phénomènes politiques dans un sens donné en vue d'atteindre des objectifs déterminés mais variables selon les pays ou les époques. La démarche téléologique permet de considérer le devenir des sociétés humaines comme la finalité du droit constitutionnel.

B. La méthode constitutionnelle

Le droit constitutionnel est une discipline autonome qui dispose de ses propres règles, de ses propres méthodes de traitement et d'analyse des questions qui sont de son ressort. La méthode constitutionnelle doit accorder une prévalence à l'approche juridique éclairée par l'analyse institutionnelle ou, au besoin, par la science politique.

I. L'APPROCHE JURIDIQUE

En raison de la nature même de la discipline, l'analyse de la matière constitutionnelle doit insister particulièrement sur les règles juridiques qui doivent être privilégiées dans la mesure où elles encadrent le jeu politique.

La méthode interpelle toutes les règles formelles ou matérielles relatives à l'organisation et au fonctionnement du pouvoir politique.

Les règles formelles sont celles qui proviennent de la Constitution, des traités internationaux régulièrement intégrés dans l'ordre juridique interne, des lois organiques, des lois ordinaires et des actes réglementaires. Lorsqu'elles sont en vigueur dans un pays donné et à un moment précis de son évolution, elles constituent alors le droit positif. Ces règles permettent d'appréhender et de mieux comprendre l'ordonnement d'un régime politique donné, le fondement de l'autorité, l'articulation des institutions, les rapports entre gouvernants et gouvernés aussi bien au niveau du choix que du contrôle des gouvernants par les gouvernés.

Le droit positif n'intègre pas en principe les règles qui ne sont pas encore ou ne sont plus en vigueur, suite à leur abrogation ou bien parce qu'elles sont devenues obsolètes. Toutefois, ces règles de droit ne doivent pas être négligées par le constitutionnaliste car elles peuvent permettre de mieux saisir les tenants et les aboutissants des règles en vigueur.

Par extension, **la jurisprudence**, bien que n'étant pas une source formelle du droit, intègre tout de même le droit positif d'un pays dans la mesure où elle peut suppléer les vides et insuffisances du constituant.

De même, **la coutume** joue un rôle primordial en droit constitutionnel car la règle juridique ne peut pas tout prévoir ou tout réguler. Il existe des pans entiers de l'activité politique encore soumis à la coutume.

Tous ces matériaux doivent être exploités, complétés et éclairés au besoin par les accompagnements institutionnels et politiques de l'approche juridique.

II. LES ACCOMPAGNEMENTS INSTITUTIONNELS ET POLITIQUES

L'approche formelle ne rend souvent compte que partiellement de la dynamique des règles juridiques ou de la réalité politique qui peut être occultée par la règle juridique.

Théorie constitutionnelle

Il convient de prendre en considération **les données institutionnelles et factuelles, historiques et contemporaines**, qui sont le soubassement des règles constitutionnelles afin d'avoir un plus grand éclairage sur les données réelles relatives à l'exercice du pouvoir politique dans les systèmes constitutionnels envisagés.

Le recours à **la pratique** telle qu'elle résulte du jeu politique ⁽¹⁵⁾ permet de saisir la dynamique des règles et le cadre dans lequel se meuvent les mécanismes et principes du pouvoir politique. Aussi, l'observation du fonctionnement des régimes politiques, les déclarations des acteurs politiques et les commentaires des spécialistes ou des leaders d'opinion, ont-ils autant de matériaux devant être mis à profit par le constitutionnaliste pour sérier davantage le pourquoi, le contenu et la portée des règles, principes et valeurs qui fondent le droit constitutionnel.

PLAN

Le droit constitutionnel tire sa spécificité de son objet: l'encadrement juridique des phénomènes politiques à l'intérieur des sociétés organisées et, plus particulièrement, au sein de l'Etat qui est la forme sociétale la plus perfectionnée et la plus généralisée, le support de toutes les sociétés. L'Etat est une donnée fondamentale du droit constitutionnel car il est le cadre privilégié d'exercice du pouvoir politique.

L'aménagement du pouvoir politique de l'Etat tient compte de la philosophie, des valeurs, principes et usages qui sous-tendent le pouvoir et qui déterminent la disposition des organes de l'appareil d'Etat ainsi que la nature des relations entre gouvernants et gouvernés. A cette préoccupation répondent les théories sur les fondements démocratiques des régimes politiques.

La dimension organisationnelle de la société étatique trouve son expression dans l'existence d'une charte qui fonde le statut du pouvoir politique dans l'Etat. Cette "charte" n'est rien d'autres que la constitution qui décrit les règles et mécanismes selon lesquels ce pouvoir doit s'exercer concrètement.

L'Etat (Titre I), les théories sur les fondements démocratiques des régimes politiques (Titre II) et la Constitution (Titre II) constitueront les principales articulations de la partie relative aux données fondamentales du droit constitutionnel.

¹⁵ La Constitution c'est aussi une pratique, selon le Général de Gaulle.

Théorie constitutionnelle
TITRE I : L'ETAT

Sujet de prédilection du droit constitutionnel, l'Etat est à la fois une idée et un fait, une abstraction et une organisation. De nos jours, il est une réalité aisément et immédiatement perceptible. On ne le touche pas, mais sa présence est sensible dans la vie de tous les jours (¹⁶).

Il reste que cette réalité est d'une réelle complexité. Le problème de l'Etat s'est posé, se pose et continue à être posé un peu partout. En effet l'Etat n'a pas toujours existé. Il est une forme historique d'organisation qui correspond à un certain degré de développement de la civilisation occidentale (¹⁷).

En outre, l'Etat n'est pas un phénomène inéluctable et irréversible. Il n'est pas exempt de maladie. Il peut péricliter, sombrer, disparaître ¹⁸ ou même, selon Engels, être "relégué au musée des antiquités à côté du rouet et de la hache de bronze".

La complexité de l'Etat apparaît enfin dans sa définition qui est délicate en ce sens qu'il n'est pas une réalité neutre. Le mot "Etat" peut revêtir trois significations différentes:

Au sens large il désigne une collectivité humaine géographiquement localisée et politiquement organisée, ayant généralement pour support sociologique une Nation. On dit en ce sens que le Sénégal, la Mauritanie, la Gambie, etc. sont des Etats.

Dans un sens plus restreint l'Etat indique, au sein de cette société politique organisée, les pouvoirs publics, c'est-à-dire les gouvernants par opposition aux gouvernés. On parlera par exemple de la place du chef de l'Etat dans le régime politique.

Dans un troisième sens encore plus étroit l'Etat peut s'identifier, au sein des pouvoirs publics, au pouvoir central par rapport à ses démembrements que représentent les collectivités locales. On parlera par exemple de la tutelle de l'Etat sur les régions, communes et communautés rurales.

En droit constitutionnel l'Etat peut être utilisé tantôt dans un sens tantôt dans un autre mais le sens large est le mieux à même de rendre compte de la consistance du phénomène étatique. Il convient à ce niveau de saisir ses éléments (chapitre I) avant d'envisager ses différentes formes (chapitre II).

CHAPITRE I : LES ELEMENTS DE L'ETAT

Toute société humaine ne forme pas un Etat. L'existence de l'Etat est subordonnée à des éléments sociologiques dont la réunion est nécessaire (population, territoire et pouvoir). A ces

¹⁶ Burdeau souligne à ce propos " Personne n'a jamais vu l'Etat. Qui pourrait nier cependant qu'il soit une réalité?" (Burdeau, L'Etat; éd. du Seuil)

¹⁷ En effet l'Etat est une création historique relativement récente. Il est apparu à la charnière du Moyen Age et de la Renaissance. La plupart des grands Etat européens se sont constitués entre le 15^e siècle et le 18^e siècle. Toutefois, ce n'est qu'au 19^e et au 20^e siècle que l'Etat tel qu'on le conçoit actuellement est devenu un modèle pour toutes les sociétés politiques organisées.

¹⁸ A l'instar de la RDA qui a disparu en tant qu'Etat le 3 Octobre 1990.

éléments matériels s'ajoutent des caractères juridiques qui permettent de mieux cerner ses attributs.

SECTION I : LES ELEMENTS SOCIOLOGIQUES DE L'ETAT

La définition sociologique de l'Etat part de la réalité que recouvre la notion. L'Etat est un groupement humain fixé sur un territoire déterminé et sur lesquels s'exerce une autorité politique exclusive. Au sens du droit constitutionnel et du droit international, l'Etat existe dès lors que sont réunis trois éléments nécessaires et suffisants:

- une masse humaine (la population ou la nation),
- une assise géographique (le territoire)
- un élément d'ordre institutionnel (l'autorité politique exclusive ou la puissance publique).

Ces éléments constitutifs de l'Etat sont cumulatifs et non alternatifs. Ils restent encore incertains car s'ils peuvent être aisément constatés, leurs contours sont encore flous et leurs critères toujours indécis⁽¹⁹⁾.

PARAGRAPHE I : LA POPULATION

L'Etat se présente d'abord comme une collectivité humaine. Il ne saurait y avoir d'Etat sans population, de même qu'un Etat disparaît si toute sa population disparaît ou émigre⁽²⁰⁾. Comme élément composant de l'Etat, la population apparaît à la fois comme une réalité démographique et juridique d'une part, et d'autre part une réalité sociologique symbolisée par la Nation.

A. UNE REALITE DEMOGRAPHIQUE ET JURIDIQUE

La population est avant tout un ensemble d'individus soumis à un statut juridique.

I. LA DONNEE DEMOGRAPHIQUE

La population est une collectivité humaine vivant sur un territoire déterminé. Elle est composée d'hommes et de femmes à des étapes diverses de leur vie: enfance, adolescence, maturité, vieillesse.

La question s'est posée en droit de savoir si cette masse humaine doit satisfaire à certains critères pour pouvoir être constitutive de l'Etat. En d'autres termes, doit-elle présenter une certaine consistance numérique minimale en deçà de laquelle on ne saurait plus parler d'une population étatique?

Le facteur quantitatif n'est pas déterminant dans la définition de la population. Le droit international ne prévoit aucun seuil minima exigible pour fonder valablement un Etat. Une population est nécessaire pour qu'il y ait un Etat quel qu'en soit le nombre. C'est ainsi que dans la communautés des Etats, on voit souvent coexister des Etats de quelques milliers de ressortissants, comme les Etats de NAURU en Polynésie (10.000 habitants) ou du Brunei

¹⁹ De nombreux groupements humains revendiquent le statut d'Etat: serbes, croates, basques etc.

²⁰ Cette situation renvoie à l'hypothèse unique dans l'histoire des Etats: la diaspora du peuple juif.

Théorie constitutionnelle

(270.000 habitants) et des pays à population gigantesque comme la Chine populaire qui dépasse largement le milliard d'habitants.

En définitive, les critiques adressées aux "micro-Etats" (dits aussi "Etats lilliputiens") ne sont pas pertinentes sur le plan juridique. Tous les Etats sont égaux en droit international mais une population importante reste tout de même un facteur de puissance dans les relations internationales.

II. LE STATUT JURIDIQUE

La population peut être entendue comme l'ensemble des personnes physiques vivant de façon permanente sur le territoire étatique sur lesquelles l'Etat exerce sa souveraineté personnelle.

La catégorisation des personnes soumises à la juridiction de l'Etat met en lumière le caractère hétéroclite de la population. Celle-ci se compose en effet des sujets de l'Etat et des étrangers vivant sur son territoire.

a) Les sujets de l'Etat

Les sujets de l'Etat sont constitués des individus rattachés de façon stable à l'Etat par un lien juridique. Il s'agit de ses nationaux et de ses ressortissants

1. Les nationaux

Les nationaux sont les individus liés à l'Etat par le lien juridique de la nationalité qui permet de distinguer au sein de la population d'un Etat les nationaux et les étrangers.

La nationalité rattache une personne à un Etat donné quel que soit le lieu où elle se trouve. Elle crée une **allégeance personnelle** de l'individu envers son Etat d'origine et fonde la **compétence personnelle** de l'Etat qui l'autorise à soumettre à sa juridiction ses nationaux en quelque endroit qu'ils se trouvent. Il en est ainsi par exemple de la capacité des personnes, de leurs obligations militaires ou de leurs droits électoraux. Cette compétence personnelle de l'Etat d'origine ne peut cependant s'exercer que dans les limites acceptées par l'Etat d'accueil.

L'Etat détermine librement les critères d'attribution de sa nationalité. La nationalité peut être originaire ou résulter d'un acte volontaire.

*** La nationalité originaire**

Les critères d'acquisition de la nationalité sont fixés par la législation nationale dans un code de la nationalité. Les Etats utilisent séparément ou en les combinant deux critères:

- **le jus sanguinis**: ce critère est fondé sur le lien de sang. L'enfant acquiert la nationalité de ses ascendants.

- **le jus soli**: la nationalité est octroyée à tout enfant né sur le territoire de l'Etat abstraction faite de la nationalité de ses parents.

*** La naturalisation**

La naturalisation est l'acte par lequel la nationalité est octroyée par un Etat à un étranger qui remplit les conditions légales prévues à cet effet. Elle est généralement accordée à l'étranger

Théorie constitutionnelle

dont le conjoint est un national ou qui s'est installé à titre permanent depuis une longue période sur le territoire de l'Etat.

La naturalisation résulte non seulement d'une demande de l'individu intéressé mais également d'une décision de l'autorité compétente.

2. Les ressortissants

Le mot " ressortissant " est souvent assimilé au national alors que son sens peut être plus large que celui-ci.

Il est synonyme de national lorsqu'on le ramène aux personnes physiques dont la situation juridique est déterminée par le lien personnel de nationalité qui les unit à l'Etat.

En revanche le ressortissant est plus large que le national lorsqu'il vise des personnes **assimilées** aux nationaux, par exemple les habitants d'un Etat protégé ou d'une colonie.

b. Les étrangers

L'étranger est une personne physique vivant sur le territoire d'un Etat auquel il n'est pas rattaché par le lien de nationalité. En tant que tel il n'entre pas dans la détermination de l'élément humain constitutif de l'Etat. Il reste néanmoins soumis à la souveraineté plénière et exclusive de l'Etat de séjour. Cette compétence connaît des exceptions.

1. La compétence de l'Etat sur les étrangers

Il revient à l'Etat d'accueil de réglementer les conditions d'entrée et de séjour des étrangers sur son territoire. Il peut à cet effet leur interdire l'exercice de certaines activités notamment celles qui sont liées à l'exercice de ses missions de souveraineté ou limiter leur participation à la vie politique interne. Toutefois sur l'Etat pèsent des obligations de protection de la personne et des biens des étrangers vivant sur son territoire.

Cette compétence s'exerce sur les ressortissants d'Etats-tiers, les réfugiés et les apatrides.

*** Les ressortissants d'Etats-tiers**

Ce sont des individus qui vivent dans la sphère géographique de l'Etat sans avoir renoncé à leur nationalité d'origine.

*** Les réfugiés**

Ils constituent une catégorie particulière d'étrangers. Les réfugiés sont des personnes installées sur le territoire de l'Etat de résidence pour échapper à un danger, une menace physique, politique de leur Etat d'origine.

*** Les apatrides**

L'apatride est un individu qu'aucun Etat ne considère juridiquement comme son sujet. L'apatridie peut résulter d'un acte de répudiation unilatérale d'une nationalité soit du fait de l'Etat soit du fait de l'individu non suivi d'une naturalisation par un autre Etat. Elle est une situation exceptionnelle devant être résolue le plus rapidement possible.

2. Les exceptions à la compétence personnelle

L'Etat n'exerce pas ses attributs classiques de souveraineté sur une catégories d'étrangers vivant sur son territoire. Deux catégories d'étrangers sont à ce titre concernées:

- * Les agents diplomatiques et consulaires
- * Les agents et fonctionnaires internationaux

Ces deux catégories d'étrangers bénéficient de l'immunité diplomatique qui les soustrait de la compétence pénale et dans une certaine mesure fiscale de l'Etat d'accueil. Ce privilège s'étend également à leur entourage.

B. UNE REALITE SOCIOLOGIQUE

La population est un fait sociologique et politique symbolisé par la nation. Il n'y a pas de relation de causalité directe entre la population et la nation. La population d'un Etat n'est pas toujours un ensemble homogène dans la mesure où elle peut rassembler plusieurs nations dont les membres auront la même nationalité. Inversement une nation peut être s'étendre sur plusieurs Etats. Enfin les jeunes Etats issus de la décolonisation ont existé sans nation.

La nation ne saurait être un élément constitutif, encore moins un critère préalable de l'Etat. Elle entretient toutefois des rapports dialectiques avec l'Etat.

I : DEFINITION DE LA NATION

La nation est le substrat psychologique, le ferment le plus puissant de la cohésion de l'Etat. On peut la définir comme 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 comme différents des individus qui composent les autres groupements nationaux.

Cette définition prend en considération des éléments objectifs et des éléments subjectifs de la nation.

a) La conception objective de la nation

La conception objective ou allemande, forgée par Fichte et Treischke au 19^e siècle est placée sous le signe du déterministe. Elle est la résultante d'éléments objectifs tels que l'ethnie, la race, le sol, le sang, la religion, la langue.

La communauté de langue ou de race tient certes une place importante ainsi que le montrent les pays déchirés par des querelles linguistiques qui éprouvent les plus grandes difficultés à éviter le séparatisme (Belgique, Canada) mais il arrive que la variété des langues, des cultures et des religions n'empêche pas le développement d'une solidarité nationale intense (Suisse).

Au demeurant, s'appuyant essentiellement sur le facteur racial la conception objective de la nation a été mise en exergue par le III^e Reich pour légitimer le génocide du peuple juif. De nos jours la politique de **purification ethnique** entreprise par les serbes à l'endroit des bosniaques semble se rattacher à cette thèse.

b) La conception subjective

La conception subjective ou volontariste a été qualifiée de conception française de la Nation. Elle a été développée par des hommes politiques et juristes français, notamment par Fustel de Coulanges, Renan.

Cette conception considère que la formation des Nations est beaucoup plus complexe car à côté des éléments objectifs doivent entrer en compte les événements historiques, les intérêts communs, les liens spirituels et surtout le volontarisme. La nation, disait Renan, "c'est un vouloir-vivre collectif" ⁽²¹⁾. Burdeau y ajoute "le rêve d'avenir partagé" fondé sur "la conscience du passé commun" ⁽²²⁾.

Le "sentiment d'appartenance" qui s'exprime par le "vouloir vivre en commun, s'enracine dans une histoire et des souvenirs partagés. Le passé, les luttes communes, la manière de vivre et de réagir de la même façon, en définitive le comportement culturel sont autant d'éléments déterminants dans l'appartenance à une communauté nationale.

II. LA DIALECTIQUE ETAT-NATION

La coïncidence Etat-Nation n'existe pas toujours. Une nation peut être écartelée entre plusieurs Etats (Kurdes, Arméniens, Peuls, Bantous, etc.) et des nations différentes peuvent être regroupées dans un Etat plurinational ou multinational (Inde, ancienne Yougoslavie ou l'ex URSS, la Suisse).

Si en Europe la nation est antérieure à l'Etat, l'apparition de nouveaux Etats sur la scène internationale à la suite des décolonisations renverse la dialectique en montrant que la coïncidence Etat-Nation n'est pas évidente.

a. L'antériorité de la nation

En Europe la nation préexiste à l'Etat. La nation était une réalité sociologique avant de prendre la consistance d'un Etat. Elle est le résultat d'un processus historique se développant et s'achevant avant la naissance de l'Etat. Celui-ci n'est apparu qu'en dernier lieu pour centraliser politiquement et juridiquement la nation ⁽²³⁾. Dans cette perspective se pose la question de savoir si à toute nation peut et doit correspondre un Etat.

Le droit international semble apporter une réponse positive à travers le principe des nationalités. Ce principe selon lequel toute nation a droit à devenir un Etat a été lancé par Napoléon Bonaparte et repris par Napoléon III avant de recevoir une consécration internationale avec le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ou droit à l'autodétermination consacré par la charte des Nations Unies (art. 1, &2 et 55) et réaffirmé par la résolution du 14 décembre 1960 dite déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux.

²¹ Conférence prononcée à la Sorbonne en 1882 sur le thème "Qu'est-ce qu'une Nation?"

²² Burdeau (G.), *Traité de Science Politique*, L.G.D.J., Tome 2, p. 115.

²³ "L'Etat est la personnification juridique d'une nation" écrivait en 1895 Esmein (*Manuel de droit constitutionnel*). Il estimait "qu'il faut et il suffit d'une Nation pour fonder un Etat".

Théorie constitutionnelle

Au départ il s'agissait davantage d'un slogan idéologique que d'un principe juridique. Le droit des nations a été à la base de l'idéologie révolutionnaire a été propagé par la révolution française de 1789.

Sur le plan interne il conduit à admettre que l'origine du pouvoir réside dans la nation: c'est la doctrine de la souveraineté nationale.

Sur le plan international, elle conduit à affirmer que le premier droit de toute Nation est de se réaliser politiquement et juridiquement d'une façon intégrale, ce qui revient à dire que toute nation a droit à former un Etat. Un Etat ne pouvait comprendre qu'une seule nation. A chaque Nation "son" Etat et à chaque Etat "sa" Nation.

Bien que mis en application par le traité de Versailles 1919 avec la reconstitution de la Pologne et le démembrement de l'Autriche, ce principe n'a jamais pu devenir une "règle" de droit international; les Etats se sont constitués au gré des rapports de force.

Au demeurant ce principe doit être manié avec beaucoup de précaution car sa généralisation pourrait conduire à méconnaître les facteurs géographiques, politiques et économiques qui doivent être respectés si on veut créer des Etats viables.

b. La postériorité de la nation

Les exemples des Etats-Unis d'Amérique et des nouveaux Etats issus du processus de décolonisation renversent le principe de l'antériorité de la Nation. En effet ces Etats ont été plaqués sur une réalité sociologique composée d'une mosaïque d'ethnies juxtaposées les unes aux autres mais non point intégrées.

Aux Etats-Unis, l'Etat a été fondé par la Constitution de 1787 alors que la Nation n'a été définitivement constituée que lorsque le Congrès a arrêté le flot d'immigration qui remodelait considérablement la collectivité nationale, c'est-à-dire au lendemain de la première guerre mondiale.

En Afrique L'Etat a été créé "clé en main" (A.Hauriou). Les Etats africains ont été délimités en fonction des frontières coloniales arbitrairement tracées sans aucune considération des unités linguistiques, culturelles, ethniques ou religieuses des groupements humains vivant sur les territoires coloniaux.

Il n'a donc pas de nation préexistante servant de support sociologique à l'Etat qui constitue une réalité. La logique est renversée car il revient à ces Etats de construire la Nation sur la base de la cohabitation de populations disparates mais partageant un minimum de sentiment et de comportement national.

La nation sera construite à partir de l'intégration de populations grâce à une longue "culturation" historique commune accélérée par la période nationalisée de lutte anti-coloniale. La nation une fois en place rétroagit en confortant l'Etat.

En définitive si dans certains cas la Nation a précédé l'Etat (Allemagne, Italie, Pologne etc.), dans d'autres cas soit les deux sont concomitants et émergent en étroite symbiose (France, Grande-Bretagne) soit l'Etat a purement et simplement précédé la Nation (Etats issus de la décolonisation).

PARAGRAPHE II : LE TERRITOIRE

Le territoire permet à l'Etat de prendre sa consistance. Il est un élément nécessaire à l'Etat qui est avant tout une collectivité humaine "à base territoriale", "un phénomène essentiellement spatial" selon Maurice Hauriou.

Théorie constitutionnelle

Le territoire est "la structure matérielle" de l'Etat en ce sens qu'il représente la sphère géographique d'implantation et de délimitation de l'Etat. Il n'y a pas d'Etat sans territoire. De même l'Etat qui perd son territoire n'est plus un Etat. Il doit en outre être occupé par une population et contrôlé par un gouvernement ⁽²⁴⁾.

Le territoire est en outre un facteur de cohésion du groupe social et de raffermissement de la nation car c'est le cadre physique d'intégration de populations diverses.

N'importe quel territoire suffit, les micro-Etats sont juridiquement des Etats à part entière. En droit, il n'y a pas d'exigence de surface minimale ⁽²⁵⁾. L'étendue du territoire n'est pas déterminante même si elle a politiquement une influence décisive sur la puissance de l'Etat.

A : L'IMPORTANCE DU TERRITOIRE

Le territoire sert de mesure et de limite à l'autorité du gouvernement de l'Etat.

I. LE TERRITOIRE : UNE MESURE DE L'AUTORITE DE L'ETAT

Le territoire est la sphère de la compétence de l'Etat. Il constitue la dimension spatiale dans laquelle s'exerce le pouvoir d'Etat car c'est lui qui détermine le cadre de la compétence *ratione loci* de l'Etat sur sa population. Relèvent en effet de l'autorité de l'Etat tous ceux qui, nationaux ou internationaux, vivent sur son territoire.

Les seules exceptions concernent:

- **les missions diplomatiques** dans les Etats étrangers qui sont des portions du territoire de l'Etat représenté, ce qui explique leur statut d'inviolabilité;
- **les exclusions de souveraineté de l'Etat** sur certaines portions de son territoire sanctionnant souvent un Etat vaincu ⁽²⁶⁾.
- **les abandons exprès de souveraineté** faisant suite à un accord avec un autre Etat ⁽²⁷⁾.

II. LE TERRITOIRE : UNE LIMITE DE L'AUTORITE DE L'ETAT

Le territoire est la circonscription à l'intérieur de laquelle s'exerce la puissance de l'Etat. Il détermine la limite matérielle de l'action des gouvernants. Il permet à l'Etat de protéger son indépendance en fixant les frontières derrière lesquelles il pourra plus efficacement se défendre contre les agressions extérieures.

²⁴ Le droit international exige une "occupation effective" même si, en fonction du contexte géographique ou topographique, elle est minimale.

²⁵ Au 19^e siècle une certaine étendue suffisante inspirée de l'homogénéité de territoire des Etats européens était exigée. Cette exigence est actuellement réduite à néant avec l'apparition des "micro Etats". Ex Nauru (atoll de la Polynésie) s'étend sur 21 kms carré, les comores sur 1862 kms par opposition à l'ancienne URSS avec ses 22.500.000 Kms², aux Etats-Unis 9.529.063 kms ou l'Inde 3.166.414 kms. En droit tous les Etats sont égaux quelle que soit leur l'étendue territoriale.

²⁶ Le cas de Berlin en 1945 ou bien la zone d'exclusion qui frappe le sud de l'Irak prononcée à titre de sanction en 1992.

²⁷ Il en est ainsi par exemple de la souveraineté exercée par les Etats-Unis sur le canal du Panama.

B. La délimitation du territoire

La délimitation des frontières n'a pas toujours été de tout repos. Les problèmes de frontière ne sont pas tous résolus car de nombreux conflits existent encore dans le monde contemporain sans parler des bouleversements qui se produisent actuellement à l'Est.

Des frontières sont contestées ⁽²⁸⁾, des territoires revendiqués ⁽²⁹⁾.

I. L'opération de délimitation

Le territoire de l'Etat est délimité par une frontière qui est une ligne déterminant l'étendue et les limites de la sphère géographique d'Etats voisins. Le droit n'impose aucune technique particulière pour l'établissement de la frontière. Celle-ci peut être tracée par négociation, règlement unilatéral ou collectif à la suite d'une guerre, ou en vertu d'une règle coutumière ou d'un règlement juridictionnel ou arbitral et parfait par un accord conventionnel ⁽³⁰⁾.

Pratiquement l'opération de détermination de la ligne de frontière se décompose en plusieurs phases:

- **la phase de délimitation** qui est une opération juridique et politique fixant l'étendue spatiale du ou des pouvoirs étatiques.

- **la démarcation** qui est une opération technique d'exécution reportant sur le sol les termes d'une délimitation établie.

- **l'abornement** qui est une opération matérialisant la frontière sur le terrain par des repères convenus (bornes, piquets, barbelées, etc).

II. L'étendue du territoire

Le territoire de l'Etat est terrestre, maritime et aérien.

a. Le territoire terrestre

Il concerne le sol sur lequel est établie la population de l'Etat. Pour la détermination de ses frontières, l'Etat peut s'appuyer sur des données naturelles ou artificielles.

1. Les frontières naturelles

La théorie des "frontières naturelles" naquit sous la monarchie (Louis XIV) et a acquis ses lettres de noblesse avec Richelieu. Fondée sur le déterminisme, elle considère que le territoire de chaque Etat aurait été naturellement "pré-dessiné" ou "déterminée" par Dieu ou la nature

²⁸ Irak-Koweït; Lybie-Tchad, etc.

²⁹ Malouines entre l'Argentine et la Grande Bretagne; les Iles Kouriles entre le Japon et la Russie; le Cachemire entre l'Inde et le Pakistan, etc.

³⁰ La règle de l'uti possidetis ou le respect des frontières héritées de la colonisation a été retenue comme principe politique de délimitation de la frontière par les Etats membres de l'OUA.

Théorie constitutionnelle

(lacs, fleuves, montagnes ou mer). En conséquence, la lecture d'une carte géographique suffirait à elle seule pour constater l'existence d'un Etat.

La théorie des frontières naturelles peut être d'un intérêt stratégique ou économique mais elle est sans aucune pertinence juridique. Elle a toujours été invoquée dans un sens unilatéral pour servir des idéologies expansionnistes ou impérialistes. En réalité aucun Etat n'a eu de frontières naturelles parfaites d'autant plus que la pratique montre l'existence de territoires écartelés ⁽³¹⁾.

2. Les frontières artificielles

En dehors des éléments naturels, les frontières peuvent être délimitées de diverses façons: par **accord** entre les Etats, par **acquisition** (Louisiane) ou encore à l'aide de **lignes artificielles** comme les parallèles (ex le 38^e parallèle séparant les deux Corées.).

b. Le territoire maritime

La mer pose beaucoup de problèmes en raison des richesses qu'elle peut contenir et dont l'Etat riverain veut se réserver l'exploitation. Beaucoup de conflits sur le territoire maritime trouvent leur source dans les enjeux économiques des zones litigieuses ⁽³²⁾.

L'Etat exerce les compétences identiques à celles qu'il déploie sur le territoire terrestre sur une partie de l'espace maritime qui est un véritable territoire immergé.

Le territoire maritime comprend :

1. Les eaux intérieures

Elles correspondent aux eaux qui baignent les côtes de l'Etat. Elles intègrent les ports, les rades, les havres, les échancrures des cotes très découpées et les baies historiques.

Les eaux intérieures sont assimilées au territoire terrestre de l'Etat qui y exerce une souveraineté plénière.

2. La mer territoriale

La mer territoriale est constituée par la zone maritime adjacente aux eaux intérieures sur laquelle s'étend la souveraineté de l'Etat. Initialement fixée à 3 mille marins ⁽³³⁾, les limites de la mer territoriale sont fixées par les Etats sur une zone allant de 12 à 200 milles marins. L'Etat côtier y exerce des compétences exclusives tant au point de vue économique (pêche, exploitation des ressources minérales) qu'en matière de police (navigation, douane, santé publique, protection de l'environnement, sécurité).

3. La zone contiguë

³¹ Il en est ainsi par exemple de l'Alaska et de Hawaï qui sont physiquement séparés des Etats-Unis ou de l'Angola et du Cabinda etc.

³² Voir les conflits Sénégal et Guinée Bissau; pêcheurs français et espagnols, etc.

³³ C'est la règle dite de "la portée de canon".

Théorie constitutionnelle

La zone contiguë est une zone intermédiaire entre la mer territoriale et la haute mer. Elle ne relève pas de la souveraineté territoriale de l'Etat côtier qui n'y exerce pas sa juridiction, ni même des "droits souverains". Toutefois l'Etat y exerce des compétences liées à la prévention des infractions à ses lois et ses règlements douaniers, fiscaux, sanitaires ou d'immigration et la répression des infractions à ces mêmes lois et règlements commises sur son territoire ou sa mer territoriale.

4. La zone économique exclusive

Elle s'étend sur de vastes espaces marins adjacents à la mer territoriale sur lesquels l'Etat exerce des "droits souverains" d'exploration et d'exploitation des ressources économiques dans le respect des droits et libertés de navigation, de survol ou de poser des câbles et pipelines sous-marins reconnus aux autres Etats.

5. Le plateau continental

Il comprend le lit de la mer et le sous-sol des régions sous marines adjacents aux côtes mais situés en dehors de la mer territoriale jusqu'à une profondeur de 200 mètres ou, au delà de cette limite jusqu'au point où la profondeur des eaux sus-jacentes permet l'exploitation des ressources naturelles des dites régions. L'Etat côtier dispose d'une juridiction exclusive sur son plateau l'autorisant à s'approprier toutes ses ressources biologiques et minérales sans porter atteinte à la liberté de navigation sur les eaux sus-jacentes.

c. Le territoire aérien

La souveraineté de l'Etat concerne également l'espace aérien qui surplombe les territoires terrestres et ses eaux territoriales adjacents en dehors de l'espace extra-atmosphérique, c'est-à-dire jusqu'à l'altitude à laquelle l'Etat peut se défendre (environ 80 km).

Paragraphe III : Le pouvoir d'Etat

La rencontre d'une population et d'un territoire ne débouche pas ipso facto sur l'existence d'un Etat. La matérialité de l'Etat est conditionnée par l'existence d'un pouvoir politique exercé sur cette population et sur ce territoire. Le pouvoir est en effet l'élément essentiel de l'Etat. Il garantit son efficacité tout en assurant sa cohésion et sa continuité juridique dans le temps et l'espace.

Le pouvoir est en soi un phénomène d'autorité inhérent à la vie en société. Il présente des caractères spécifiques s'agissant du pouvoir d'Etat.

A. LA SIGNIFICATION DU POUVOIR POLITIQUE

Le pouvoir est une énergie particulière qui permet à son détenteur de prévoir, impulser, décider, coordonner les activités des individus et groupes placés sous son autorité. Le pouvoir connu une évolution avant d'avoir ses traits permanents.

I. L'EVOLUTION DU POUVOIR POLITIQUE

Théorie constitutionnelle

Le pouvoir est le fruit d'un long processus historique. A l'origine, il était diffus, ensuite personnel avant de devenir institutionnel.

a. Le pouvoir diffus

Il correspond à la forme primitive du pouvoir antérieur à l'apparition des formes organisationnelles des sociétés humaines. Le pouvoir diffus n'était pas confié à un titulaire physiquement identifié mais était dispersé dans la communauté. Tout le monde commande et obéit en même temps. Invisible, le pouvoir était néanmoins présent en ce sens que des mécanismes de sanction existaient. Ils pouvaient être déclenchés automatiquement en cas de violation. Des sanctions pécuniaires (amendes), morales (réprobation), l'exclusion du groupe etc. punissaient les infractions aux règles sociales.

b. Le pouvoir personnel

Le pouvoir personnel ou individuel repose sur des rapports personnels entre le souverain et ses sujets. Le pouvoir s'incarne dans la personne de son détenteur respecté pour ses vertus personnelles: sa force physique, son prestige naturel, sa puissance matérielle ou occulte etc. L'inconvénient du pouvoir personnel est qu'il survit difficilement à la cessation des fonctions du chef en place et engendre inévitablement des guerres de succession.

Le pouvoir personnel doit être distingué du pouvoir personnalisé. La personnalisation du pouvoir est un phénomène qu'on retrouve dans les démocraties contemporaines qui trouve son fondement dans la concentration du pouvoir entre les mains d'une autorité institutionnelle et l'identification sociale du pouvoir à son détenteur.

c. Le pouvoir institutionnalisé

Le pouvoir est dit institutionnalisé lorsqu'il est dissocié de la personne de son détenteur pour se reporter sur une entité abstraite qui lui sert de support. Le pouvoir existe en lui-même, indépendamment de ses agents (³⁴). Il se déploie conformément à des règles générales, impersonnelles et objectives qui déterminent son mode d'acquisition et ses conditions d'exercice.

La dissociation du pouvoir avec les individus qui en assument momentanément la charge garantit ainsi sa continuité dans le temps. Le pouvoir se distingue désormais de ses agents d'exercice qui ne sont que ses dépositaires provisoires.

II. LES TRAITS PERMANENTS DU POUVOIR

Le pouvoir implique une double relation de commandement et d'obéissance par là même une différenciation entre ceux qui commandent et ceux qui sont commandés.

a. La relation de commandement

Le pouvoir dispose de la capacité de commander à ses membres et de sanctionner légitimement ses ordres par la force. Il permet ainsi à ses détenteurs de prescrire unilatéralement

³⁴ Bossuet traduit l'institutionnalisation du pouvoir lorsqu'il écrivait dans sa "Politique tirée des propres paroles de l'Écriture sainte": "O princes, vous mourrez, mais votre Etat doit être immortel."

Théorie constitutionnelle

des normes de conduite à l'intention des gouvernés qui sont tenus de s'y plier. Il peut ne pas être tenu compte dans l'exercice du pouvoir du consentement préalable des destinataires de la décision arrêtée par les gouvernants.

Ce pouvoir pour être efficace doit être assorti de mécanismes de sanction permettant de faire prévaloir la volonté de ceux qui commandent. La relation de commandement n'est pas propre au pouvoir d'Etat. On la retrouve dans toutes les organisations sociales mais la mise en œuvre d'un appareil spécialisé de contrainte (armée, police, gendarmerie) permet de distinguer le pouvoir politique de celui des autres organisations sociales qui ont des systèmes de sanction et des moyens de contrainte différents.

b. La relation d'obéissance

Le commandement a pour contrepartie l'obéissance des gouvernés qui est conditionnée par la légitimité du pouvoir. La légitimité est une notion sociologique et non juridique. Elle prend en considération l'acceptation de l'autorité par ceux qui en sont soumis. La légitimité est le caractère de ce qui est conforme aux valeurs et croyances auxquelles se réfère le pouvoir. Elle fournit le fondement ou la justification de l'autorité des gouvernants.

Max Weber distingue trois types de légitimité: traditionnelle, charismatique et légale-rationnelle.

- **la légitimité traditionnelle:** se fonde sur l'existence de rapports de nature contractuelle entre le chef et ses gouvernés. Le gouvernant est obéi en vertu de la coutume ou d'une autorité ancestrale.

- **la légitimité charismatique:** se manifeste par l'obéissance à un chef auquel les gouvernés sont dévoués; c'est la confiance aveugle en un personnage exceptionnel

- **la légitimité légale-rationnelle** repose sur la conformité du pouvoir au droit en vigueur

B. Les caractères spécifiques du pouvoir d'état

Le pouvoir d'Etat est irréductible aux autres pouvoirs. Il est en effet civil et temporel d'une part et exclusif d'autre part.

I. UN POUVOIR CIVIL ET TEMPOREL

Le pouvoir d'Etat est un pouvoir civil et un pouvoir temporel.

a. Le pouvoir d'Etat est un pouvoir civil

Ce caractère spécifique est fondé sur le principe de la séparation des autorités civiles et militaires. Le pouvoir civil, organisé pour la paix, est exercé par un personnel civil contrairement au pouvoir militaire qui est un pouvoir de guerre orienté vers la défense du pays.

Les autorités militaires sont dès lors séparées des autorités civiles auxquelles elles sont subordonnées. C'est ainsi que le chef de l'Etat, autorité civile, est investi du titre de chef des armées.

Cette séparation est assurée grâce à un double cantonnement de l'armée :

- **un cantonnement territorial** dans les casernes

- **un cantonnement juridique** aux tâches de défense nationale.

b. Le pouvoir d'Etat est un pouvoir temporel

Les rapports entre le pouvoir d'Etat et le pouvoir religieux s'intègrent dans le cadre général de la laïcité de l'Etat (³⁵). Celle-ci implique une séparation entre le pouvoir temporel et le pouvoir religieux et le respect réciproque de la sphère d'action de chaque pouvoir.

La laïcité qui "la plus grande conquête des temps modernes, selon GUIZOT signifie que l'Etat n'est "ni religieux, ni antireligieux mais areligieux" (Aristide Briand). Il doit en conséquence observer une attitude de neutralité en considérant le religieux comme relevant de la conscience individuelle, dès lors que ses manifestations ne troublent pas l'ordre public.

II. UN POUVOIR EXCLUSIF

Le pouvoir d'Etat a le double monopole de l'édiction des règles de droit et de la contrainte organisée.

a. Le monopole de l'édiction des règles de droit

L'Etat n'est pas seul à créer ainsi des règles de droit. Le pouvoir normatif existe dans toutes les organisations sociales: société, syndicats, associations, etc. Toutefois le droit de l'Etat est au-dessus des autres règles juridiques qui dérivent toutes des règles édictées par l'Etat.

C'est à l'Etat, gardien de l'intérêt général et garant de l'ordre public, d'orienter et de limiter au besoin le droit des autres acteurs sociaux. Il lui revient d'arbitrer en définitive les litiges pouvant éventuellement résulter des difficultés d'exécution de leur commerce juridique. Les autres acteurs juridiques n'ont pas le droit de se faire justice mais doivent recourir à l'Etat pour obtenir le respect des règles de droit qu'ils ont forgées entre eux.

Si l'Etat n'a pas le monopole du pouvoir normatif, il dispose de la prérogative de commander et de se faire obéir. "Pouvoir de droit" (Ihering), l'Etat est, dans sa sphère territoriale, la seule entité à pouvoir fixer des règles de comportement et à en imposer le respect à leurs destinataires.

b. Le monopole de la contrainte organisée

L'Etat détient le monopole du pouvoir de coercition qui lui permet de faire exécuter ses décisions et de les faire prévaloir sur les autres décisions. Il a le pouvoir de demander unilatéralement des prestations ou abstentions aux individus vivant sur son territoire et de contraindre les gouvernés à s'exécuter par la force si besoin est.

L'existence d'un pouvoir de contrainte est un élément capital de la définition de l'Etat. Ce pouvoir est exclusif. L'Etat ne saurait tolérer sur son territoire des forces armées concurrentes, des contre-pouvoirs sans mettre en péril son existence.

L'Etat détient enfin un système de sanctions organisées plus perfectionné que celui des autres organisations sociales. Le caractère organisé de la contrainte apparaît à travers l'existence d'un système judiciaire assorti de garanties judiciaires et d'un appareil répressif pour sanctionner les infractions à sa loi.

³⁵ Le principe de la laïcité a été posé par le Christ en ces termes: "Mon royaume n'est pas de ce monde. Rendez à César ce qui est à César et à Dieu ce qui est à Dieu".

SECTION II : LES ATTRIBUTS JURIDIQUES DE L'ETAT

Les éléments sociologiques de l'Etat sont relativement contingents en ce sens qu'ils peuvent varier dans le temps et dans l'espace. Toutefois cette instabilité sociologique relative occulte une permanence et une pérennité de l'Etat que lui procurent ses attributs juridiques: à savoir sa personnalité juridique et sa souveraineté.

Paragraphe I : La personnalité juridique

Œuvre humaine, l'Etat est une entité dotée d'une existence empirique distincte de celle des individus qui le composent ou des gouvernants qui expriment sa volonté. Afin d'assurer sa continuité et d'en faire un centre de décisions, l'Etat est érigé en personne juridique. La personnalité juridique lui confère une existence juridique comparable à celle des personnes physiques tout en lui offrant les mêmes possibilités d'action ³⁶.

A. Le fondement de la personnalité juridique

La personnalité juridique est une qualité qui s'attache aux personnes physiques et morales. Elle leur confère la capacité d'être des titulaires de droits et d'obligations qui leur permettent de participer au commerce juridique en prenant des actes, en détenant un patrimoine composé de biens propres, en gérant un budget ou en étant en justice.

L'Etat est selon Carré de Malberg " un être de droit en qui se résume abstraitement la collectivité nationale." Cet être de droit, et non de chair et de sang, porte le nom de personne morale par opposition à la personne physique.

La personnalité morale qui est une fiction juridique permet d'ériger l'Etat en centre de droits et de responsabilités susceptible de s'obliger ou de se voir traduire en justice. Il est doté d'une vie propre et indépendante des volontés individuelles de tous ses membres. On lui reconnaît ainsi une capacité juridique lui conférant le pouvoir de vouloir et d'agir au nom de la collectivité et donc de participer au même titre qu'une personne physique au commerce juridique. Cette personnalité juridique lui permet ainsi de prendre en charge de façon permanente les intérêts de la nation qu'il "personnifie juridiquement".

La personnalité juridique de l'Etat découle de l'institutionnalisation du pouvoir. L'Etat, personne juridique, ne doit pas être confondu avec ses autorités qui l'incarnent et qui tirent leurs compétences de l'Etat. Les autorités étatiques ne sont pas propriétaires des fonctions qui leur sont confiées mais en sont les délégués car elles les exercent au nom et pour le compte de l'Etat.

La personnification permet d'imputer à l'Etat les effets de droit qui résultent de l'activité des personnes physiques qui l'incarnent. La responsabilité des agissements de ses agents d'exercice commis dans l'exercice des missions qui leur sont confiées lui est imputée. Inversement les gouvernés obéissent à l'Etat en exécutant les décisions prises par les autorités et non aux individus qui ne font qu'exercer des fonctions publiques.

B. LES CONSEQUENCES DE LA PERSONNALITE JURIDIQUE

La reconnaissance de la personnalité juridique à l'Etat présente des avantages certains.

³⁶ Au demeurant l'Etat est la première personne juridique et de loin la plus importante de toutes les autres personnes vivant sur son territoire.

- **La personnalité juridique confère à l'Etat tous les droits et de toutes les obligations d'un sujet de droit.** L'Etat peut posséder des biens, contracter des dettes, gérer des services, entretenir une armée, une police, des tribunaux. Pour faire face à ses charges financières, il dispose de ressources qu'il tire de son domaine ou de ses impôts. Ces ressources et dépenses figurent dans son budget. L'Etat ne peut jouir d'un patrimoine pour accomplir sa mission que parce qu'il est considéré comme une personne juridique.

- **La personnalité assure l'unité de l'Etat dans l'espace ainsi que sa permanence et sa continuité dans le temps.** L'Etat survit aussi bien à ses dirigeants éphémères qu'aux générations qui se succèdent. Il est permanent car les changements qui surviennent dans sa composition ou sa direction n'affectent ni son existence, ni la durée de ses décisions. Les lois d'une Assemblée ou les décrets d'un Président de la République survivent aux gouvernants qui en ont pris l'initiative.

- **Elle permet d'assurer le fonctionnement continu des pouvoirs nécessaires à la sécurité du commerce juridique national et international.** Par exemple la continuité de l'Etat est assurée même si le chef d'Etat en fonction n'est plus reconduit à la magistrature suprême. Il reste en place jusqu'à l'investiture de son successeur. Il n'y a pas de temps mort par définition³⁷. De même, un traité continue d'engager l'Etat alors que son signataire n'est plus en place. Cette continuité est parfois niée. Le problème s'était posé lorsque le régime communiste a renversé le Tsar de Russie⁽³⁸⁾.

- **En droit international, elle est le fondement de l'égalité entre les Etats.** Si tous les Etats sont matériellement différents il reste qu'ils sont juridiquement égaux. Le droit international ne prend en compte les Etats qu'en tant que personnes morales et non en tant que détenteurs de puissance.

Si la personnalité juridique n'est pas exclusive à l'Etat, il en est autrement du second attribut juridique, c'est-à-dire la souveraineté, lui appartient en propre.

PARAGRAPHE II : LA SOUVERAINETE

La souveraineté est une caractéristique essentielle de l'Etat dont elle est une condition nécessaire et suffisante d'existence.

La souveraineté est définie par **Laferrière** comme un **pouvoir de droit initial, inconditionné et suprême**. Il indique par là que l'Etat ne tient son pouvoir que de lui même, qu'il est fondé sur le droit et qu'il n'a pas d'égal, ne relève d'aucun autre et ne reconnaît aucun pouvoir qui lui soit supérieur ou concurrent. Attribut juridique de l'Etat, la souveraineté traduit son indépendance et justifie les droits régaliens qui lui permettent de s'organiser librement sans aucune ingérence d'un autre pouvoir.

La souveraineté peut être envisagée sous deux angles : elle peut être interne, c'est-à-dire tournée vers la communauté nationale, ou externe, c'est-à-dire tournée vers la communauté internationale.

A. LA SOUVERAINETE INTERNE

³⁷ Sous la monarchie cette continuité était traduite par la formule "Le Roi est mort, Vive Le Roi".

³⁸ L'Affaire des emprunts russes: emprunts d'Etat (toujours exigibles) ou du gouvernement (tsariste), éteints par la Révolution d'Octobre.

Théorie constitutionnelle

Dans sa sphère territoriale, l'Etat jouit d'une supériorité absolue non seulement sur les individus, mais aussi sur les groupements publics ou privés vivant à l'intérieur de son territoire. On dit qu'il est investi de la puissance publique qui lui donne le pouvoir d'imposer sa volonté à tous ses sujets.

Cette puissance originaire de domination permet de le distinguer des autres collectivités publiques, car l'Etat seul dispose de la faculté de s'organiser comme il l'entend et d'organiser les groupements humains qui lui sont subordonnés. Sa liberté est totale. Il n'a pas de rivaux. Il détient l'exclusivité des pouvoirs dits de puissance publique qui l'autorisent à intervenir quand il veut, où il veut, comme il veut.

Ce pouvoir de domination se double d'un pouvoir d'organisation originaire et illimité. Il peut poser des normes sans se soucier d'autres règles extérieures à lui. Il détermine lui-même ses propres compétences et ses propres règles fondamentales. Il fonde et délimite l'ordre juridique national. Il se donne sa propre Constitution, détermine librement sa forme d'organisation politique. C'est ce que traduit Jellinek (juriste allemand du début du siècle) en disant que l'Etat a la compétence de ses compétences.

Toutefois l'Etat est tenu par les règles de droit qu'il a lui-même posées. Il doit respecter le droit. Il peut changer les règles en vigueur (réviser la Constitution ou abroger la loi) mais il ne peut le faire qu'en appliquant les règles qu'il a lui-même décidées à l'avance pour effectuer ces changements.

B. LA SOUVERAINETE EXTERNE

La souveraineté a aussi un aspect externe tourné vers la société internationale. Critère de l'Etat en droit international, la souveraineté externe également appelée souveraineté de l'Etat ou souveraineté internationale, se traduit par son affranchissement de toute forme de domination dans le commerce juridique international.

La souveraineté ne signifie toutefois pas que l'Etat peut s'affranchir des règles de droit international. Au contraire, il n'est souverain que s'il est soumis directement et immédiatement au droit international.

I. UN CRITERE JURIDIQUE DE L'ETAT

La souveraineté est à la fois le fondement de la compétence internationale et de l'indépendance de l'Etat.

a) Un fondement de la compétence internationale de l'Etat

On entend par compétence internationale le "pouvoir juridique conféré ou reconnu par le droit international à un Etat de connaître d'une affaire, de prendre une décision, de régler un différend"³⁹. Elle lui confère une aptitude juridique lui permettant d'agir ou de ne pas agir, d'agir dans un sens ou dans un autre, de légiférer sur certaines matières, de prendre un acte ou d'accomplir une opération. L'Etat est la seule entité jouissant de la plénitude de la souveraineté en droit international (⁴⁰).

³⁹ Dictionnaire de la Terminologie du droit international, Sirey, 1960, p.132

⁴⁰ Les Etats fédérés ou les Etats intégrés ou les Etats sous protectorat perdent leur statut d'Etat au regard du droit international.

Théorie constitutionnelle

L'Etat se voit reconnaître un domaine dans lequel il jouit d'une compétence de principe qui échappe à l'autorité de tout autre sujet de droit et qu'il exerce d'une manière discrétionnaire et absolue. La souveraineté fait de l'Etat un sujet immédiat de droit international, titulaire et obligataire de droits, capable de s'obliger soit par la conclusion de conventions internationales soit par l'adoption d'un fait opposable.

b) Un fondement de l'indépendance de l'Etat

La souveraineté confère à l'Etat un droit à l'autonomie de décision. Il n'est soumis à aucun pouvoir politique de décision supérieur. Au contraire, il n'est tenu d'obéir qu'aux seules décisions et règles qu'il s'est imposé.

Au plan interne, il dispose d'une liberté absolue pour définir son régime constitutionnel ou régir les domaines politique, économique, culturel et social de son pays.

Dans ses relations avec les autres sujets de droit international, il jouit d'une indépendance complète qui est la condition de la souveraineté. Il n'est assujetti à aucun Etat ni soumis à aucune obligation qu'il n'ait librement souscrite.

B. LES CONSEQUENCES DE LA SOUVERAINETE DE L'ETAT

De la souveraineté externe de l'Etat découlent deux principes fondamentaux de droit international : l'égalité des Etats et la non-ingérence d'un Etat dans les affaires intérieures d'un autre Etat.

a) Le principe de l'égalité des Etats

L'égalité souveraine des Etats est un principe fondamental du droit international. Il trouve son fondement dans l'article 2, paragraphe I de la Charte de l'ONU. Ce principe signifie que les Etats ne sont subordonnés à aucune autorité nationale ou internationale. Ils sont juridiquement égaux entre eux en droits et en devoirs.

b) Le principe de la non-ingérence

Le principe de la non-ingérence ou de la non-intervention signifie le droit de chaque Etat de jouir souverainement de l'exclusivité de ses prérogatives dans les domaines relevant de ses compétences internes. Nulle autorité ne peut se prévaloir d'un titre juridique quelconque pour intervenir ou agir dans sa sphère de compétence. Les Etats doivent en particulier s'abstenir de s'immiscer aussi bien dans la conduite des relations internationales que dans celles des affaires intérieures d'un autre Etat.

CHAPITRE II: LES FORMES D'ETAT

L'Etat peut se présenter sous deux aspects principaux. Il peut être structuré sous une forme unitaire ou composée.

SECTION I : L'ETAT UNITAIRE

La structure unitaire ou simple est la forme d'Etat la plus répandue car la plupart des Etats sont organisés selon le modèle unitaire: Mali, Sénégal, France, Espagne, etc.

PARAGRAPHE I : LES CARACTERES DE L'ETAT UNITAIRE.

L'Etat unitaire s'articule autour du principe de l'unité. Le pouvoir au sein de la sphère étatique procède "d'un centre d'impulsion unique" (Burdeau): l'Etat lui-même qui est le seul centre de décision et d'animation. L'Etat est en quelque sorte, "le maître des lieux" sur son territoire et sa population. Il transmet sa volonté uniformément sur tout son territoire et sur toute sa population qui est soumise à un même et unique pouvoir.

Deux traits caractérisent dès lors l'Etat unitaire: la simplicité organisationnelle et la cohésion de l'élément humain.

A. LA SIMPLICITE ORGANISATIONNELLE

L'Etat unitaire ne partage pas sa souveraineté avec une quelconque entité vivant sur son territoire qui est considéré comme un tout indifférencié uniforme et homogène sur lequel vient se projeter son autorité. A travers son appareil il investit, structure, quadrille et recrée ce territoire en espaces administratifs correspondant à des circonscriptions administratives locales qui constituent les cadres d'application des politiques nationales.

Il en résulte que l'Etat est un dans sa structure avec une organisation unique qui ne comporte qu'un seul appareil de politique qui satisfait à toutes les fonctions étatiques. L'appareil d'Etat est unique. Il est constitué d'un seul exécutif, d'un seul parlement, d'une seule organisation juridictionnelle et d'un seul ordonnancement juridique dont le ressort s'étend sans différenciation à l'ensemble du territoire.

En conséquence, il n'existe qu'une seule organisation politique et juridique incarnée par un seul centre d'impulsion doté de la plénitude de sa souveraineté et exprimant sa volonté uniforme pour toutes les parties du territoire. Le pouvoir politique dans l'Etat unitaire appartient aux seules autorités mises en place par la Constitution.

L'Etat peut créer des collectivités secondaires auxquelles il peut attribuer plus ou moins de compétences. Seulement ces collectivités lui sont subordonnées. Elles doivent leur existence à la "loi étatique" qui peut les transformer ou même à la limite les supprimer. Le modèle unitaire est essentiellement vertical en raison de la hiérarchisation des rapports juridiques que l'Etat entretient avec les collectivités infra-étatiques.

B. LA COHESION DE L'ELEMENT HUMAIN

L'Etat est un dans son élément humain. Il étend ses tentacules sur tout son territoire sans que se trouvent admises des différences entre les personnes soumises à sa juridiction. Ses

Théorie constitutionnelle

décisions obligent tout le monde conduisant ainsi à une "homogénéité du pouvoir" dans le cadre d'une collectivité unifiée, prise globalement.

L'uniformité d'action garantit ainsi la cohésion de l'élément humain car elle procède à une agrégation d'une population bien intégrée dont les particularismes locaux sont émoussés par une solidarité ancienne.

PARAGRAPHE II :L' AGENCEMENT DES STRUCTURES DE L'ETAT UNITAIRE

L'Etat unitaire connaît des divisions territoriales qui apparaissent comme autant de relais entre la population et le pouvoir central. La construction juridique de son espace administratif peut alors emprunter des formes variables.

Dans certains cas, l'Etat unitaire peut confier au pouvoir central la direction de l'ensemble des affaires nationales et locales. A ce procédé correspond la centralisation.

Dans d'autres cas, l'Etat peut partager la gestion des affaires publiques en créant des collectivités locales dotées de la personnalité juridique auxquelles sera confiée la gestion des affaires locales ou particulières à des personnes publiques; l'Etat se réservant les affaires nationales. A ce procédé correspond la décentralisation.

La centralisation et la décentralisation posent le problème du partage de la gestion des affaires publiques entre l'Etat et les collectivités qui lui sont subordonnées (⁴¹).

A. LA CENTRALISATION

La centralisation est un procédé qui consiste à confier la gestion des affaires publiques au pouvoir central.

I. LE PROCEDE DE LA CENTRALISATION

Dans la centralisation tous les problèmes nationaux ou locaux sont pris en charge par le centre qui ne reconnaît aucune capacité juridique à la périphérie. L'Etat est la seule personne publique à caractère territorial dans son territoire. Il n'existe pas d'autres collectivités locales (communes, communautés rurales etc.) pouvant prendre ne charge les problèmes spécifiques à

⁴¹ La centralisation et la décentralisation doivent dès lors être distinguées de la concentration et de la déconcentration du pouvoir qui posent le problème de la localisation du pouvoir de décision au sein d'une entité donnée.

Dans la concentration tout se décide au sommet des services centraux. Les services locaux ne sont que des « boîtes à lettres » ou des « courroies de transmission » entre le sommet et la base. Ils ne font que transmettre les doléances de la base et recevoir des ordres à exécuter.

Dans la déconcentration le pouvoir ne s'exerce plus depuis la capitale, mais sur place. Elle consiste à confier d'importants pouvoirs de décision à des agents du pouvoir central placés à la tête des circonscriptions administratives. Elle repose sur le partage du pouvoir décisionnel entre les autorités centrales et leurs représentants locaux qui sont nommés par le centre dont elles dépendent et sont les délégués. Au Sénégal les autorités locales déconcentrées sont les Gouverneurs, Préfets, Sous-Préfets.

Odilon Barrot disait de la déconcentration au 19^e siècle: "C'est le même marteau qui frappe, mais on en a raccourci le manche".

Napoléon III voit dans la déconcentration cet avantage: "On peut gouverner de loin, mais on n'administre bien que de près".

Théorie constitutionnelle

une localité déterminée. En conséquence, l'Etat assure seul sur son budget, par ses agents, la satisfaction des besoins d'intérêt national à travers ses services centraux confiant aux antennes locales de ces services la résolution des questions d'intérêt local.

La centralisation n'est pas incompatible avec le découpage territorial en circonscriptions. Celles-ci peuvent exister mais ne disposent d'aucune volonté qui leur soit propre. Elles ne sont que de simples courroies de transmission d'une volonté unique qui part du centre de l'Etat et se transmet jusqu'aux parties les plus reculées du territoire national.

II. LA VALEUR DU PROCEDE

La centralisation présente des avantages qui sont toutefois moindres que ses inconvénients.

a) Les avantages de la centralisation

La centralisation est un système de gouvernement qui permet à l'Etat central de soumettre toute sa population et toutes les parties de son territoire à un traitement égalitaire. En effet la politique définie au centre est appliquée de manière uniforme même dans les coins les plus reculés du pays. Ce procédé permet ainsi de consolider l'unité nationale pouvant être menacée de toute part par des particularismes régionaux ou tribaux.

Il s'y ajoute un traitement égalitaire de toutes les parcelles du territoire national introduisant ainsi un facteur d'ordre et de cohérence dans la gestion des affaires publiques.

b) Les inconvénients de la centralisation

La centralisation étouffe les libertés locales. Elle ne renforce pas la légitimité de l'Etat à partir du moment où elle exclut la participation des populations locales à la gestion des affaires les concernant ou à l'élaboration de la politique nationale.

En outre, elle rend la solution des affaires publiques inévitablement lente et rigide, le pouvoir central étant encombré dès lors où tout se décide au sommet.

Les décisions prises par le centre ne sont pas toujours adaptées car les autorités investies du pouvoir décisionnel étant regroupées dans la capitale ne peuvent connaître à fond les questions qui leur sont soumises pour adapter leurs décisions aux circonstances locales.

B. LA DECENTRALISATION

La décentralisation est le procédé inverse. Elle consiste à transférer la gestion des affaires locales à des collectivités autonomes et élues.

Dans la décentralisation, l'Etat n'est plus la seule personne publique. Au contraire il cohabite avec d'autres personnes publiques infra-étatiques qui sont autant de centres de décisions et d'appareils autonomes (⁴²).

⁴² La décentralisation peut se faire sur une base territoriale ou technique.

La décentralisation territoriale ou horizontale s'opère sur une base géographique. Elle consiste à individualiser une collectivité humaine circonscrite sur une portion du territoire nationale et à lui confier la gestion des affaires locales. Elle aboutit à la création de collectivités locales qui sont des personnes publiques à caractère territoriales. Conformément à la loi n° 95-034/AN-RM du 12 avril 1995 portant Code des collectivités territoriales, les collectivités territoriales décentralisées sont la région, le cercle et la

Théorie constitutionnelle

La décentralisation repose sur un partage des pouvoirs entre l'Etat qui prend en charge les affaires nationales et les collectivités décentralisées auxquelles est confiée la gestion des affaires purement locales.

I. LES CONDITIONS DE LA DECENTRALISATION

La décentralisation repose sur trois conditions cumulatives:

- l'existence d'intérêts individualisés,
- la personnalité juridique,
- L'existence d'autorités propres.

a) L'individualisation des intérêts

La décentralisation suppose une individualisation objective des intérêts pris en charge par la collectivité décentralisée. Ce critère repose sur une distinction, parmi la masse des besoins auxquels l'Etat doit pourvoir entre ceux des besoins qui intéressent l'ensemble de la nation et ceux qui sont particuliers à une collectivité.

La consécration d'affaires locales distinctes des affaires nationales est une donnée première de la décentralisation. Elle est le fondement du principe de la spécialité des collectivités locales.

La notion d'affaires locales est une notion résiduelle. Elle est déterminée par la loi soit par voie d'une clause générale de compétence soit selon une méthode énumérative établissant le domaine d'intervention des collectivités décentralisées.

b) La personnalisation juridique

La personnalité juridique permet aux collectivités locales d'exister indépendamment de l'Etat. Elle leur garantit une participation au commerce juridique en étant des sujets de droits et d'obligations. Les collectivités décentralisées sont ainsi dotées de moyens humains, matériels et financiers distincts de ceux de l'Etat afin de leur permettre de fonctionner de manière autonome.

Toutefois l'autonomie ne signifie pas l'indépendance. Ces collectivités sont créées par la loi de l'Etat qui s'arroge d'un droit de regard sur leurs activités. Le contrôle aménagé à cet effet est souple car devant tenir compte des particularités de la décentralisation. Il s'agit du contrôle de tutelle qui est un contrôle de droit traduit par cette formule "Pas de tutelle sans texte; pas de tutelle au delà du texte".

c) L'existence d'autorités propres

Alors que la personnalité constitue le critère juridique de la décentralisation, l'existence d'autorités locales autonomes traduit la réalité politique de la décentralisation. Elle suppose que

commune qui peut être urbaine ou rurale.

La décentralisation technique ou verticale est également appelée décentralisation par services. Elle s'opère sur une base fonctionnelle. Elle consiste à détacher un service ou un ensemble de services spécialisés de l'Etat et à confier leur gestion à un établissement public qui est une personne publique spécialisée. L'Université du Mali constitue un exemple de décentralisation technique en ce sens qu'elle est établissement public jouissant d'une autonomie juridique et financière, contrairement aux lycées et écoles primaires sont des structures déconcentrées de l'Etat.

Cours du Prof. El Hadj Mbodj

Théorie constitutionnelle

les autorités locales soient désignées en son sein, qu'elles représentent la localité et non le pouvoir central.

L'élection est le procédé par excellence de désignation des autorités. Toutefois elle peut être combinée avec d'autres techniques (nomination par le pouvoir central).

La décentralisation permet ainsi de réaliser une plus large démocratie locale. Elle assure l'autonomie et la participation des populations locales au choix de leurs représentants et à la prise des décisions les intéressant.

II. LA VALEUR DU PROCEDE

Technique de partage de la gestion des affaires publiques, la décentralisation présente des avantages et des inconvénients.

a) Les avantages de la décentralisation

La décentralisation présente des avantages à la fois politiques et techniques.

1. Les avantages politiques

La décentralisation est souvent liée à la démocratie libérale. On considère que les régimes libéraux sont ceux qui réservent une place privilégiée aux libertés locales contrairement aux régimes autoritaires dont les tendances naturelles vont à la centralisation.

La décentralisation et la démocratie partagent certaines valeurs fondamentales qui sont le recours à l'élection, l'association des populations au processus décisionnel.

A travers la gestion des affaires locales par les propres intéressés, la décentralisation apparaît comme une école de formation civique qui habitue les populations locales et leurs élus à être plus actifs, c'est-à-dire à participer et non plus à subir. Elle constitue à cet égard une véritable "école de la démocratie" selon Alexis de Tocqueville assurant l'éducation politique et la préparation des collectivités locales à l'exercice de la démocratie dans le cadre d'un Etat dont l'emprise du pouvoir central est freinée.

2. Les avantages techniques

Sur le plan purement technique, la décentralisation introduit la souplesse dans le fonctionnement de l'Etat en raison de la rapidité et de l'adaptation des décisions de l'Etat. La résolution par la périphérie des problèmes périphériques permet de désengorger le pouvoir central. En outre les problèmes locaux sont réglés de manière plus adaptée par les intéressés eux-mêmes, d'où la diversité et la richesse des initiatives.

b) Les inconvénients de la décentralisation

Ils sont d'ordre politique et technique

1. Les inconvénients politiques

Théorie constitutionnelle

La décentralisation peut être un facteur d'affaiblissement de l'Etat. Si dans les anciens Etats la collectivité locale a précédé l'Etat, le processus est renversé dans les nouveaux Etats du tiers-monde. A l'instar de la nation, il revient à l'Etat de créer et de cultiver un cadre favorable à la décentralisation.

Or les fondements sociologiques de ces Etats sont fragiles. Le fractionnement du pouvoir central et sa dispersion entre les différentes collectivités locales peuvent conduire à son affaiblissement. Ce danger est d'autant plus grand que les particularismes locaux sont très intenses dans ces Etats.

La décentralisation poussée pourrait conduire à un éclatement de l'Etat, une méconnaissance de l'intérêt général et, surtout, une exacerbation des antagonismes régionaux, tribaux ou religieux.

2. Les inconvénients techniques

La décentralisation est plus dispendieuse que la centralisation. Elle conduit à la multiplication des structures et à un dédoublement des emplois résultant des administrations locales juxtaposées.

Elle fragmente les moyens de l'Etat sans garantir la qualité de la gestion. En effet, les tâches administratives sont confiées à des amateurs qui sont les élus locaux. Dépendant des populations locales, les autorités décentralisées pourraient être amenées à prendre des décisions politiquement justifiables mais techniquement irrationnelles.

En définitive l'option pour ou contre la décentralisation semble opposer principalement les tenants de la liberté qui sont les décentralisateurs et les techniciens centralisateurs.

SECTION II : L'ETAT COMPOSE

La structure matérielle de l'Etat peut être éclatée. L'Etat peut se décomposer en plusieurs entités qui se présentent comme des Etats dépouillés de certains de leurs attributs et entre lesquelles existent des liens d'union.

Historiquement on est passé de formes primitives à des formes modernes d'Etats composés.

PARAGRAPHE I : LES FORMES PRIMITIVES D'ETATS COMPOSES

Les formes primitives d'Etats sont liées au phénomène dynastique si bien qu'elles ne présentent de nos jours qu'un intérêt historique.

Les unions personnelles les unions réelles d'Etats constituent les principales formes primitives d'Etats composés.

A. LES UNIONS PERSONNELLES

Les unions personnelles trouvent leur terrain de prédilection dans les anciennes monarchies. Elles étaient souvent une conséquence de la dévolution du pouvoir royal qui pouvait faire occuper deux trônes par un même souverain. Ainsi deux ou plusieurs monarchies pouvaient avoir le même souverain lequel avait, dans chacune d'elles, une part de la souveraineté.

Théorie constitutionnelle

L'union peut aussi résulter d'un transfert, volontaire ou involontaire, de souveraineté suite à un traité international ⁽⁴³⁾.

L'union personnelle agrège dans la personne d'un même chef, deux ou plusieurs Etats qui conservent juridiquement la plénitude de leurs prérogatives étatiques.

L'union existe dans la personne du chef d'Etat qui est un personnage à plusieurs rôles. Il n'intervient jamais comme chef de l'union mais tantôt comme chef d'un Etat tantôt comme chef de l'autre. Seules les règles constitutionnelles relatives à la dévolution du pouvoir étaient communes aux Etats et l'unité cessait naturellement lorsque ces règles différaient ⁽⁴⁴⁾.

Mais cette union ne s'étend pas à la propriété du pouvoir. Les modalités d'exercice du pouvoir sont du ressort exclusif des gouvernements des entités unies. Chaque gouvernement garde son indépendance organisationnelle vis-à-vis de l'autre. Les institutions ne sont pas communes. Chaque Etat garde ses propres structures et organes politiques si bien que les principes et institutions peuvent être très différents d'un Etat à un autre.

B. LES UNIONS REELLES

Par opposition à l'union personnelle qui s'incarne dans la personne du chef d'Etat, l'union réelle associe les Etats relativement à leur objet ou leur activité commune. Elle est plus volontaire qu'accidentelle. Elle est plus intégrale car unit deux ou plusieurs entités étatiques dans la personne d'un même chef d'Etat qui est le titulaire de la souveraineté et du pouvoir. L'union réelle concerne la propriété du pouvoir mais aussi, partiellement, l'exercice du pouvoir. Elle débouche sur une unité de chef d'Etat et d'organes ou de services administratifs communs.

L'union réelle est généralement diplomatique. Elle peut aussi se réaliser dans le domaine de la défense nationale et des finances. Seulement le gouvernement reste distinct dans ses autres branches et notamment pour ce qui est de la législation ⁽⁴⁵⁾.

⁴³ Tel fut le cas de l'union personnelle entre le royaume de Belgique et l'Etat libre du Congo de 1885 à 1908. Le Congrès de Berlin avait confié la souveraineté du Congo au Roi des Belges, Léopold II. Toutefois à la mort du souverain, l'Etat belge annexa purement et simplement le Congo transformé en colonie.

⁴⁴ Il en était ainsi de l'union personnelle entre l'Angleterre et le Royaume de Hanovre de 1717, date de l'avènement au trône d'Angleterre de la branche de Hanovre (Georges I) à 1837 date de l'avènement de la reine Victoria au trône. Elle fut rompue parce que les règles sur l'accession au trône n'étaient pas les mêmes dans les deux pays notamment en ce qui concerne l'accession des femmes au pouvoir.

De même l'union personnelle entre le Royaume des Pays-Bas et le Grand-Duché de Luxembourg de 1815 au 23 Novembre 1890, date où la reine Wilhelmine accéda au trône de Hollande, mais non celui de Luxembourg. La rupture de cette union personnelle trouvait son origine dans les règles différentes de succession qui excluaient les femmes du trône du Grand-Duché.

⁴⁵ Deux exemples d'union réelle:

Entre la Suède et la Norvège de 1815, date où la Norvège vaincue a été obligée d'accepter les conditions de la Suède et la souveraineté de la dynastie suédoise (traité de paix de Tost), au 26 Octobre 1905, date où, par suite d'une insurrection pacifique, la Norvège recouvra sa liberté et se dota d'une dynastie nouvelle d'origine danoise (traité de Stockholm).

Entre l'Autriche et la Hongrie, en vertu d'un compromis de 1867 renouvelé tous les dix ans jusqu'à la fin de la première guerre mondiale qui a amené la dissolution de l'empire Autro-Hongrois.

PARAGRAPHE II : LES FORMES MODERNES D'ETATS COMPOSES

De nos jours l'Etat composé peut emprunter deux formes différentes: la confédération et la fédération.

A. LA CONFEDERATION D'ETATS

Il a existé dans l'histoire des Etats beaucoup de confédérations ⁽⁴⁶⁾. La Confédération n'est pas un Etat, ni même une véritable union d'Etats. Elle est une association d'Etats au sens du droit international au sein de laquelle les Etats membres acceptent d'harmoniser leurs politiques en coopérant dans un certain nombre de domaines ⁴⁷, tout en conservant, à titre principal, leur souveraineté.

En effet, la Confédération n'est pas un Etat. On peut parler de confédération d'Etats mais non d'Etat confédéral car cette organisation ne tend pas à créer une volonté étatique supérieure, ni une personnalité internationale, mais seulement un moyen d'exercer en commun la volonté propre de chacun des Etats confédérés.

L'acte constitutif de la Confédération réside dans un traité, un pacte international alors qu'un Etat (unitaire ou fédéral) est fondé par une Constitution. Dans la confédération les individualités étatiques sont parfaitement respectées. Rien ne peut être imposé à un Etat contre son gré. Au demeurant un Etat confédéré est théoriquement libre de se retirer de la Confédération, ce qui n'est pas le cas des Etats fédérés.

La Confédération n'est pas une simple alliance. Elle peut disposer d'une organisation exécutive ou législative qui se réunit périodiquement pour traiter des affaires communes prévues par le pacte. Mais il ne s'agit pas d'une organisation de nature étatique investie d'une souveraineté.

Les organes précités ne sont pas des organes dotés de volonté propre mais apparaissent comme une sorte de conférence internationale où les décisions sont prises à l'unanimité ce qui confère ainsi un droit de veto aux Etats membres. Les décisions adoptées ne sont pas immédiatement applicables dans l'ordre juridique des Etats membres. Elles doivent faire l'objet d'une réception ou d'une médiatisation nationale par le biais de la ratification ou du référendum.

La confédération apparaît comme une forme d'organisation transitoire. Elle est relativement instable en ce sens qu'elle évolue vers la fédération ou la dissolution.

B. LA FEDERATION D'ETATS

Les Etats fédéraux englobent la majeure partie de la population planétaire. Les Etats les plus vastes et les plus puissants sont, en effet, des Etats fédéraux.

⁴⁶ Voir par exemple:

- la confédération des Etats-Unis de l'Amérique du Nord de 1778 à 1787 date de sa transformation en fédération;

- la Confédération Helvétique du 15^e siècle jusqu'en 1848, époque à laquelle elle fut transformée en un Etat fédéral par la Constitution Suisse du 12 Septembre 1848. La Suisse conserve encore officiellement le titre de "Confédération", mais reste un Etat fédéral.

- la Confédération Sénégalaise de 1981 à 1989 où elle s'est dissoute.

⁴⁷ Politique étrangère ou économique, défense nationale.

Théorie constitutionnelle

La fédération est une idée d'inspiration libérale. A l'origine il y a surtout le souci du respect de toutes les entités constituées à la base au sein de la société civile. Il s'agit de respecter leurs identités respectives (⁴⁸).

I. LES PRINCIPES FONDAMENTAUX DE LA FEDERATION

La fédération est une association d'Etats superposés.

a) Une association d'Etats

La fédération est une union d'Etats au sein de laquelle des Etats jusqu'alors souverains acceptent de se regrouper sous une bannière unique en transférant une partie de leurs compétences à un super Etat.

Cette association est fondée sur des relations de droit public interne, précisément de droit constitutionnel, et non point des relations de nature internationale comme c'est le cas de la confédération. La fédération trouve sa source dans une Constitution. Elle débouche sur l'existence d'un super Etat qui contient tous les Etats particuliers dans son sein, de telle sorte qu'il conserve seul la personnalité juridique internationale.

b) Une superposition d'Etats

La fédération apparaît comme une construction à deux étages. A l'étage inférieur se trouvent les entités fédérées qui conservent une série de compétences étatiques et à l'étage supérieur siège la nouvelle collectivité étatique, le super-Etat dénommé Etat fédéral.

Technique de partage du pouvoir étatique, la fédération repose sur un compromis entre la souveraineté internationale de l'Etat et la souveraineté interne limitée des Etats fédérés.

1. La souveraineté internationale de l'Etat fédéral

Aucun lien organique ne lie les structures superposées. L'Etat fédéral englobe les Etats fédérés mais ne les absorbe pas si bien que la fédération réalise selon Gicquel "la synthèse entre l'Etat unitaire et la Confédération, entre la solidarité et l'autonomie"⁴⁹.

C'est la première différence de principe avec la confédération d'Etats qui, elle, n'a pas de personnalité juridique propre superposée aux Etats membres et avec la décentralisation qui n'accorde qu'une personnalité interne limitée aux collectivités territoriales.

Dans certains cas des compétences internationales directes sont prévues au profit des Etats fédérés. Mais elles ne dénaturent pas le principe même du monopole fédéral. Elles sont étroitement spécialisées et originairement autorisées comme principe par la constitution fédérale elle-même (⁵⁰).

⁴⁸ Georges Scelles a distingué les fédéralismes par agrégation et par ségrégation. Dans la première hypothèse une pluralité d'Etats s'unissent en un Etat fédéral.(USA 1777-1787; ex. URSS; Suisse). Dans la seconde un Etat se décompose en une pluralité d'Etats, indépendants et séparés (exemple la dislocation de l'ancienne URSS).

⁴⁹ Gicquel (J), op. cit., p.71

⁵⁰ Ex RFA où les Länder sont autorisés à conclure directement avec certains Etats étrangers des

Cours du Prof. El Hadj Mbodj

2. La souveraineté interne des Etats fédérés

La fédération repose sur la reconnaissance de principe des attributions étatiques aux entités fédérées. Elle s'articule ainsi autour de principes organisateurs fondamentaux: le principe de l'autonomie et le principe de la participation.

*** Le principe de l'autonomie**

L'autonomie est une valeur suprême de l'organisation fédérale. L'étendue et l'intensité des compétences des entités fédérées sont telles que le fédéralisme donne lieu à de véritables "Etats" et non des collectivités décentralisées comme dans l'Etat unitaire.

L'autonomie est garantie par le statut constitutionnel des Etats fédérés ⁵¹ qui restent largement maîtres de leur destin constitutionnel. Ils participent es qualité d'Etat à la fondation de l'Etat central. A cet égard ils partagent la souveraineté dès l'origine et cette autonomie continue durant la vie de l'Etat fédéral puisque toute révision de la charte fondamentale implique leur accord.

Les Etats fédérés sont des "corps constituants" dotés d'une autonomie existentielle. Chaque Etat a sa propre Constitution qui est distincte de la Constitution de l'Etat fédéral, dispose de compétences législatives, judiciaires, exécutives, d'un drapeau et d'un hymne distincts de ceux de la fédération (⁵²).

L'autonomie est également fonctionnelle. Les Etats fédérés jouissent d'une autonomie politique respectée par la fédération. Ils ont la liberté de rédiger leur Constitution comme ils l'entendent sauf à respecter les prescriptions imposées par la Constitution fédérale. Ils peuvent voter des lois, les exécuter et disposer de juridictions propres; à la différence des collectivités locales qui ne peuvent voter des normes législatives

*** Le principe de la participation**

Les Etats fédérés concourent à la vie de la fédération qui est une création volontaire des entités fédérées. Ils sont parties prenantes de la fédération. En effet, ils ont pris part à la fondation et continuent à donner vie à l'Etat fédéral.

La participation est le "volet démocratique" de l'Etat fédéral. Elle se rattache à l'idéal démocratique originelle de l'implication des citoyens à la gestion du pouvoir sauf qu'ici elle prend une forme juridique médiatisée et concerne l'institution de l'Etat fédéral.

Concrètement le bicaméralisme est une nécessité dans un système fédéral. Il est une garantie de la participation des Etats membres de la fédération aux institutions fédérales. Les

conventions culturelles; au Canada où la province du Québec est autorisée à passer des traités de coopération culturelle avec les pays francophones; la Biélorussie et l'Ukraine qui étaient des membres à part entière de l'ONU alors qu'elles étaient des entités fédérées de l'URSS.

⁵¹ Historiquement l'idée fédérale a parfois été pervertie. C'est le cas du "fédéralisme socialiste" où la référence suprême est la société égalitaire marquée par un dépérissement de l'Etat. Le parti communiste devient alors un noyau centralisateur, ce qui affaiblit ainsi les entités fédérées.

⁵² Contrairement à la décentralisation qui confie aux collectivités locales la gestion des affaires locales, une mission qui présente une nature purement administrative.

Théorie constitutionnelle

premiers sont associés au processus d'adoption d'une révision constitutionnelle ou d'une loi par l'entremise d'une chambre haute qui assure la représentation des Etats (sénat, Bundesrat).

Les Etats sont représentés sur un pied d'égalité quelle soit leur importance démographique ou économique (⁵³). La chambre représentative des Etats doit disposer de pouvoirs réels et importants afin de ne pas rendre la représentation chimérique. Les Etats fédérés participent ainsi à l'exercice des pouvoirs constituant et législatif ainsi qu'au contrôle du pouvoir exécutif par le biais des ratifications des nominations ou des traités signés par le chef de l'Etat.

II. LE FONCTIONNEMENT DU FEDERALISME

Le fédéralisme repose sur le principe d'un dualisme fonctionnel et structurel entre l'Etat fédéral et les Etats fédérés. Il en résulte un partage de compétences souvent organisé par la Constitution et régulé par un pouvoir judiciaire indépendant.

a) Le partage des compétences

Les critères de répartition des compétences de l'Etat fédéral et des Etats fédérés sont multiples. On retient généralement trois critères de partage des compétences: les critères "autonomiste", "centraliste" et "mixte".

1) "Le critère "autonomiste"

Le critère autonomiste est plus fidèle à la philosophie fédéraliste fondée sur un transfert par les entités fédérées de certaines de leurs prérogatives de souveraineté. Certains Etats ont adopté ce mode de répartition (USA, SUISSE).

Le critère autonomiste consacre la règle de la compétence d'exception ou d'attribution de l'Etat fédéral face à la compétence de droit commun des Etats fédérés. Dans cette hypothèse l'Etat fédéral n'a qu'une compétence limitée à celle qui lui est expressément et limitativement réservée par la constitution. Tout ce qui n'est pas expressément attribué relève de la compétence des entités fédérées qui bénéficient de clauses générales de compétence.

2) le critère "centraliste"

Cette technique de partage est celle qui a été adoptée par le Canada et la République Sud Africaine. Elle repose sur une compétence générale ou de droit commun de l'Etat fédéral et compétence d'attribution aux Etats fédérés. La compétence plénière de l'Etat fédéral est postulée par la Constitution alors que les Etats fédérés se voient assignés une liste de compétences "spécialisées", se contentant ainsi de prérogatives résiduelles.

3) le critère mixte

Ce critère a cours en RFA et en Australie. Il repose sur la reconnaissance du principe de la double compétence des entités fédérale et fédérées. La Constitution réserve deux domaines distincts d'intervention. Il y a deux listes énumératives de compétences respectives de l'Etat fédéral et des Etats membres de la fédération. Entre les deux domaines existe un espace libre qui

⁵³ C'est ainsi qu'aux Etats-Unis tous les Etats fédérés envoient deux sénateurs au Sénat.

Théorie constitutionnelle

relève de la compétence commune ou "concurrente". Cette compétence partagée n'est que potentielle car le premier qui s'en saisit et y légifère a la priorité sur l'autre.

b) La régulation judiciaire du fédéralisme

Le fédéralisme laisse supposer l'éventualité de différends opposant les Etats fédérés entre eux ou avec l'Etat fédéral. Ces conflits virtuels ne peuvent être réglés par la voie diplomatique puisque la fédération est établie par la constitution qui est un acte de droit interne. Ils ne peuvent non plus être réglés par la voie administrative en ce sens que les Etats fédérés ne sont pas subordonnés comme le sont les collectivités décentralisées. Ils doivent être réglés par la voie judiciaire.

Le pouvoir judiciaire a un rôle capital à jouer dans une fédération. Il apparaît de premier abord comme un organe de régulation du fédéralisme chargé de veiller au respect par les principaux acteurs du fédéralisme des normes de partage édictées par la Constitution. Il est chargé à cet effet de vérifier la conformité des lois, tant fédérales que fédérées, à la Constitution.

Le pouvoir judiciaire est en outre un organe protecteur du fédéralisme chargé de veiller à la fois à protéger l'Etat fédéral contre les tendances souverainistes des Etats fédérés et ces derniers contre les tendances centralisatrices du premier⁵⁴. Il veille ainsi à l'équilibre instauré par la Constitution.

⁵⁴ La Cour suprême américaine ou le Tribunal constitutionnel allemand de Karlsruhe apparaissent ainsi comme des clefs de voûte du système fédéral américain et allemand.

TITRE II : LES FONDEMENTS DEMOCRATIQUES DES REGIMES POLITIQUES

Qui est le détenteur du pouvoir politique ? Qui est le souverain et comment s'exprime-il ? A ces questions répondent les théories constitutionnelles sur les sources de la légitimité du pouvoir (Chapitre I).

Comment doit être organisé le pouvoir d'Etat pour être considéré comme légitime ? Selon le principe de la modération réalisé grâce à la séparation des pouvoirs ou de l'unité du pouvoir. A ces interrogations répondent les théories constitutionnelles sur l'organisation démocratique du pouvoir (Chapitre II).

CHAPITRE I : LA LEGITIMATION DU POUVOIR

La légitimation du pouvoir pose le problème de l'acceptation et de l'adhésion volontaire aux normes, valeurs, principes qui constituent le soubassement du pouvoir politique, ainsi que l'autorité dont sont investis les gouvernants dans les rapports qu'ils entretiennent avec les gouvernés. Elle débouche sur les questions relatives à la souveraineté et au mode de dévolution du pouvoir politique.

SECTION I : LES THEORIES DE LA SOUVERAINETE

La souveraineté est un "pouvoir de commandement originaire et suprême" (**Lafférière**). Attribut juridique de l'Etat, elle traduit son indépendance et justifie les droits régaliens qui lui permettent de s'organiser librement sans aucune ingérence d'un autre pouvoir.

Les diverses théories de la souveraineté se proposent toutes de donner une réponse à la même question fondamentale : à qui appartient, dans l'Etat, le pouvoir de commander et de contraindre ? Qui est le détenteur de la souveraineté ? Qui est le souverain à un moment donné dans une société donnée ? D'où tient-il son pouvoir ?

PARAGRAPHE I : LES FONDEMENTS DE LA SOUVERAINETE

La question de la détermination du titulaire du pouvoir politique a commencé à être posée dès la renaissance au 16e siècle, mais a atteint son paroxysme avec le siècle des lumières (18e siècle) avec la substitution de la souveraineté à contenu laïc à la souveraineté théorique.

Les théories théocratiques en principe reposent en principe sur l'origine divine du pouvoir. Tout pouvoir vient de Dieu. Celui-ci en créant la société, a voulu qu'une autorité s'exerce sur la communauté. Si le consensus existe sur l'origine du pouvoir, les théologiens se séparent lorsqu'il s'agit d'expliquer l'attribution du pouvoir à son titulaire.

- Pour les uns, celui-ci tient directement son pouvoir de Dieu qui en est à la fois le propriétaire et l'agent d'exercice : c'est **la théorie de droit divin surnaturel**. Le pouvoir vient de Dieu qui choisit directement le gouvernant et le sacre du monarque est une illustration de l'origine divine du pouvoir politique.
- Pour les autres, le fondement du pouvoir est bien divin en ce sens que toute son autorité repose sur la volonté de Dieu, mais sa forme expression emprunte une forme humaine. Ce sont les gouvernés, inspirés par la providence, qui choisissent le

Théorie constitutionnelle

détenteur du pouvoir : c'est **la théorie du droit divin providentiel** qui trouve son origine dans la doctrine de Saint-Paul et qui a été notamment développée par Thomas d'Aquin.

Les théories théocratiques ne présentent plus qu'un intérêt historique bien qu'elles avaient dominé l'histoire jusqu'à la fin du 18^e siècle.

A.LES THÉORIES DÉMOCRATIQUES DE LA SOUVERAINETÉ

Les théories démocratiques de la souveraineté trouvent leur origine dans la philosophie des lumières. Formulées à partir de la dénonciation, de la désacralisation et de la laïcisation du pouvoir jusqu'alors considéré comme un attribut divin, ces théories situent la source du pouvoir dans le peuple. La souveraineté du peuple traduit sur le double plan idéologique et politique la victoire de la démocratie sur les conceptions théocratiques (souveraineté de droit divin surnaturel ou providentiel) ou absolutistes (souveraineté monarchique) qui prévalaient jusqu'à la fin du 18^e siècle. Le peuple justifie ainsi l'obéissance au pouvoir autrement que par la contrainte. Il donne aux gouvernés les raisons de se conformer à la volonté des gouvernants.

La notion de peuple est cependant complexe. On peut l'appréhender différemment selon que l'on met l'accent sur l'universalité des citoyens qui le composent ou sur la communauté qu'ils forment. Il peut alors correspondre à une réalité objective ou une simple abstraction. De cette amphibologie découlent deux conceptions différentes de la souveraineté : **la souveraineté nationale et la souveraineté populaire.**

La théorie de la souveraineté nationale et la théorie de la souveraineté populaire ont été souvent opposées l'une à l'autre. Mais la distinction a actuellement beaucoup perdu de sa netteté initiale.

I.LA SOUVERAINETE NATIONALE

La doctrine de la souveraineté nationale est essentiellement française (⁵⁵). En effet si la paternité de cette doctrine revient à Jean Jacques ROUSSEAU, c'est l'Abbé SIEYES qui lui a donné son expression la plus concrète dans sa célèbre brochure "Qu'est-ce-que le Tiers-Etat". Le succès de cette théorie est tel qu'elle fait figure de véritable dogme, ainsi qu'en témoigne l'article 3 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 Août 1789 qui stipule expressément : "Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément".

Cette théorie fait de la nation la source et le titulaire exclusifs de tout pouvoir au sein de l'Etat. Or la nation est une abstraction. Elle est une fiction juridique dépourvue de toute substance physique. La Nation est un être collectif et indivisible distinct des individus qui la composent. Elle est un corps juridique doté d'une existence propre, un être réel distinct de ses membres. Elle est un groupement humain dans lequel les individus sont liés par des liens objectifs tels que la race, la religion, la coutume ou les traditions (conception allemande) et/ou des liens subjectifs tels que la commune volonté de vivre ensemble pour atteindre des idéaux communs (conception française).

Cet ensemble humain donne naissance à une entité personnifiée qu'est la nation. La "Nation-Personne" est titulaire de droits et obligations qui ne se confondent pas avec ceux des

⁵⁵Cf. Hauriou (A), Droit Constitutionnel et Institutions Politiques 3^{ème} éd, Paris, Montchrestien, 1968, p.301.

Théorie constitutionnelle

individus qui la composent. Considérée comme personne morale, la nation-personne ne se confond pas avec la somme des individus dans la mesure où elle tient compte du passé, du présent et de l'avenir. Elle englobe aussi bien les vivants que les morts et même ceux qui naîtront. Ce corps moral et collectif a "son moi commun, sa vie et sa volonté" (Rousseau). Il est le détenteur exclusif de la souveraineté car de lui émanent tous les pouvoirs qui sont mis en œuvre en son sein.

II.LA SOUVERAINETÉ POPULAIRE

La paternité de la théorie de la souveraineté populaire est attribuée à Jean Jacques ROUSSEAU ⁵⁶ dont la pensée, complexe et parfois contradictoire, est à la source des deux conceptions de la souveraineté du peuple.

Toutefois, le succès de la souveraineté populaire fut moindre, en tout cas en France et dans les pays de tradition juridique et politique française. Néanmoins, cette théorie a inspiré la constitution de l'An I du 24/06/1793 qui la consacre expressément en stipulant dans son art.25 "la souveraineté réside dans le peuple ... aucune portion du peuple ne peut exercer la puissance du peuple entier ; mais chaque section du souverain doit jouir de son droit d'exprimer sa volonté avec une liberté entière ". La Constitution du 5 Fructidor, AN III (1795), art.2 affirme de façon nette et simple : "l'universalité des citoyens français est le souverain".

La théorie de la souveraineté populaire fait des citoyens ou, si l'on veut, du peuple, le détenteur exclusif du pouvoir souverain. La souveraineté populaire repose sur la prise en considération du peuple concret, du peuple objectivement situé qui se ramène à l'universalité des citoyens. Contrairement à la nation qui est une abstraction, le peuple est une donnée concrètement évaluable car il est constitué d'hommes, de femmes et d'enfants réels d'un pays donné à un moment donné. Il est en quelque sorte une somme d'individus bien situés, "en chair et en os" comptant tous dans leurs individualités, particularités et singularités.

La souveraineté est l'apanage de chaque individu. Celui-ci est à la fois sujet et porteur d'une parcelle de souveraineté qui lui permet de participer au tout. C'est pour ces raisons qu'on parle de souveraineté fractionnée, divisée, atomisée ou partagée entre tous les individus qui composent le peuple car chaque citoyen est détenteur d'une fraction du mandat que les gouvernés donnent aux gouvernants.

D'ailleurs Rousseau qui aimait bien se présenter comme "citoyen de Genève et membre du souverain" écrivait : "Supposons que l'Etat soit composé de dix mille citoyens. Le Souverain ne peut être considéré que collectivement et en corps, mais chaque particulier, en qualité de Sujet , est considéré comme individu. Ainsi, le souverain est au Sujet comme dix mille est à un : c'est-à-dire que chaque membre de l'Etat n'a, pour sa part, que la dix millième partie de l'autorité souveraine, quoi qu'il lui soit soumis tout entier" (⁵⁷).

Que le Peuple soit composé de cent mille hommes, l'état des sujets ne change pas, et chacun porte également tout l'empire des lois, tandis que son suffrage, réduit à un cent-millième, a dix fois moins d'influence dans leur rédaction. Alors le Sujet restant toujours un, le rapport du Souverain augmente en raison du nombre des citoyens. D'où il suit que plus l'Etat s'agrandit, plus la liberté diminue" (⁵⁸).

⁵⁶ J.J.ROUSSEAU, Du Contrat Social, Livre III, Chapitre I.

⁵⁷J.J.ROUSSEAU, Contre Social, livre III, ch.1

⁵⁸ J.J.ROUSSEAU, Contrat Social, Livre III, Chapitre I, la Pléiade, 1964, T.III, p.397.

B.LES CONSEQUENCES INSTITUTIONNELLES DES THEORIES DEMOCRATIQUES DE LA SOUVERAINETE

Une théorie juridique et les institutions qu'elle recouvre sont, par définition, en étroite corrélation. En droit, une théorie fonde et, par conséquent, explique un système institutionnel de droit positif, plus ou moins cohérent. La meilleure théorie est celle qui organise, c'est-à-dire explique un ensemble juridique compact, c'est-à-dire non seulement cohérent au niveau des normes "positives" mais encore efficace quant à son application concrète. Il va de soi qu'aucune théorie, même juridique, n'est absolument désincarnée ; produit d'une "pure" et "froide" raison ou logique juridique.

Les théories démocratiques de la souveraineté commandent toute l'organisation du pouvoir politique. Elles légitiment la structure du pouvoir, le choix des gouvernants et la nature des relations que ceux-ci entretiennent avec les gouvernés.

Seulement les conséquences institutionnelles ne se posent pas dans les mêmes termes selon que l'on est en présence de la souveraineté nationale ou de la souveraineté populaire.

I.LES CONSÉQUENCES DE LA SOUVERAINETÉ NATIONALE

La théorie de la souveraineté nationale loge le pouvoir souverain dans le corps de la nation. Incompatible avec les conceptions théocratiques ou absolutistes du pouvoir, la théorie de la nation - personne, combinée avec l'idée de représentation, ne conduit pas nécessairement à un régime républicain. L'exercice de la souveraineté peut fort bien être confié à un monarque qui peut légitimement représenter la nation sans même être élu (Grande Bretagne, Espagne, France sous l'empire de la Constitution de 1791 qui affirmait que le Roi était, avec l'Assemblée, un des deux représentants de la nation).

Or la nation est une fiction juridique dépourvue de tout substratum physique. Ne pouvant pas exprimer elle-même sa volonté, elle est obligée de recourir à des "interprètes" ou "porte-paroles qualifiés" qui sont des personnes physiques habilitées à agir en son nom et pour son compte.

La souveraineté nationale accouche alors une démocratie représentative caractérisée par une liberté de manœuvre du représentant renforcée par la nature du pouvoir de suffrage ainsi que celle du mandat le liant aux représentés.

a. La nature du pouvoir de suffrage

L'élu est le représentant, le mandataire de la nation. Il agit au nom de la nation qui supporte toutes les conséquences des actes qu'il est appelé à prendre.

L'acte de choix de l'élu n'est pas un droit mais une simple faculté que la nation accorde à ceux-là qu'elle juge les plus dignes et surtout les plus aptes ; c'est-à-dire ceux qui ont la qualité de citoyen de la nation. On parle alors "d'électorat-fonction" qui permet de justifier les restrictions apportées au droit de vote. Ainsi dans la souveraineté nationale le suffrage peut être universel, c'est-à-dire ouvert à tous, ou bien restreint c'est-à-dire réservé à quelques privilèges, comme sous l'empire de la Constitution du 3 septembre 1971 où le suffrage était censitaire, c'est-à-dire élitiste.

b. Le statut des représentants

Théorie constitutionnelle

Dans la souveraineté nationale les élus ne représentent pas une circonscription territoriale, un groupe ethnique ou un parti politique. Le représentant ne reçoit pas mandat d'une circonscription électorale déterminée mais de la nation tout entière. Le mandat est national. Aussi, toute modification territoriale est-elle sans influence juridique sur la représentation nationale. Inversement, les candidats à une élection nationale (élections présidentielle et législatives) ne sont pas tenus d'apporter la preuve d'un lien de rattachement quelconque avec la circonscription dans laquelle ils briguent les suffrages.

Le mandat du représentant est un mandat national. L'élu est présumé être un mandataire de la nation tout entière.

Le mandat est parfait car son objet est de donner au représentant le droit de prendre des décisions au nom de la Nation. Le représentant est investi de la plénitude des compétences. Son mandat est non seulement illimité mais encore irrévocable. Il existe une présomption irréfragable de conformité des actes des représentants à la volonté de la nation. L'élu jouit d'une indépendance juridique vis-à-vis des électeurs. Une fois l'élection acquise, l'élu ne relève que de sa conscience et vote selon son intime conviction. Il agit en conséquence librement sans contrôle du représenté ; ne reçoit aucune injonction initiale pour agir dans un sens ou dans un autre et n'est soumis à aucune vérification a posteriori à partir du moment où son mandat est représentatif et impératif.

Ce mandat est en outre irrévocable en cours de législature même si le représentant démissionne de son parti ou refuse d'assumer ses engagements électoraux. Son mandat ne peut prendre fin que dans les cas qui ont été expressément prévus par la constitution : dissolution de l'Assemblée, décès, démission ou empêchement définitif du mandataire.

Le mandat représentatif garantit l'indépendance et la dignité du représentant qui apprécie en âme et conscience les intérêts de la nation et confère à l'élu un pouvoir discrétionnaire qui l'habilite à agir à son gré, à sa guise sans être lié en aucune façon par des instructions précises qu'il aurait reçues des électeurs (⁵⁹).

La théorie de la représentation fut appliquée par la Révolution française et tout particulièrement au résultat de l'œuvre de Sièyes. Elle fut appliquée par presque toutes les constitutions françaises, à l'exception de la Constitution de 1793 et de la Charte de 1814.

II. LES CONSEQUENCES DE LA SOUVERAINETE POPULAIRE

La théorie de la souveraineté populaire est fortement corrélée avec l'idée démocratique. Elle fait de chaque citoyen un membre actif du corps social. Elle se préoccupe essentiellement de la promotion et de la protection du citoyen grâce à un système de participation aussi directe, active et sincère que possible. Elle débouche logiquement sur la démocratie directe dans la mesure où l'aménagement institutionnel du pouvoir qu'elle implique fait du citoyen la source et la fin de toute organisation sociale.

A la différence de la souveraineté nationale qui est compatible aussi bien la monarchie qu'avec la république, la souveraineté populaire qui traduit la volonté momentanée des citoyens vivants ne peut se mouvoir, s'exprimer et s'épanouir que dans un cadre républicain. En effet, prenant en considération le peuple concret, elle vise à traduire objectivement la volonté des citoyens qui vivent à un moment donné de l'évolution sociale.

⁵⁹ Concordet résume ainsi la représentation "Mandataire du peuple, je ferai ce que je croirai le plus conforme à ses intérêts. Il m'a envoyé pour exposer mes idées, non les siennes, l'indépendance absolue de mes opinions est le premier de mes devoirs envers lui".

a. La nature du pouvoir de suffrage

La souveraineté étant partagé entre les différentes composantes du corps social, on ne peut écarter de l'expression de la volonté nationale un citoyen pour une raison ou une autre. L'élection est un droit destiné à garantir la participation indispensable de chaque citoyen à l'exercice de sa part de souveraineté. On parle alors "d'électorat-droit". Le vote étant un droit qui appartient à tout citoyen en tant que détenteur d'une parcelle de souveraineté. On ne peut dénier à un individu, ayant l'âge requis et la capacité mentale, le droit de voter. N'étant pas une fonction, le citoyen est libre d'exercer ou non de ce droit. La souveraineté populaire exige logiquement le suffrage universel.

b. Les rapports entre gouvernants et gouvernés

La doctrine de la souveraineté populaire conduit à la démocratie directe. Le peuple participe directement à l'exercice du pouvoir politique en désignant ses représentants ou en s'impliquant dans le processus décisionnel.

La souveraineté populaire admet le système de la représentation politique. Seulement, les représentants sont liés aux représentés par un mandat impératif qui permet aux seconds de donner aux premiers des directives qu'ils sont tenus d'appliquer. L'élu peut être révoqué s'il ne respecte pas les instructions de l'électeur. Il ne formule pas la volonté générale mais expose la volonté de son mandant. En conséquence, l'élu est directement responsable devant les électeurs qui peuvent le désavouer ou le sanctionner. C'est le principe de la révocabilité des mandats qui justifie la perte du mandat d'un élu qui a été exclu ou qui a démissionné de son parti car il est avant tout un mandataire des électeurs de sa circonscription électorale.

Les techniques d'expression du peuple sont nombreuses et variées.

Il y a d'abord le **veto populaire**, qui permet au peuple, par le dépôt d'une pétition revêtue du nombre requis de signatures et suivie d'une consultation, de s'opposer à la mise en vigueur ou d'obtenir l'abrogation totale ou partielle d'une loi déjà promulguée.

Une technique très proche est celle de la **révocation populaire**, qui permet aux électeurs d'une circonscription, toujours par le dépôt d'une pétition donnant lieu à votation, de mettre fin avant le terme normal à un mandat électif. La révocation populaire, individuelle ou collective qui fut une pratique courante dans les démocraties socialistes, est rarement prévue par les textes constitutionnels pluralistes, qui dans l'ensemble, proscrivent le mandat impératif.

Une troisième technique est celle de l'**initiative populaire**, qui permet au peuple de proposer l'adoption d'une disposition constitutionnelle ou législative. La procédure commence là encore par le dépôt d'une pétition. Ensuite le principe de la révision constitutionnelle ou de la modification législative est soumis aux organes représentatifs et si ceux-ci sont défavorables à l'ensemble des électeurs par un référendum de consultation. Il reste ensuite à élaborer et faire ratifier le projet de révision ou de modification ⁽⁶⁰⁾.

La quatrième et principale technique demeure tout de même le **référendum**, c'est-à-dire la consultation des électeurs sur une question ou sur un texte qui ne deviendra alors parfait et définitif qu'en cas de réponse positive ⁽⁶¹⁾. Il peut s'agir d'un texte constitutionnel ou législatif.

⁶⁰ Cf. art.120 et 121 de la constitution helvétique, art.71 de la constitution italienne

⁶¹M.BOUISSOU, Pour une réhabilitation de l'institution référendaire, Mélanges Burdeau, 1977, p.25.

Théorie constitutionnelle

La procédure référendaire peut devenir moins démocratique et présenter les plus graves dangers si elle dégénère en **plébiscite**. En théorie, la distinction est claire. On peut dire qu'il a référendum si la réponse populaire est donnée en fonction de la question posée et plébiscite si elle est donnée en fonction de la personne même de l'auteur de la question. En fait, le glissement est presque insensible car il est souvent difficile de séparer la question de son **auteur**, surtout si celui-ci est un individu, par exemple le Président de la République et non pas un organe collégial ou une assemblée.

D'une manière générale, on peut considérer que ce glissement sera très facilité par la réunion de quelques éléments caractéristiques, le plus important étant certainement le chantage au départ : il y a plébiscite si l'auteur de la question fait d'une réponse positive la condition de son maintien en fonction car il invite alors lui-même les citoyens à répondre en considération de sa personne et non de la question. Le plébiscite constitue, dans une démocratie, une pression choquante sur l'ensemble des citoyens.

Si la souveraineté nationale est trop abstraite, la souveraineté populaire est en revanche trop idéaliste. Elle n'est concevable que chez "un peuple de Dieux" (Rousseau).

En réalité, il n'y a aucun Etat qui ait tiré toutes ses conséquences logiques de l'une et de l'autre notion. Celles-ci sont le plus souvent étroitement imbriquées si bien que pour concilier les principes de la souveraineté, le constituant malien, reprenant en cela son homologue français, procède à l'amalgame de deux théories de la souveraineté en stipulant dans l'article 26 de la Constitution Malienne du 25 février 1992 : "la souveraineté nationale appartient au peuple tout entier qui l'exerce par ses représentants ou par voie de référendum".

PARAGRAPHE II : L'AMALGAME DES THEORIES DEMOCRATIQUES DE LA SOUVERAINETE

La formule de l'article 26 est maladroite. Elle trouve son fondement dans l'impraticabilité des conséquences absolues des théories de la souveraineté nationale et de la souveraineté populaire. Cette combinaison a cependant une portée pratique.

A. LE FONDEMENT

L'amalgame des deux conceptions a été opéré pour la première fois par le constituant français de 1946. L'article 3 de la Constitution du 26 octobre 1946 posait le principe : "La souveraineté nationale appartient au peuple français". Cette formule qui semble heurter la logique juridique traduit l'évolution que la pratique a fait subir à la doctrine des souverainetés. Aucune forme de souveraineté ne peut faire l'objet d'une application satisfaisante.

I. LES EFFETS PERVERS DE LA SOUVERAINETE NATIONALE

Cette théorie connaît des dysfonctionnements dans sa mise en œuvre. Ses conséquences absolutistes conduisent à la confiscation du pouvoir souverain par des représentants qui sont juridiquement irresponsables devant les représentés. Ceux-ci ne disposent d'aucune arme leur permettant de sanctionner, en cours de mandat, les déviations éventuelles des élus. La souveraineté nationale débouche également sur la banalisation des électeurs dans l'exercice du pouvoir. Au citoyen n'était reconnue qu'une faculté : celle de choisir ses représentants. Une fois désignés, les élus peuvent exprimer en âme et conscience, mais aussi en toute impunité la volonté de la nation pendant toute la législature.

Théorie constitutionnelle

La démocratie représentative, en faisant de l'élu le nœud gordien du système politique, conduit, à plus moins longue échéance, à l'émergence d'une classe politique au sein de laquelle se recrutent les représentants et qui est sociologiquement dissociée du peuple. En effet, il faut reconnaître que si la masse est mal informée et peu éclairée, le pouvoir pourra la manipuler et l'influencer plus facilement qu'il ne pourrait le faire à l'égard des notables de la classe politique et parlementaire ⁽⁶²⁾.

II. L'UTOPIE DE LA SOUVERAINETE POPULAIRE

La démocratie directe est le régime dans lequel le pouvoir trouve sa source dans le peuple qui l'exerce directement. Un tel régime ne peut s'appliquer qu'à de très petites unités. C'est pourquoi on le conçoit davantage au niveau communal qu'à celui de l'Etat, à moins qu'il ne s'agisse d'un Etat "lilliputien" tant dans son étendue territoriale que dans sa masse démographique. C'est précisément encore le cas de quelques cantons suisses, où la démocratie directe, qui subsiste par tradition, représente une véritable curiosité constitutionnelle car elle n'existe plus nulle part ailleurs au plan étatique ⁽⁶³⁾.

L'institution capitale de la démocratie directe, dans ces cantons, est celle de la **Landsgemeinde**. Elle consiste à convoquer une assemblée au cours de laquelle les citoyens élisent leurs représentants, règlent les difficultés constitutionnelles, discutent et votent les lois, se prononcent sur certains problèmes administratifs majeurs. Le caractère très démocratique du système est évident mais il est de tout de même un peu atténué par le fait que la session est brève, ce qui laisse aux organes élus des compétences très importantes, notamment en matière de préparation des décisions et, surtout, par le fait que les votes ont traditionnellement lieu à main levée.

La souveraineté populaire est chimérique et dangereuse. Elle est un simple idéal qui est impraticable dans les grands Etats. Les mécanismes juridiques qu'elle implique sont difficilement compatibles avec les impératifs liés à la stabilité des décideurs et des décisions politiques.

En outre, la souveraineté populaire porte en elle un absolutisme qui peut la rendre dangereuse pour les citoyens dans la mesure où elle est de nature à déboucher sur "la tyrannie de la majorité". Toute loi votée par la Majorité est présumée être une bonne loi, expression de la volonté et des intérêts généraux, par conséquent organisatrice et protectrice de la liberté. La volonté générale s'identifiant à celle de la majorité, celle-ci peut mettre en oeuvre toutes ses prérogatives pour imposer sa dictature.

Les droits des minorités ne sont pas pris en compte dans la logique de cette théorie. Dans son raisonnement, Rousseau postule déjà que "la majorité a toujours raison" et "la minorité a toujours tort", autrement dit la majorité est la raison et la minorité l'erreur. Aussi, l'absolutisme de la volonté générale se traduit-il dans les faits par l'absolutisme de la majorité, qui peut être dangereux pour les citoyens car pouvant conduire à une légitimation de la dictature de la majorité ⁽⁶⁴⁾. A l'absolu, la théorie de la souveraineté populaire prive l'opposition de tout moyen de

⁶²On retrouve des traces de cet attachement à la démocratie purement représentative dans la méfiance manifestée par les partis de gauche en 1962 à l'égard non seulement de la procédure référendaire mais aussi de l'élection du Président de la République au suffrage universel direct.

⁶³Il s'agit des cantons d'Obwald, Appenzell Rhodes-extérieures. Appenzell Rhodes-Intérieurs et Glaris.

⁶⁴ La théorie de Rousseau postule en effet que la minorité s'en remet à la majorité. La minorité s'est

Théorie constitutionnelle

défense contre la majorité qui peut alors devenir oppressive sans rencontrer de limite ou d'opposition. Dans la mesure où l'unanimité pratiquement impossible à obtenir sur un problème d'ordre général, on se réfugie alors derrière le vote majoritaire.

La souveraineté populaire cristallise un mythe véritable de la souveraineté de la loi qui, parfois, a freiné le développement de l'Etat de droit. Si l'idée d'un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois n'avait pu prospérer dans les démocraties européennes, c'est en raison du mythe de la souveraineté de la loi.

B. LA PORTEE DE L'AMALGAME

En combinant les deux théories démocratiques de la souveraineté, le constituant ne remet pas en cause le système de la représentation en dispersant le pouvoir dans l'universalité du corps des citoyens. Cette combinaison pratique vise à réduire les conséquences négatives des théories de la souveraineté du peuple. L'article 26 de la constitution du Mali du 25 février 1992 maintient la souveraineté nationale en introduisant dans le dispositif constitutionnel des mécanismes empruntés à la démocratie directe.

I. LE MAINTIEN DE LA SOUVERAINETE NATIONALE

La prévalence accordée à la souveraineté nationale apparaît dans les termes mêmes de l'article 26 de la constitution. Celui-ci fait allusion à "la souveraineté nationale" et au corps des "représentants". En outre en stipulant "aucune section du peuple, ni aucun individu, ne peut s'attribuer l'exercice de la souveraineté", l'article 26 consacre l'indivisibilité, l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité de la souveraineté qui appartient au corps social considéré comme un être suprême distinct de ses membres.

Les individus ne sont pas considérés isolément. Ce sont des citoyens de la nation qui doivent remplir les conditions d'aptitude requises par la réglementation. L'élection n'est pas un droit mais une simple fonction. Les élus sont des représentants de la nation. Ils sont liés à celle-ci par un mandat représentatif qui est irrévocable. "Tout mandat impératif est nul", ainsi que le stipule expressément le Constituant sénégalais.

II. L'ASSOCIATION DU PEUPLE AU PROCESSUS DECISIONNEL

L'article 26 de la constitution de la constitution n'institue pas un système de démocratie directe. L'initiative populaire, la révocation populaire et le veto populaire sont exclus de l'ordonnancement juridique du Sénégal.

Le seul procédé de démocratie directe prévu dans la Constitution malienne est le référendum qui est une voie procédurale par laquelle les citoyens adoptent ou rejettent directement un texte. L'article 41 de la Constitution du 25 février 1992 fait toutefois de l'initiative du référendum une prérogative exclusive du Président de la République qui peut, sur proposition du gouvernement, pendant la durée des sessions ou sur proposition de l'Assemblée nationale, après avis de la Cour constitutionnelle, soumettre au référendum toute question d'intérêt national, tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics, comportant approbation d'un accord d'union ou tendant à autoriser la ratification d'un traité qui, sans être

trompée sur la volonté générale qui est celle que la majorité a découverte.

contraire à la Constitution, aurait des incidences sur le fonctionnement des Institutions (art.41).

SECTION II : LA DEVOLUTION DEMOCRATIQUE DU POUVOIR

La souveraineté du peuple fait du corps social la source et la finalité de tout pouvoir politique. En conséquence, elle implique la participation du peuple au choix des gouvernants à travers l'élection qui est le mode de désignation démocratique par excellence des titulaires des rôles politiques de l'Etat.

L'existence d'élections disputées impliquant un choix libre et conscient est une condition nécessaire de la démocratie qui repose sur le pouvoir de suffrage. Celui-ci a connu une évolution dans le temps avec le passage du suffrage restreint (censitaire, capacitaire) au suffrage universel ⁽⁶⁵⁾.

Le vote, qui est l'expression du suffrage, peut emprunter plusieurs formes :

-**le vote plural** : c'est la faculté reconnue à une seule personne d'avoir plusieurs voix en fonction notamment de ses responsabilités sociales ou familiales.

-**le vote multiple** : il permet à un citoyen de voter dans plusieurs circonscriptions.

-**le vote égal** : chaque électeur ne dispose que d'une voix : "un électeur, une voix".

Au-delà de sa dimension purement politique, l'élection pose des problèmes de techniques juridiques relatifs entre autres à la détermination du mode de scrutin utilisé.

PARAGRAPHE I : LES PRINCIPAUX MODES DE SCRUTIN

On entend par mode de scrutin la technique utilisée pour départager les candidats à une élection. Le choix de ce mode de scrutin n'est pas neutre. Il n'est pas innocent en ce sens que la faveur accordée à un mode de scrutin plutôt qu'à un autre a des incidences non seulement sur la désignation des candidats mais aussi sur le nombre et la nature du système partisan, ainsi que sur la configuration de la représentation parlementaire.

Les soucis liés à l'efficacité et à la justice électorale sous-tendent le choix des différents modes de scrutin qui peuvent être regroupés en deux principaux : les scrutins majoritaires et la représentation proportionnelle.

A. Les scrutins majoritaires

Les scrutins majoritaires se caractérisent par leur simplicité relative. Ils consacrent l'élection du candidat ou de la liste de candidats qui a obtenu le plus grand nombre de suffrages exprimés. Le scrutin majoritaire peut être uninominal ou plurinominal, à un ou deux tours.

I. LE SCRUTIN UNINOMINAL ET LE SCRUTIN PLURINOMINAL

Ce mode de scrutin en vigueur en Angleterre, en France pour les élections présidentielle et législative, au Mali pour la présidentielle (article 30 de la Constitution) et pour les élections législatives (article 157 de la Loi n° 06-044/du 4 septembre 2006 portant Loi électorale

⁶⁵ Le suffrage universel a reçu sa première application dans l'Etat du Wyoming en 1869, en Angleterre en 1919 et en France en 1944 avec l'extension du droit de vote aux femmes.

Théorie constitutionnelle

Dans le cadre du scrutin uninominal, le choix des électeurs porte sur un seul nom, un candidat nommément désigné dans le cadre d'une circonscription électorale donnée. Le scrutin uninominal met ainsi en exergue la personnalité des candidats. Il rapproche l'élu des électeurs qui ont une certaine prise sur le processus de désignation de leurs représentants.

Dans le cadre du scrutin plurinominal, le choix des électeurs porte sur plusieurs candidats inscrits sur un même bulletin. C'est pour ces raisons que ce scrutin est également appelé scrutin de liste. Il se déroule généralement dans des circonscriptions électorales plus étendues. Le scrutin de liste soumet les candidats à une plus grande dépendance vis-à-vis des partis politiques qui confectionnent les listes. On peut dire que les électeurs choisissent les partis politiques qui eux-mêmes cooptent les candidats. Toutefois, le scrutin de liste peut faire l'objet d'aménagements variables :

- le vote bloqué** : il met l'électeur devant l'obligation de voter pour ou contre une liste entière.
- le vote préférentiel** : une certaine latitude est reconnue à l'électeur qui peut modifier l'ordre de la liste dressée par le parti en indiquant ses préférences.
- le panachage** : il permet à l'électeur de constituer sa liste à partir de la combinaison de plusieurs candidats figurant sur différentes listes.

Le vote préférentiel et le panachage sont des techniques visent à préserver la liberté de choix des électeurs.

II. LE SCRUTIN MAJORITAIRE

Le candidat peut être élu à la majorité à l'issue d'un scrutin unique ou à la suite de deux tours de scrutin.

a. Le scrutin majoritaire à un tour

Ce mode de scrutin est traditionnellement utilisé dans les démocraties anglo-saxonnes (Grande Bretagne, Etats-Unis). Il permet l'élection d'un candidat ou de la liste qui a obtenu la majorité relative, c'est-à-dire le plus grand nombre de voix à l'issue d'un seul tour de scrutin.

Soit, par exemple, une circonscription électorale où, pour une élection législative, il y a 5 sièges à pourvoir pour 100.000 suffrages exprimés. Les 6 partis en compétition obtiennent respectivement : A.29.500 voix ; B.25.000 ; C.15.000 ; D.13.000; E. 10.500 ; F.7.000.

Au scrutin majoritaire à un tour, la liste A remporte tous les sièges en jeu parce qu'il a obtenu le plus grand nombre de suffrages exprimés même si sa liste est minoritaire par rapport à la somme des voix obtenues par les autres listes ; soit 29.500 voix contre 70.500 voix.

Ainsi qu'il est loisible de la constater, ce mode de scrutin se caractérise par une simplicité et une efficacité incontestables car il pousse l'électeur à voter utile, c'est-à-dire en faveur de ceux des candidats ou listes ayant des chances sérieuses d'être élus. Les marginaux sont alors purement et simplement sacrifiés.

b. Le scrutin majoritaire à deux tours

Théorie constitutionnelle

Ce mode de scrutin a particulièrement cours en France où il est utilisé pour l'élection du Président de la République et celle des députés. Il a été repris au Mali pour l'élection présidentielle et les élections législatives.

Pour être élu au premier tour, le candidat doit obtenir la majorité absolue des suffrages exprimés, c'est-à-dire la moitié plus un des votants. Cette majorité absolue peut être assortie d'une condition supplémentaire de représentativité déterminée en fonction d'un certain pourcentage des électeurs inscrits.

Si cette condition n'est pas remplie, il y aura alors **ballottage** et il faudra procéder à un second tour de scrutin à l'issue duquel la majorité relative suffit.

Prenons toujours, l'exemple de la circonscription électorale où il y a 5 sièges à pourvoir pour une élection législative pour 100.000 suffrages exprimés ; les 6 partis en compétition obtenant respectivement : A. 29.500 voix ; B.25.000 ; C.15.000 ; D. 13.000 ; E. 10.500 ; F.7.000.

En application du scrutin majoritaire à deux tours, aucune liste ne sera élue au premier tour car la majorité absolue, qui est de 50.001 des suffrages exprimés, n'a été atteinte par aucune des listes en lice. Il en suivra un ballottage, c'est-à-dire qu'il faut procéder à un second tour à l'issue duquel sera élue la liste qui aura la majorité relative, c'est-à-dire le plus grand nombre de voix.

Au second tour, les affinités politiques devront se regrouper pour donner le maximum de chance de victoire à la liste la mieux placée ou pour augmenter les chances de défaite de la liste non désirée. Dans l'hypothèse d'une compétition entre la liste A qui bénéficie du désistement des listes E, F et la liste B soutenue par les listes C et D, la liste B sera élue au second tour puisqu'elle aura obtenu un total de 53.000 voix contre 47.000 à la liste A.

Ce mode de scrutin se caractérise par une pluralité de candidatures au premier tour offrant ainsi aux électeurs une possibilité de choix plural et un regroupement des partis au second tour par l'effet du désistement et la nécessité du vote utile. En d'autres termes, dans le cadre du scrutin majoritaire à deux tours, au premier tour on choisit et au second tour on élimine.

B. Le scrutin proportionnel

Le scrutin proportionnel, également appelé représentation proportionnelle, permet d'attribuer aux partis un nombre de sièges au prorata des suffrages qu'ils ont obtenus. Le scrutin proportionnel assure une représentation fidèle de toutes les nuances de l'opinion en photographiant notamment toutes les variations du corps électoral. Ce mode de scrutin est organisé sur la base d'un scrutin de liste à un tour.

La répartition des sièges dans le cadre de la représentation proportionnelle obéit à des opérations complexes.

I. LA DETERMINATION DU QUOTIENT ELECTORAL

C'est la base de l'opération de répartition des sièges qui sont attribués proportionnellement aux partis en compétition en tenant compte du poids électoral de chaque parti apprécié en fonction du quotient électoral.

Pour obtenir ce **quotient électoral**, on divise les suffrages exprimés par le nombre de sièges à pourvoir. Toutefois, le quotient électoral peut être **uniforme** lorsqu'il est fixé à l'avance. Il peut s'agir d'un quotient électoral **national** calculé à partir des suffrages exprimés par l'ensemble des sièges à répartir à l'échelle de la nation. Il peut être **local** lorsqu'on ne prend en

Théorie constitutionnelle

compte le rapport entre les suffrages exprimés par les électeurs d'une conception électorale déterminée autre que la nation. Ce quotient électoral local peut être régional, départemental, communal ou rural.

La détermination du quotient électoral permet de faire une première distribution des sièges entre les listes. En effet, autant de fois ce quotient électoral est contenu dans les suffrages obtenus par une liste, autant de fois cette liste aura d'élus.

II. LA REPARTITION DES RESTES

Quel que soit le mode d'attribution des sièges, la représentation proportionnelle laisse toujours subsister des voix inutilisées qu'il faut réinjecter dans le circuit de répartition des sièges lorsqu'il en reste non encore pourvus.

Les sièges restants peuvent être attribués selon deux techniques : le système des plus forts restes et le système de la plus forte moyenne.

a. Le système des plus forts restes

La représentation proportionnelle au plus fort reste consiste à attribuer les sièges restant encore à pouvoir aux listes qui ont le plus grand nombre de voix inutilisées et ce, par ordre décroissant. Ce système favorise les petits partis car il n'est pas indispensable d'obtenir le quotient électoral pour bénéficier de l'attribution des restes.

b. Le système de la plus forte moyenne

La représentation proportionnelle à la plus forte moyenne ne permet pas de procéder à l'attribution des sièges en une seule opération car il faut raisonner, dans le cas d'espèce, au cas par cas, c'est-à-dire siège par siège.

Après une première répartition, un siège est fictivement attribué à chacune des listes de candidats. On divise ensuite les suffrages obtenus par chaque liste par le total des sièges réels et du siège fictif. Le premier siège à pourvoir sera attribué à la liste qui aura obtenu la plus forte moyenne.

S'il reste encore des sièges à pourvoir, on recommence la même opération pour chaque siège restant en tenant compte à chaque fois du siège attribué lors de la distribution précédente et ce, jusqu'à l'attribution définitive des sièges. Ce système favorise les grandes partis.

Restons toujours dans le cadre de la circonscription électorale où il y a 5 sièges à pourvoir pour une élection législative pour 100.000 suffrages exprimés ; les 6 partis en compétition obtenant respectivement : A. 29.500 voix ; B.25.000 ; C.15.000 ; D. 13.000 ; E. 10.500 ; F.7.000.

Pour déterminer le nombre de candidats élus pour chaque liste en présence, il faut d'abord déterminer le quotient électoral qui, rappelons-le, est le rapport entre les suffrages exprimés par le nombre de siège à pourvoir.

$$QE = \frac{100.000}{5} = 20.000$$

Théorie constitutionnelle

Autant de fois, le quotient électoral est contenu dans les suffrages obtenus par une liste, autant de fois celle-ci possède de candidats élus.

Pour connaître le nombre d'élus de chaque liste, il faut diviser les suffrages obtenus par la liste par le quotient électoral.

$$\text{Liste A} = \frac{29.500}{20.000} = 1 \text{ siège ; reste } 9.500$$

$$\text{Liste B} = \frac{25.000}{20.000} = 1 \text{ siège ; reste } 5.000$$

$$\text{Liste C} = \frac{15.000}{20.000} = 0 \text{ siège ; reste } 15.000$$

$$\text{Liste D} = \frac{13.000}{20.000} = 0 \text{ siège ; reste } 13.000$$

$$\text{Liste E} = \frac{10.500}{20.000} = 0 \text{ siège ; reste } 10.500$$

$$\text{Liste F} = \frac{7.000}{20.000} = 0 \text{ siège ; reste } 7.000$$

On le voit, 2 sièges ont été attribués après une première opération. Il reste 3 sièges à pourvoir qu'il faudra répartir selon deux techniques : celle du plus fort reste et celle de la plus forte moyenne.

1°) Application de la représentation proportionnelle au plus fort reste

Ce mode de répartition consiste à attribuer les sièges non pourvus aux listes qui ont les plus grands restes, c'est-à-dire de voix inutilisées. Peu importe que le quotient électoral soit ou non atteint.

L'application de cette technique de répartition des restes donne les résultats suivants :

-Liste C = 1 siège supplémentaire pour 15.000 suffrages restants.

-Liste D = 1 siège supplémentaire pour 13.000 suffrages restants.

-Liste E = 1 siège supplémentaire pour 10.500 suffrages restants.

Théorie constitutionnelle

Ce système, à certains égards, est injuste si plusieurs sièges restants sont à pourvoir car il favorise les petits partis au détriment des grands. C'est ainsi que dans notre exemple, la liste A et la liste E ont chacune un siège malgré l'énorme différence de voix obtenues avec 29.500 contre 10.500.

2°) Application de la représentation proportionnelle à la plus forte moyenne

Avec cette technique, on part des sièges restants et on détermine les moyennes obtenues par chaque liste à partir du rapport entre les suffrages obtenus et la somme des sièges réels et d'un siège fictif. La liste qui a la plus forte moyenne disposera du premier siège restant à attribuer.

$$\begin{array}{l} 29.500 \\ \text{Liste A} = \frac{\text{-----}}{1\text{S réel} + 1\text{S fictif} = (2)} = 14.750 \end{array}$$

$$\begin{array}{l} 25.000 \\ \text{Liste B} = \frac{\text{-----}}{1\text{SR} + 1\text{SF} = (2)} = 12.500 \end{array}$$

$$\begin{array}{l} 15.000 \\ \text{Liste C} = \frac{\text{-----}}{\text{OSR} + 1\text{SF} = (2)} = 15.000 \end{array}$$

$$\begin{array}{l} 13.000 \\ \text{Liste D} = \frac{\text{-----}}{\text{OSR} + 1\text{SF} = (1)} = 13.000 \end{array}$$

$$\begin{array}{l} 10.500 \\ \text{Liste E} = \frac{\text{-----}}{\text{OSR} + 1\text{SF} = (1)} = 10.500 \end{array}$$

$$\begin{array}{l} 7.000 \\ \text{Liste F} = \frac{\text{-----}}{\text{OSR} + 1\text{SF} = (1)} = 7.000 \end{array}$$

La liste C disposant de la plus forte moyenne avec 15.000 voix, le premier siège à pourvoir lui sera attribué. Son siège fictif se transformera alors en siège réel. Ensuite, on reprend la même opération pour l'attribution du second siège restant à pourvoir.

$$\begin{array}{l} 29.500 \\ \text{Liste A} = \frac{\text{-----}}{1\text{S réel} + 1\text{S fictif} = (2)} = 14.750 \end{array}$$

$$\begin{array}{l} 25.000 \\ \text{Liste B} = \frac{\text{-----}}{1\text{SR} + 1\text{SF} = (2)} = 12.500 \end{array}$$

Théorie constitutionnelle

$$\begin{array}{l} 15.000 \\ \text{Liste C} = \frac{\text{-----}}{\text{OSR} + 1\text{SF}} = 7.500 \end{array}$$

$$\begin{array}{l} 13.000 \\ \text{Liste D} = \frac{\text{-----}}{\text{OSR} + 1\text{SF}} = 13.000 \end{array}$$

$$\begin{array}{l} 10.500 \\ \text{Liste C} = \frac{\text{-----}}{\text{OSR} + 1\text{SF}} = 10.500 \end{array}$$

$$\begin{array}{l} 7.000 \\ \text{Liste F} = \frac{\text{-----}}{\text{OSR} + 1\text{SF}} = 7.000 \end{array}$$

La seconde opération est favorable à la liste A qui a la plus forte moyenne avec 14.500. Elle aura donc le second siège restant à pourvoir.

On continue la même opération pour l'attribution du dernier siège restant à pourvoir

$$\begin{array}{l} 29.500 \\ \text{Liste A} = \frac{\text{-----}}{2\text{S réel} + 1\text{S fictif}} = 9.833 \end{array}$$

$$\begin{array}{l} 25.000 \\ \text{Liste B} = \frac{\text{-----}}{1\text{SR} + 1\text{SF}} = 12.500 \end{array}$$

$$\begin{array}{l} 15.000 \\ \text{Liste C} = \frac{\text{-----}}{\text{OSR} + 1\text{SF}} = 7.500 \end{array}$$

$$\begin{array}{l} 13.000 \\ \text{Liste D} = \frac{\text{-----}}{\text{OSR} + 1\text{SF}} = 13.000 \end{array}$$

$$\begin{array}{l} 10.500 \\ \text{Liste C} = \frac{\text{-----}}{\text{OSR} + 1\text{SF}} = 10.500 \end{array}$$

$$\begin{array}{l} 7.000 \\ \text{Liste F} = \frac{\text{-----}}{\text{OSR} + 1\text{SF}} = 7.000 \end{array}$$

Avec une moyenne de 13.000, la liste D aura le dernier siège restant à pourvoir.

Théorie constitutionnelle

L'application de la représentation proportionnelle à la plus forte moyenne au cas d'espèce donnera la représentation parlementaire suivante :

Liste A = 2 sièges ; Liste B = 1 siège ; Liste C = 1 siège, Liste D = 1 siège.

Les listes E et F ne seront pas représentées alors que l'application du plus fort reste avait permis à la Liste E d'avoir 1 siège. Ainsi qu'on peut le constater, cette technique est favorable aux grands partis.

III. LA REPRESENTATION PROPORTIONNELLE SELON LA METHODE D'HONDT

La technique d'Hondt permet d'éviter les incertitudes provenant des restes en aboutissant plus rapidement, à la suite d'opérations mathématiques, aux mêmes résultats que la représentation proportionnelle à la plus forte moyenne. Pour ce faire :

- on divise successivement le nombre de suffrages obtenus par chaque liste par les nombres cardinaux 1, 2, 3, jusqu'à proportion du nombre de listes en compétition ;
- on classe les quotients obtenus par les listes par ordre décroissant jusqu'à concurrence du nombre de sièges à pourvoir ;
- le dernier quotient est appelé dénominateur commun ou nombre répartiteur ;
- autant de fois que le dénominateur commun contenu dans une liste, autant de fois cette liste aura d'élus.

Le système d'Hondt permet d'éviter les restes. Il est défavorable aux petits partis car ceux qui ont obtenu un nombre de voix inférieur au dénominateur commun ne seront pas pris en compte dans la répartition des sièges.

Restons toujours dans le cadre de la circonscription électorale où il y a 5 sièges à pourvoir pour une élection législative pour 100.000 suffrages exprimés ; les 6 partis en compétition obtenant respectivement : A. 29.500 voix ; B.25.000 ; C.15.000 ; D. 13.000 ; E. 10.500 ; F.7.000.

Liste A	Liste B	Liste C	Liste D	Liste E	Liste F
29.500	25.000	15.000	13.000	10.500	7.000
14.750	12.500	7.500	6.500	5.250	3.500
9.833	8.333	5.000	4.333	3.500	2.300
7.375	6.250	3.750	3.250	2.625	1.750
5.900	5.000	3.000	2.600	2.100	1.400
4.916	4.166	2.500	2.166	1.750	1.166

Pour connaître le dénominateur commun également appelé chiffre répartiteur ou diviseur commun, on range les quotients obtenus dans l'ordre croissant jusqu'à concurrence du nombre de sièges à pourvoir ; soit 29.500 - 25.000 - 15.000 - 14.750 - 13.000.

Théorie constitutionnelle

Autant de fois, ce dénominateur commun (13.000) est contenu dans les suffrages obtenus par une liste, autant de fois cette liste aura de sièges.

$$\text{Liste A} = \frac{29.500}{13.000} = 2 \text{ sièges}$$

$$\text{Liste B} = \frac{25.000}{13.000} = 1 \text{ siège}$$

$$\text{Liste C} = \frac{15.000}{13.000} = 1 \text{ siège}$$

$$\text{Liste D} = \frac{13.000}{13.000} = 1 \text{ siège}$$

Liste A = 2 sièges; Liste B = 1 siège; Liste C = 1 siège; Liste D = 1 siège.

La technique d'Hondt permet de contourner les difficultés résultant des restes. Elle n'intègre pas dans la répartition des sièges tous les partis dont le nombre de suffrages obtenus est inférieur au dénominateur commun. Aboutissant aux mêmes résultats que le système de la plus forte moyenne, cette technique est favorable aux grands partis.

IV. LES AUTRES VARIANTES DE LA REPRÉSENTATION PROPORTIONNELLE

La représentation proportionnelle a fait l'objet de plusieurs adaptations. Nous n'en retiendrons toutefois que deux : le système du vote unique transférable et la représentation proportionnelle personnalisée.

a. Le système du vote unique transférable

Egalement appelé **système de Hare** du nom de celui qui l'a imaginé en 1857, le système du vote unique transférable permet à l'électeur de voter d'abord pour un candidat et d'indiquer ensuite ses préférences pour un ou plusieurs autres. Dès que le candidat choisi par l'électeur atteint le quotient électoral, les suffrages en plus sont transférés au candidat préféré en première ligne, jusqu'à ce que celui-ci ait également fait son plein de suffrages, les voix restantes passent alors au candidat préféré en seconde ligne, puis à celui préféré en troisième ligne et ainsi de suite, jusqu'à l'attribution totale des sièges à pourvoir.

Dans ce système, il n'y a pas, à proprement parler de liste mais une simple nomenclature des candidats dont les circonscriptions sont regroupées pour permettre l'exercice des préférences. L'attribution des sièges est longue, mais ce système donne une grande liberté aux électeurs. Le système de Hare, considéré comme la forme anglaise de la représentation proportionnelle, est appliqué en Irlande et également en Ulster depuis 1973.

b. La représentation proportionnelle personnalisée

Ce mode de scrutin qui en réalité est un scrutin mixte combine le scrutin majoritaire à un tour et la représentation proportionnelle. Il est en vigueur en RFA et au Sénégal depuis 1982 pour les élections législatives. Dans ce système, l'électeur dispose de deux voix qu'il exprime par un seul bulletin de vote. En mettant son bulletin dans l'urne, il choisit d'abord un candidat ou une liste de candidats en lice dans une circonscription électorale donnée au scrutin majoritaire à un tour. Le même bulletin va entrer en compte en faveur de la liste nationale présentée par son parti ou sa coalition à la représentation proportionnelle à la plus forte moyenne (RFA) ou selon le système des plus forts restes (Sénégal).

PARAGRAPHE II : LES INCIDENCES DES MODES DE SCRUTIN

Le choix d'un mode de scrutin est souvent guidé par des considérations stratégiques. Un tel choix est loin d'être innocent car les majorités politiques qui s'expriment au Parlement sont souvent enclines de choisir un mode de scrutin qui les avantage le plus.

La détermination de ce choix est, en réalité, fonction de l'ambivalence même de l'élection qui permet au peuple de choisir ses représentants et d'envoyer, par la même occasion, au parlement une majorité de laquelle va émaner le pouvoir exécutif. Le choix dépend dès lors de l'option entre l'efficacité et la justice électorale. A cet égard, il a été relevé que les scrutins majoritaires sont plus favorables à l'efficacité alors que la représentation proportionnelle assure une plus grande justice au détriment de l'efficacité.

A. L'EFFICACITE DES SCRUTINS MAJORITAIRES

Les scrutins majoritaires permettent la constitution de majorités parlementaires stables et cohérentes en mesure de soutenir l'action du gouvernement pendant la durée de la législature.

I. LE SCRUTIN MAJORITAIRE A UN TOUR ET LE BIPARTISME

Le scrutin majoritaire à un tour est brutal. Il écrase les petites formations en amenant l'électeur à voter utile, non pas pour le parti qui reflète au mieux ses préoccupations mais pour le parti qui a le plus de chance de remporter l'élection ou bien contre le parti dont il ne souhaite pas qu'il accède au pouvoir.

Dans ce système, la bataille ne se situe pas au niveau du vote des militants ou sympathisants mais à la masse des électeurs indécis appelés "électeurs flottants" qui font la différence entre les grands partis. Le scrutin majoritaire à un tour a un effet déformateur car il donne une fausse représentation électorale en amplifiant artificiellement les majorités issues du scrutin et en cultivant une sous-représentation des minorités qui sont souvent absentes dans le cadre de la représentation parlementaire. En Angleterre, ce mode de scrutin conduit au bipartisme qui est un système fondé sur l'exercice du pouvoir politique par la majorité sous le contrôle de l'opposition et sous l'arbitrage du peuple.

II. LE SCRUTIN MAJORITAIRE A DEUX TOURS ET LA BIPOLARISATION

Théorie constitutionnelle

Ce mode de scrutin essaie de concilier la diversité des partis et leur regroupement. S'il n'assure pas la représentation parlementaire des petites formations, il leur permet notamment de peser sur la balance en amenant les grandes formations à prendre en charge leurs doléances, en contrepartie de leur désistement et de leur soutien au second tour. L'élection se faisant à la majorité relative au second tour, la constitution d'alliances à partir des courants et/ou des grandes familles s'avère indispensable pour ne pas disperser les énergies nécessaires à l'élection du candidat le mieux placé. Si bien le second tour débouche sur une bipolarisation des forces politiques et à l'avènement de majorités parlementaires de coalition mais assurant néanmoins la stabilité de l'exécutif qu'elles soutiennent.

En définitive, le scrutin majoritaire à un tour tend à la formation de partis multiples et dépendants.

B. LA REPRESENTATION PROPORTIONNELLE ET LA JUSTICE ELECTORALE

La représentation proportionnelle photographie le plus fidèlement les fluctuations de l'électorat et assure une représentation parlementaire de chaque parti en fonction de son poids électoral. Ce mode de scrutin est équitable. Il est plus conforme à la justice électorale car il offre des chances de représentation parlementaire aux petits partis.

Néanmoins, cette justice est assurée au détriment de l'efficacité car la représentation proportionnelle encourage le fractionnement, donc la multiplicité des partis politiques. En effet, offrant des chances à tous les partis, ce mode de scrutin ne pousse pas les partis à s'unir mais, au contraire, tend à encourager l'atomisation du paysage partisan. Il ne favorise pas le regroupement car chaque parti a intérêt à se battre sous sa propre bannière.

Il débouche alors un multipartisme intégral rendant difficile la constitution de majorités parlementaires cohérentes et stables. Au contraire, l'absence de majorité parlementaire renforce le poids de l'appareil des partis à travers l'emprise des états-majors partisans sur la volonté des militants ou sympathisants.

En définitive, la représentation proportionnelle cultive des compromis permanents et débouche sur une confiscation de la souveraineté du peuple par les oligarchies partisans.

Théorie constitutionnelle
UNIVERSITE CATHOLIQUE DE L'AFRIQUE DE L'OUEST
(UCAO)

FACULTE CATHOLIQUE DE BAMAKO



THEORIE CONSTITUTIONNELLE

1° Année sciences juridiques

Fascicule n°2

El Hadj MBODJ

*Agrégé des Facultés de droit
Université Cheikh Anta Diop de Dakar (SENEGAL)*

Droits réservés

Cours du Prof. El Hadj Mbodj

CHAPITRE II : L'ORGANISATION CONSTITUTIONNELLE DU POUVOIR DEMOCRATIQUE

Le pouvoir démocratique qui trouve son fondement dans le corps social duquel émane toute autorité, doit être organisé de sorte à éviter qu'il ne dérive en despotisme et qu'il soit plus soucieux de la protection des libertés fondamentales.

En proposant une technique d'organisation politique dans lequel les fonctions sont séparées et confiées à des organes distincts qui peuvent, le cas échéant, se contrecarrer ou s'annihiler, Montesquieu a légué à l'histoire politique la théorie de la séparation des pouvoirs (Section I) qui sous-tend, de nos jours, toute l'organisation constitutionnelle des régimes politiques démocratiques (Section II).

SECTION I : LA THEORIE DE LA SEPARATION DES POUVOIRS

La théorie de la séparation des pouvoirs est un des piliers fondamentaux du droit public en général et une pierre angulaire du système constitutionnel libéral.

La distinction et la spécialisation des fonctions sociales sont antérieures au siècle des lumières. Elles ont été formulées en des termes voisins chez Aristote (Politique) et théorisées pour la première fois par John Locke (⁶⁶). Toutefois, la théorie de la séparation des pouvoirs a acquis ses titres de noblesse avec Montesquieu qui l'a systématisée en lui donnant une forme d'expression dans « L'esprit des lois » (1748). Elle a reçu sa consécration juridique dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 qui l'a érigée en une sorte de dogme, une véritable règle d'or en dehors de laquelle il ne pouvait y avoir aucune organisation valable des pouvoirs (⁶⁷).

Malgré des multiples interprétations multiples et les critiques dont elle a été l'objet, la théorie de la séparation des pouvoirs conserve toujours sa pertinence, plus de deux siècles après sa formulation et sa systématisation.

PARAGRAPHE I : L'EXPOSE DE LA THEORIE

La séparation des pouvoirs est une inhérence de l'organisation sociétale. On la trouve à un niveau biologique où on distingue chez la personne humaine, la tête et le bras. De même, les tâches sociales sont spécialisées et confiées à des personnes différentes. Il n'est donc pas surprenant que cette séparation des rôles se retrouvât également au niveau de l'Etat où l'on distingue l'expression de la volonté à travers la faculté d'édicter des normes et l'action ou l'exécution de la volonté du souverain.

⁶⁶ Locke (J.), Essai sur le gouvernement civil - en 2 tomes publiés en 1689 et 1690

⁶⁷ Cf. 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".

Théorie constitutionnelle

La théorie de la séparation des pouvoirs est intimement liée au contexte historique et à la philosophie politique du système libéral. Les valeurs sous-tendues et véhiculées par cette théorie ont reçu une consécration organisationnelle avec Montesquieu qui a élaboré sa théorie à partir de l'observation du fonctionnement du régime politique anglais.

A. LES VALEURS SOUS-TENDUES

Le livre XI, chapitre 6 intitulé "De la Constitution d'Angleterre" de l'Esprit des Lois est l'épine dorsale de la théorie politique de Montesquieu en ce sens qu'il fait ressortir clairement la finalité libertaire de la séparation des pouvoirs ainsi que l'organisation constitutionnelle la mieux appropriée pour préserver les libertés fondamentales.

I. LA FINALITE LIBERTAIRE

A la différence de Jean Jacques ROUSSEAU considéré comme un démocrate, Charles de SEGONDAT, Baron de BREDE et de MONTESQUIEU (1689-1755) est un libéral. Sa théorie repose sur le diptyque **liberté/individu** plutôt que sur le binôme **égalité/groupe**. En effet, sa préoccupation majeure fut de trouver des voies et moyens permettant d'éviter le despotisme et de garantir la liberté politique qui est constamment menacée par le pouvoir que les libéraux considèrent comme un danger permanent pour la liberté. Ainsi que le restitue le célèbre aphorisme de LORD ACTON, "**Le pouvoir rend fou, le pouvoir absolu rend absolument fou**".

Partant du constat que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser, Montesquieu propose une thérapie limitant le pouvoir pour en éviter les abus. Pour l'auteur de l'**Esprit des Lois**, par la disposition des choses, il faut que "**le pouvoir arrête le pouvoir**".

La séparation des pouvoirs conduit à un système de gouvernement modéré reposant sur une différenciation des fonctions qui sont confiées à des organes différents ⁽⁶⁸⁾.

II. L'ORGANISATION DES POUVOIRS

Pour l'auteur de la séparation des pouvoirs ⁽⁶⁹⁾, il y a dans chaque Etat, trois sortes de pouvoir : la puissance législative, la puissance exécutive des choses dont dépend le droit des gens et la puissance exécutive dont dépend le 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 ambassadeurs, établit la sûreté, prévient les invasions.

⁶⁸ Ainsi que le montre Althusser, le principe de la séparation des pouvoirs se présente comme un procédé de cantonnement du pouvoir, et non point de distribution au bénéfice de l'ensemble des individus composant la société (cf. Montesquieu, la politique et l'histoire, 5 éd, 1981).

⁶⁹ Livre XI, chapitre.VI

Théorie constitutionnelle

Par la troisième, il punit les crimes ou tranche les différends opposant les particuliers. On appellera cette dernière la puissance de juger, et l'autre simplement la puissance exécutive de l'Etat.

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

Aussi, n'y a-t-il point de liberté si dans la même personne ou dans le même corps la puissance législative est réunie à la puissance exécutive, parce qu'on peut craindre que le même monarque ou le même Sénat ne fasse des lois tyranniques pour les exécuter tyranniquement.

De même, la liberté est une chimère si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de la puissance exécutive. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et sur la liberté des citoyens serait arbitraire ; car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutive, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur.

Toutefois, les trois pouvoirs et les organes qui les expriment ne sont pas sur un même piédestal. En d'autres termes, le législatif, l'exécutif et le judiciaire ne sont pas placés sur un pied d'égalité et dotés chacun de pouvoirs ayant la même importance. Montesquieu dit lui-même que **la puissance de juger est nulle et invisible** car, selon lui, les juges ne sont que la bouche qui prononce des paroles de loi. Ils sont en quelque sorte des êtres inanimés.

Il ne reste alors que deux pouvoirs qui seuls comptent réellement sur le plan politique et dont chacun devrait être doté d'une faculté d'arrêter ou d'empêcher l'autre. Le pouvoir législatif doit avoir la faculté d'empêcher, les cas échéant, l'exécutif, mais ce dernier doit détenir la même faculté au regard du législatif. Aucun pouvoir ne peut tendre à l'omnipotence du fait de l'enchaînement mutuel des forces.

B. L'EXPRESSION DU PRINCIPE DE LA SEPARATION DES POUVOIRS

La réflexion fondamentale de Montesquieu tourne autour de la mise en place de structures et d'un système de gouvernement le mieux à même de garantir la liberté dans sa dimension individuelle. La séparation des pouvoirs érigée en principe d'organisation et d'aménagement du pouvoir politique a été sa principale trouvaille. Pour l'auteur de "l'Esprit des lois", en divisant le Pouvoir et en le répartissant entre des organes séparés et indépendants, on l'affaiblit globalement car les trois organes concurrents et équilibrés se neutralisent mutuellement au grand bénéfice des citoyens.

Ce principe de la séparation des pouvoirs a été érigé en véritable dogme constitutionnel de l'idéologie libérale dont il est devenu son credo ⁽⁷⁰⁾. Pour les révolutionnaires de 1789, aucune

⁷⁰Les premières applications des idées de Montesquieu ont été le fait des pères-fondateurs de la constitution américaine de 1787 (Hamilton, Madison, etc.), et les rédacteurs de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 (Sièyes, Benjamin Constant) qui ont essayé de traduire fidèlement en système d'organisation du pouvoir politique la pensée de Montesquieu.

Théorie constitutionnelle

forme d'organisation juridique n'est démocratiquement recevable si elle ne se conforme pas aux principes de la séparation des pouvoirs. Un texte ne peut accéder à la dignité de Constitution que si, au préalable, la séparation des pouvoirs est déterminée sinon il ne pourra jamais être considéré une constitution au sens libéral du terme, même s'il l'est au sens littéral. Ce dogme de la séparation des pouvoirs a été poussé jusqu'à son paroxysme par la Constitution du 3 septembre 1791, qualifiée par Burdeau de "monstre politiquement non viable" ⁽⁷¹⁾.

Dans son contenu, ce principe épouse, selon la doctrine traditionnelle, deux règles distinctes dont la combinaison est de nature à conduire à la finalité libertaire de cette théorie: la règle de la spécialisation et le règle de l'indépendance.

I. LA REGLE DE LA SPECIALISATION

La règle de la spécialisation part de la relation entre la fonction et l'organe: la première est une activité prise en charge par la seconde. L'Etat fait la loi, il l'exécute et il tranche les litiges. Il résulte de l'activité de l'Etat trois fonctions primordiales - législative, exécutive et judiciaire - assurées par trois autorités ou organes spécialisés chacun dans l'exercice de l'une des fonctions.

Cette règle signifie, dans l'absolu, que chaque organe de l'Etat est spécialisé dans l'exercice d'une fonction. Il ne devra exercer que cette seule fonction, mais devra l'exercer entièrement. Toutes les lois doivent être l'œuvre du législatif et tous les actes matériels d'exécution l'œuvre de l'exécutif et tous les actes de règlement des différends l'œuvre du judiciaire. En conséquence, chaque organe devra s'abstenir de s'ingérer dans l'exercice des fonctions assignées à un autre organe.

II. LA REGLE L'INDEPENDANCE

La séparation n'est pas seulement fonctionnelle mais aussi et surtout organique dans la mesure où les trois fonctions séparées sont confiées à trois pouvoirs (légiférer, exécuter et juger) exercés par des organes différents et distincts les uns des autres. Chaque organe ne peut agir que sur lui-même et n'a aucun moyen d'action dans le domaine d'intervention de l'autre. L'exécutif n'intervient pas dans l'exercice de la fonction législative, il ne dispose pas d'un droit d'entrée dans les assemblées et ne peut dissoudre le Parlement. De son côté, le législatif ne dispose d'aucune prérogative vis-à-vis de l'exécutif; il ne participe pas au choix de ses membres ou à la détermination de la politique nationale et ne peut mettre fin à l'existence juridique du gouvernement. Il en résulte une indépendance existentielle de chaque organe.

PARAGRAPHE II :LES AVATARS DE LA THEORIE DE LA SEPARATION DES POUVOIRS

Cette théorie de la séparation des pouvoirs a connu des fortunes diverses au cours son évolution. Elle a subi de vives critiques et remises en cause ⁽⁷²⁾. Même si elle a surmonté

⁷¹Burdeau (G) : Droit constitutionnel et institutions politiques, 19e éd., Paris, LGDJ. 1980 , p.158.

⁷²Voir par exemple les critiques de la séparation des pouvoirs par : Carré de Malberg dans **Contribution à la théorie générale de l'Etat**, Sirey, 1922. 2 vol. Ce classique du droit public français estime que la séparation des pouvoirs envisagée par Montesquieu est irréalisable car impliquant une division des

Cours du Prof. El Hadj Mbodj

l'épreuve de l'usure des temps, la théorie de la séparation des pouvoirs doit être relativisée (⁷³), à la lumière de la dimension nouvelle qu'elle emprunte actuellement dans les démocraties contemporaines.

A. LA RELATIVISATION DE LA SEPARATION DES POUVOIRS

Charles Eisenmann a rénové l'interprétation du principe de la séparation des pouvoirs dans l'œuvre de Montesquieu (⁷⁴). Pour ce classique du droit public français, le cloisonnement ou le cantonnement qui ressort d'une lecture rapide de l'Esprit des lois, ne recoupe pas la vision que Montesquieu avait de la séparation des pouvoirs. Au contraire, une lecture attentive de l'Esprit des Lois montre que dans la séparation des pouvoirs, telle qu'elle est conçue par Montesquieu, il n'est nullement question d'un cloisonnement ou d'un cantonnement rigide, organique et fonctionnel des pouvoirs mais d'une simple distinction des tâches complétée par une collaboration qui s'établit entre eux.

Loin d'un isolement des pouvoirs, le Père de la séparation des pouvoirs semble plutôt envisager une collaboration, ou tout au moins, des interférences entre les pouvoirs qui doivent "aller de concert", c'est-à-dire collaborer, tant est si bien que la séparation des pouvoirs est en réalité souple et non rigide. Dans la construction de Montesquieu, la séparation des pouvoirs est parfaitement compatible avec la collaboration entre des organes séparés, telle par exemple, celle qui existe souvent entre le Parlement et le Roi dans l'exercice de la fonction législative (initiative des lois, promulgation ou veto, etc.).

En conséquence, la théorie de la séparation des pouvoirs de Montesquieu est sous-tendue par l'idée de modération qui requiert une certaine collaboration que le cantonnement de chaque organe dans l'exercice d'une fonction déterminée ne peut cultiver.

En définitive, la séparation des pouvoirs implique concrètement que :

-deux organes sur trois ne soient pas constitués exactement et uniquement d'éléments appartenant à l'autre organe ;

-un seul organe ne peut exercer complètement deux fonctions ; la liberté est menacée si une même personne ou un même corps de représentants exerce simultanément la fonction exécutive et la fonction législative, ou encore la fonction législative et la fonction juridictionnelle ou enfin la fonction juridictionnelle et la fonction exécutive ;

pouvoirs qui non seulement paralyserait la puissance de l'Etat, mais encore ruinerait son unité. Il préfère plutôt mettre l'accent sur la hiérarchie des pouvoirs car si séparation il y a, elle porte, non pas sur les fonctions matérielles, mais sur des degrés de puissance formelle.

⁷³Une simple "règle d'art.politique, d'opportunité, de bon aménagement des pouvoirs publics", selon Joseph Bathélemy.

⁷⁴Eisenmann (Ch.): La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu, Bicentenaire de l'Esprit des Lois, 1748-1948, Paris, Rec.Sirey, 1952, p.133 et s.

Théorie constitutionnelle

-chacun des organes doit être composé de manière pluraliste : le pouvoir législatif doit être composé de deux chambres (bicaméralisme) et le pouvoir exécutif bicéphale (deux têtes : le chef de l'Etat et le chef du gouvernement).

B. L'EVOLUTION CONTEMPORAINE DE LA SEPARATION DES POUVOIRS

L'observation du fonctionnement des régimes contemporains met en lumière un certain dépassement de la séparation des pouvoirs en raison de la concentration du pouvoir d'Etat entre les mains d'une majorité parlementaire.

Le phénomène majoritaire est une caractéristique générale des démocraties parlementaires contemporaines. Il trouve son fondement dans la conjonction de facteurs institutionnels et politiques. Il est généralement provoqué par les scrutins majoritaires (à un tour ou à deux tours) qui, par l'effet d'écrasement qu'ils entraînent, permettent l'avènement à la chambre élue du Parlement d'une majorité parlementaire (homogène ou de coalition) suffisamment cohérente et disciplinée pour soutenir l'action de l'exécutif. L'Assemblée est alors politiquement contrôlée par l'exécutif qui est, en réalité, l'état-major de la majorité parlementaire.

Dans le cadre du parlementarisme rationalisé, le gouvernement dispose d'artifices juridiques lui permettant de discipliner les parlementaires récalcitrants de sa majorité (vote bloqué, question de confiance, menace de dissolution, etc.). Dans les faits, l'exercice du pouvoir législatif se déplace de l'Assemblée au Gouvernement qui conserve ses prérogatives exécutives explicites tout en orientant ou contrôlant, selon les cas, les conditions d'élaboration et d'adoption de la loi. L'Assemblée devient une chambre d'enregistrement ou de ratification des projets de loi déposés par l'exécutif. Les propositions de loi émanant des députés ne deviennent des lois que si elles recueillent l'assentiment de l'exécutif.

En lieu et place d'une séparation des pouvoirs, on assiste actuellement dans les démocraties contemporaines à une véritable concentration des pouvoirs qui, malgré tout, ne débouche pas sur un système de gouvernement tyrannique. Au contraire, cette concentration des pouvoirs est démocratique du fait du renouvellement périodique du mandat des gouvernants suite à des élections transparentes, du contrôle de la légalité des actes des gouvernants et du poids de l'opinion publique qui est, de plus en plus, prise en compte dans la gestion du pouvoir politique.

La séparation des pouvoirs a une valeur heuristique indéniable car elle permet de distinguer les différents régimes politiques.

SECTION II : LES REGIMES POLITIQUES

Le régime est souvent confondu avec le système, alors que les réalités scientifiques couvertes par ces concepts sont fort différentes. Le système relève de la science politique alors que le régime est un concept inventé par le droit constitutionnel.

Le système est un ensemble cohérent composé d'éléments qui sont en interaction entre eux, si bien que tout changement affectant un de ces éléments se répercute sur les autres et sur le tout. Le système politique renvoie aux interférences entre les structures composant l'appareil

Théorie constitutionnelle

d'Etat, les forces politiques, les systèmes de croyances et de valeurs en vue de la conquête ou la conservation du pouvoir qui permet l'allocation de choses de valeur ou la production de décisions impératives pour leurs destinataires.

Le régime politique est un ensemble ordonné d'institutions et d'organes organisés par un droit positif sous-tendu par des valeurs officiellement consacrées organisant le cadre d'action d'un pouvoir légitime. Le régime politique est voulu et organisé tel que par le droit alors que le système est subi, imposé.

La doctrine constitutionnelle et politique est partie des différentes formes d'aménagement de la séparation des pouvoirs pour distinguer les régimes parlementaire et présidentiel :

- le premier se caractérisant par une séparation souple impliquant une collaboration entre ces deux organes qui expriment la volonté politique de l'Etat.
- le second se fonde sur une séparation rigide organico-fonctionnelle des pouvoirs exécutif et législatif. A côté de ces deux catégories classiques de régime politique, il existe des variables intermédiaires corrigeant les applications perverses des deux formes absolues de régime.

PARAGRAPHE I : LE REGIME PARLEMENTAIRE

Le régime parlementaire est, de nos jours, la forme d'organisation du pouvoir politique la plus répandue dans les démocraties libérales. Cette forme d'organisation du pouvoir n'est pas homogène car ses applications diffèrent d'un environnement socio-politique à un autre et, de surcroît, ce régime évolue constamment. L'étude du régime parlementaire peut dès lors s'articuler autour de trois axes : son apparition, ses traits caractéristiques et son évolution.

A. L'AVENEMENT DU REGIME PARLEMENTAIRE

Le régime parlementaire n'est pas le résultat d'une construction théorique préalable mais un produit de l'histoire politique de l'Angleterre. Il convient alors de situer l'apparition du régime parlementaire dans une perspective diachronique car la dimension historique permet d'en saisir les données permanentes de ce type de régime.

L'avènement du régime parlementaire est lié à la conquête progressive du pouvoir démocratique par le peuple. Pour les historiens, le régime parlementaire serait né au point d'intersection de la courbe déclinante du pouvoir royal et de celle ascendante du pouvoir parlementaire. Il apparaissait au départ comme un moyen de conciliation de ces deux sites du pouvoir qui, se trouvant à égalité, doivent aller de "concert" dans la gestion du pouvoir politique.

Les mécanismes du régime parlementaire ont été institués progressivement afin de mieux asseoir la collaboration des pouvoirs royal et parlementaire par le biais du cabinet ministériel qui en est sa "pièce maîtresse" (Burdeau) dans la mesure où cet "organe de liaison" (Prélot), nommé par le roi, ne peut se maintenir que s'il bénéficie de la confiance des représentants du peuple. De par sa place dans le dispositif institutionnel, le gouvernement va, par la force des circonstances politiques, s'emparer et exercer l'essentiel des prérogatives exécutives du monarque et ce, sous le contrôle de la chambre élue du parlement devant laquelle il est responsable.

Théorie constitutionnelle

Les circonstances historiques qui ont secrété le régime parlementaire en Angleterre sont multiples :

- **Les cycles révolutionnaires** : la remontée de l'histoire politique de l'Angleterre nous ramène à la Grande Charte 1215 par laquelle le Roi Jean Sans Terre concédait un certain nombre de droits et de privilèges à ses sujets, notamment le consentement à l'impôt levé par le Grand Conseil qui va se transformer en Parlement au XIXs. Au 17e siècle, l'Angleterre connut deux révolutions libérales majeures sanctionnées par des déclarations de droits fondamentaux : la pétition des droits de 1629, l'Habeas corpus de 1679, et le Bill of Rights de 1689. Or, ainsi que l'écrivaient Prélot et Boulouis, "la révolution ne nuit pas seulement au régime qu'elle renverse, elle rend parfois vulnérable celui qu'elle institue en prouvant que les gouvernements sont mortels" ⁽⁷⁵⁾.
- **Des questions de personnes** sont venues se greffer à l'évolution avec l'avènement au trône d'Angleterre d'une branche dynastique qui n'est pas favorable au prestige des rois. A partir de l'avènement de la maison du Hanovre, l'Angleterre a connu une série de rois vraiment impossibles ⁽⁷⁶⁾.
- **Le déplacement du pouvoir exécutif du monarque à l'équipe des ministres** qui, progressivement se détache de lui en siégeant en dehors de lui dans une petite pièce, "le cabinet" qui va ainsi donner son nom à l'institution gouvernementale. La pratique devient rapidement une coutume, si bien que le roi va finir par perdre la présidence des délibérations du conseil des ministres. Le pouvoir allant de pair avec la responsabilité, les actes du Roi font l'objet d'un contreseing ministériel qui permet aux différents ministres chargés de leur exécution d'en endosser la responsabilité politique.
- **il s'y ajoute l'extension du pouvoir de suffrage**, corrélativement à la restriction des prérogatives de la Chambre des Lords par les Parliament Acts de 1911 et 1949.
- enfin, parallèlement à cette ascension du pouvoir ministériel face au déclin du pouvoir royal, **les ministres sont devenus responsables devant le parlement**. Sur eux, pèse désormais l'obligation de se retirer lorsqu'ils sont en désaccord avec la Chambre des Communes qui est la chambre élue du Parlement britannique. Cette responsabilité politique est née d'un avatar de la procédure de l'impeachment qui est une procédure de mise en jeu de la responsabilité pénale d'un titulaire d'un rôle politique donné. En effet, c'est en les menaçant de les mettre en accusation devant la chambre des Lords que les ministres ont pris l'habitude de se retirer à la suite d'un vote de méfiance de la Chambre des Communes⁽⁷⁷⁾. La transformation de "l'impeachment" en mécanisme politique

⁷⁵Prélot et Boulouis, Institutions politiques et Droit Constitutionnel ; Paris, Précis Dalloz, 1987, p.162.

⁷⁶C'est la série des Rois Georges (1714-1834) dont le premier ne parlait pas l'anglais et se désintéressait des débats ministériels, le second n'essayait pas d'ôter aux ministres l'indépendance qu'ils avaient acquise sous son prédécesseur, le troisième était fou, le quatrième était dépourvu de tout prestige à raison de sa vie conjugale, le cinquième était très effacé. Cf. Prélot et Boulouis, *ibid.*, p.162.

⁷⁷Lord Walpole fut le premier Premier Ministre à démissionner suite à une menace d'impeachment en

Cours du Prof. El Hadj Mbodj

Théorie constitutionnelle

d'engagement de la responsabilité du gouvernement devant la Chambre élue du Parlement marque, historiquement, l'avènement en 1782 du régime parlementaire en Angleterre.

Ailleurs, dans les pays de l'Europe continentale notamment (France ⁽⁷⁸⁾, Allemagne, etc.), le régime parlementaire n'a pas été vécu. Au contraire, il a été voulu dans ces pays qui ont cherché à le "normer", c'est-à-dire à l'organiser formellement dans les constitutions par référence à la pratique britannique. Toutefois, les conséquences de ce régime parlementaire importé ont été désastreuses car les régimes ainsi construits au lendemain de la première guerre mondiale avaient balisé la voie aux régimes autoritaires (le III^e Reich, le régime de Vichy, le régime fasciste de Mussolini, etc.) qui avaient entraîné l'humanité au bord du gouffre.

B. LES TRAITS CARACTERISTIQUES DU REGIME PARLEMENTAIRE

Le régime parlementaire peut être défini de manière opératoire comme un régime à base de séparation souple des pouvoirs sous-tendue par des interférences qui traduisent une collaboration des pouvoirs.

I. LA SEPARATION DES POUVOIRS

Le régime parlementaire est avant tout un régime fondé sur une séparation des pouvoirs qui implique une véritable différenciation organique et fonctionnelle entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif.

a. Le pouvoir exécutif

Conformément à la tradition constitutionnelle et politique héritée du siècle des lumières, le pouvoir exécutif est chargé d'exécuter, c'est-à-dire d'appliquer ou de concrétiser la volonté du peuple telle qu'elle est exprimée par ses représentants élus au Parlement. Ce pouvoir exécutif peut être monocéphale (une seule tête qui est généralement le Chef de l'Etat qui est en même temps le chef du gouvernement) ou bicéphale (deux têtes bien distinguées : le chef de l'Etat et le chef du gouvernement).

1742. Toutefois, il convient de relever que son retrait était individuel. En réalité, ce fut le Premier Ministre Lord North qui, en démissionnant avec toute son équipe en 1782 face à la menace de la Chambre des Communes de le traduire devant la Chambre des Lords, déclencha le précédent qui devait, par la suite, engendrer le principe de la responsabilité politique du gouvernement devant la chambre élue du Parlement.

⁷⁸Le parlementarisme français est une importation d'Angleterre où, durant son exil Outre Manche, Louis XVIII avait connu et apprécié les règles du système parlementaire britannique. Toutefois, cette forme de régime n'était pas expressément inscrite dans la Charte de 1814, d'autant que la responsabilité politique des ministres n'y était pas prévue. En réalité, ce fut la crise de 1830 marquant l'impossibilité d'un retour au gouvernement royal qui permit au régime parlementaire de s'enraciner officiellement sous l'impulsion de Thiers, Guizot et le Roi Louis-Philippe. Ce parlementarisme, version Monarchie de Juillet, est par la suite passé dans le dispositif constitutionnel de la III^e République par l'intermédiaire des hommes qui avaient été élevés dans le sérail parlementaire.

Théorie constitutionnelle

En général, l'exécutif parlementaire est dual en ce sens qu'il est formé de deux éléments : un chef de l'Etat et un cabinet ministériel placé sous la direction d'un chef de gouvernement.

1. Le Chef de l'Etat

Dans un régime parlementaire, la forme du chef de l'Etat importe peu. Ce type de régime est en effet très souple car il peut s'accommoder avec la monarchie ou avec la République.

Dans un système monarchique, le Roi est le chef de l'Etat. Il est désigné selon les modes traditionnels de dévolution du pouvoir, notamment l'hérédité. Seulement, sa légitimité n'est plus théocratique mais nationale, car le roi est un représentant de la nation.

Dans un système républicain, le Chef de l'Etat est incarné par un Président de la République qui est élu au suffrage universel soit indirect (Italie, Allemagne, etc.) soit direct (France, Autriche, Finlande, Portugal).

Monarque ou Président de la République, le Chef de l'Etat incarne partout la majesté de la représentation interne et internationale de l'Etat entier. Au-dessus des contingences politiques, il veille à la continuité de l'Etat et au bon fonctionnement des institutions. Il est, à cet égard, politiquement irresponsable pour les actes accomplis à l'occasion de l'exercice de ses fonctions. L'irresponsabilité politique du Chef de l'Etat est un des dogmes de l'orthodoxie parlementaire.

Constitutionnellement, ses pouvoirs sont très étendus. En effet, il nomme formellement le chef du gouvernement ainsi que les autres ministres; signe les décrets ainsi que les traités internationaux; nomme les fonctionnaires et dispose du droit de grâce.

Toutefois, si constitutionnellement les pouvoirs juridiques du chef de l'Etat sont très étendus, politiquement il ne les exerce pas. En réalité, son pouvoir est apparent ou formel. Son rôle est purement honorifique. Il "règne mais ne gouverne pas" ou, plutôt, gouverne par son influence et non par des ordres impératifs. Si les décisions fondamentales sont prises en son nom, le chef de l'Etat n'est en réalité que "la main qui signe" les décisions du cabinet ou du parlement. Il ne peut, lui-même, prendre aucune décision propre. Tous ses actes doivent être contresignés par les ministres chargés de leur exécution.

Dans les faits, comme la responsabilité suit le pouvoir et que le chef de l'Etat est irresponsable, tous ses pouvoirs constitutionnels seront alors politiquement assumés par le gouvernement qui en endosse la responsabilité devant le Parlement (⁷⁹).

2. Le gouvernement

Le gouvernement est une institution solidaire et collégiale composée de ministres placés sous l'autorité d'un chef de gouvernement qui prend la dénomination de Président du Conseil, de Premier Ministre ou de Chancelier.

⁷⁹Parlant du Roi Louis Philippe de la Monarchie de Juillet (1830-1848), Prélot et Boulouis écrivent que la première qualité d'un chef d'Etat est "**de savoir ce que l'on veut sans en avoir l'air**"; Institutions politiques et droit constitutionnel, op. cit., p.163.

Le gouvernement est la pièce maîtresse du régime parlementaire. Il en est "**la cheville ouvrière**" (Burdeau) car c'est l'institution privilégiée par laquelle s'opère la collaboration des pouvoirs entre le chef de l'Etat qui incarne la continuité et la chambre élue du Parlement qui reflète la conjoncture politique. Le gouvernement procède du chef de l'Etat qui nomme formellement ses membres même si, dans la pratique, la nomination lui est imposée par les circonstances politiques. Toutefois, une fois nommé, le gouvernement ne dépend plus, pour sa survie, du chef de l'Etat, mais de l'Assemblée élue devant laquelle il est politiquement responsable. Il doit être l'émanation de l'Assemblée. Sa composition traduit le rapport des forces politiques résultant des élections législatives.

Le gouvernement parlementaire est **une institution de conception**. Il lui revient, en effet, le pouvoir de déterminer et de conduire la politique de la Nation dont il endosse la responsabilité devant les représentants élus de la nation. Il initie tous les actes formellement pris par le chef de l'Etat et gère les services essentiels à la bonne marche de la collectivité nationale.

b. Le Parlement

Le Parlement est une institution collégiale qui exerce la fonction législative. A travers ses délibérations, le Parlement vote la loi qui est l'expression de la volonté nationale, octroie des moyens d'action au gouvernement à travers le vote du budget et contrôle l'action gouvernementale qu'il peut sanctionner si elle s'écarte de la volonté du peuple exprimée par ses représentants.

Le Parlement peut être **monocaméral** lorsqu'il est composé d'une seule chambre qui est généralement constituée de la chambre basse au sein de laquelle siègent les représentants élus de la nation. Il peut être **bicaméral** lorsqu'il se compose de deux chambres distinctes et organiquement indépendantes: une chambre haute dont la composition oligarchique traduit l'attachement d'un pays à ses traditions (exemple la Chambre des Lords en Angleterre) ou à la structure fédérale ou décentralisée de l'Etat (Sénat aux Etats-Unis ou en France) et une chambre basse qui représente les élus de la nation (Chambre des Communes, Chambre des Représentants ou Assemblée nationale).

Le bicaméralisme ou bicamérisme peut être égalitaire (Italie) ou inégalitaire lorsque la chambre élue peut passer outre l'opposition de la chambre haute dans la procédure législative (le Sénat en France; la Chambre des Lords en Angleterre, etc.).

II. LES INTERFERENCES ENTRE LES POUVOIRS

Le régime parlementaire repose sur une séparation souple des pouvoirs exécutif et législatif qui doivent toujours "aller de concert". La collaboration des pouvoirs et l'existence de moyens d'action réciproques entre les pouvoirs juridiquement différenciés sont les principaux traits marqueurs du régime parlementaire.

a) La collaboration des pouvoirs

Théorie constitutionnelle

Le régime parlementaire est un régime à base de séparation souple des pouvoirs. Loin d'un cloisonnement ou d'un isolement entre les pouvoirs exécutif et législatif, cette forme de régime met les protagonistes du jeu politique dans l'impérieuse nécessité de collaborer pour exprimer la volonté politique du pouvoir d'Etat. Cette collaboration qui ressort au demeurant de la théorie de la séparation telle qu'elle a été formulée par Montesquieu permet à l'exécutif de participer à l'exercice de la fonction législative et au législateur d'octroyer des moyens et de disposer d'un droit de regard sur l'action de l'exécutif.

Ces interférences sont fondamentales. Elles s'inscrivent dans la perspective d'un équilibre des deux principales forces politiques qui doivent collaborer sur un pied d'égalité dans une entente et non une subordination.

1. La participation de l'exécutif à l'exercice de la fonction législative

Dans un régime parlementaire, l'exercice de la fonction législative n'est pas l'apanage exclusif du Parlement. L'exécutif y est associé en ce sens qu'il dispose de l'initiative en matière législative qui lui permet de déposer des projets de loi qui, adoptés par le Parlement, deviendront des lois au même titre que les propositions de loi des parlementaires qui ont fait une sanction positive du législateur.

L'exécutif dispose d'un droit d'entrée et de parole dans les assemblées. Il a le pouvoir d'interrompre ou de clore les sessions parlementaires car il est étroitement associé à l'élaboration de l'ordre du jour des travaux du parlement.

L'exécutif intervient également dans la procédure législative car il dispose d'un droit d'amendement qui lui permet de corriger ou de parfaire les textes qui sont discutés dans les commissions ou en plénière. Il peut soulever l'exception d'irrecevabilité visant à rejeter ou à écarter des discussions les amendements ou propositions de loi des parlementaires.

Une fois le texte adopté par le Parlement, l'exécutif peut retarder sa mise en vigueur en demandant une seconde lecture ou bien s'opposer à son application en exerçant son droit de veto. Enfin le chef de l'Etat est chargé de la promulgation des lois votées par le Parlement.

2. Le contrôle de l'exécutif par le législatif

Le Parlement ne peut pas substituer son action à celle du gouvernement. Toutefois, il le surveille de manière à ce qu'il ne s'écarte pas de la volonté politique exprimée par la Chambre parlementaire élue de laquelle doit émaner le gouvernement. Dans un régime parlementaire, l'exécutif ne peut gouverner que s'il jouit de la confiance des représentants du peuple.

Le Parlement se réserve ainsi d'un droit de regard sur la manière dont l'exécutif met en œuvre la volonté nationale. Il dispose du privilège de donner à l'exécutif les moyens indispensables à l'accomplissement de sa mission à travers le vote de la loi et du budget. Il surveille également le travail de l'exécutif grâce aux questions posées aux ministres, à l'interpellation ainsi qu'aux commissions qu'il peut mettre en place pour tirer au clair certains agissements de l'exécutif. Enfin, il peut même sanctionner l'exécutif en lui retirant sa confiance et en le plaçant devant l'obligation de se retirer.

c. Les moyens d'action réciproques

La collaboration des pouvoirs est assortie de moyens permettant à chacun des pouvoirs de sanctionner l'autre pouvoir. Ces moyens d'actions réciproques sont la responsabilité politique du gouvernement devant le Parlement d'une part, et le droit de dissolution d'autre part.

1. La responsabilité politique du gouvernement devant le Parlement

La responsabilité politique du gouvernement devant le Parlement ou, à tout le moins, devant la chambre élue au suffrage universel est la règle d'or du régime parlementaire, à tel point que, pour certains auteurs, elle est "l'élément essentiel qui caractérise le régime parlementaire".

La responsabilité politique peut être engagée sur l'initiative du parlement par le biais de la motion de censure ou bien de l'exécutif qui peut solliciter la confiance des élus de la nation.

La motion de censure est une procédure parlementaire par laquelle les députés prennent l'initiative de désavouer publiquement le gouvernement et de le sanctionner en, conséquence, en lui retirant leur confiance. Si la motion est adoptée, le chef du gouvernement devra remettre sa démission au chef de l'Etat. En raison de sa gravité, la motion de censure est enserrée dans un formalisme rigoureux rendant difficile son adoption (signature par un nombre bien défini de députés, observation d'un délai de réflexion, adoption à une majorité absolue des membres composant l'assemblée).

La question de confiance est une initiative du gouvernement qui sollicite la confiance de l'assemblée sur sa politique générale, son programme, un texte. La confiance peut être demandée par l'exécutif pour mieux ressouder sa majorité. Le rejet de la question de confiance entraîne la démission du gouvernement. La question de confiance constitue dans ces conditions un moyen de pression considérable du gouvernement sur le Parlement.

2. Le droit de dissolution

La dissolution est un acte de gouvernement par lequel le chef de l'Etat, de sa propre initiative ou sur demande du gouvernement, révoque prématurément le mandat des députés. Elle abrège la durée de la législature.

Le droit de dissolution est considéré comme une des pièces maîtresses du régime parlementaire. Elle s'analyse comme la contrepartie du droit de l'Assemblée de renverser les ministres car, sans elle, le cabinet se trouve pratiquement désarmé en face d'un Parlement qui peut le renverser à sa guise. La dissolution permet de sauvegarder l'indépendance de l'exécutif et, en conséquence, l'équilibre des pouvoirs. Elle permet en dernière instance aux électeurs de trancher les conflits opposant l'exécutif et le législatif.

C. L'EVOLUTION DU REGIME PARLEMENTAIRE

Le régime parlementaire n'est pas uniforme. Il peut revêtir plusieurs formes dépendant de la localisation du pouvoir de décision ou de la qualité des rapports entre l'exécutif et le législatif.

Théorie constitutionnelle

Aussi, est-on amené à distinguer, selon les situations, le régime parlementaire moniste et le régime parlementaire dualiste d'une part, et le régime parlementaire rationalisé et le régime parlementaire majoritaire d'autre part.

I. LES REGIMES PARLEMENTAIRES MONISTE ET DUALISTE

Cette distinction se fonde sur la localisation du pouvoir de décision qui peut procéder d'une source ou bien être réparti entre deux pôles de décision.

Dans le cadre du régime parlementaire moniste, le pouvoir procède d'une source unique qui est le parlement. Le chef de l'Etat ne joue qu'un rôle effacé puisque le cabinet ne peut compter que sur l'autorité que lui vaut la confiance de l'Assemblée.

Le régime parlementaire est dit dualiste lorsque le pouvoir procède de deux sources qui sont d'une part l'autorité du chef de l'Etat et, d'autre part, la puissance issue de la représentation nationale. Il repose donc sur ces deux centres d'impulsion de la vie politique. Historiquement, le régime parlementaire dualiste correspond au régime parlementaire classique qui avait réussi à combiner les deux pouvoirs par l'entremise du cabinet qui en était le trait d'union. Le cabinet doit bénéficier à la fois de la confiance des chambres et de l'appui du chef de l'Etat ⁽⁸⁰⁾ qui jouit encore de prérogatives importantes qui lui permettent d'intervenir effectivement dans le fonctionnement du système. Il dispose plus spécialement d'un droit de révocation des ministres ainsi assujettis à une double responsabilité devant les chambres et devant le chef de l'Etat et d'un droit de dissolution discrétionnaire.

II. LES REGIMES PARLEMENTAIRES RATIONALISE ET MAJORITAIRE

Le régime parlementaire ne repose pas toujours sur cet équilibre indispensable entre l'exécutif et le législatif. C'est un régime fluctuant qui, sous les III^e et IV^e Républiques en France, avait dérivé en régime d'assemblée suite à la mainmise du Parlement sur la gestion des affaires politiques. L'exécutif était devenu un commis du législatif qui disposait, à son encontre, d'un droit de vie et de mort. Il en résultait une instabilité ministérielle chronique qui était préjudiciable au fonctionnement harmonieux de l'appareil d'Etat.

Pour restaurer l'autorité du pouvoir exécutif, les constituants de l'après deuxième guerre mondiale, suivant en cela celui de Weimar (1919-1933), ont procédé à une rationalisation du régime parlementaire.

En outre, l'emprise de plus en plus croissante des partis politiques dans la dynamique étatique va considérablement affecter le paysage institutionnel du régime parlementaire.

⁸⁰Le régime parlementaire dualiste est communément appelé "parlementarisme orléaniste" par référence à son application par la Monarchie de Juillet. Selon DUVERGER, il s'agit d'un régime de transition entre la monarchie limitée et le régime parlementaire classique : le chef de l'Etat n'est pas complètement effacé ; il conserve certaines prérogatives. L'auteur poursuit en soutenant que certains pays ont essayé de ressusciter cette forme politique archaïque, pour renforcer les pouvoirs généraux de l'exécutif. Il en est ainsi du régime politique de la V^e République qui a instauré un véritable régime parlementaire dualiste. Cf Duverger, Institutions Politiques et Droit Constitutionnel.

a. Le régime parlementaire rationalisé

Le régime parlementaire rationalisé est un concept forgé par le doyen Boris Mirkin Guetzevitch entre les deux guerres mondiales par référence au régime allemand de Weimar (1919-1933). La rationalisation est apparue comme une réponse institutionnelle à l'instabilité ministérielle qui avait cours dans les régimes parlementaires européens jusqu'au lendemain de la deuxième guerre mondiale. Elle vise à renforcer l'autorité de l'exécutif en codifiant, dans le dispositif constitutionnel, des mécanismes, artifices ou "gadgets juridiques" rendant difficile le renversement du gouvernement par l'Assemblée ou faisant prévaloir, en dernier ressort, la volonté du pouvoir exécutif sur celle du pouvoir législatif dans le processus normatif.

Les techniques de rationalisation du régime parlementaire sont nombreuses et variées. Elles ont trait, entre autres, à la rationalisation des conditions de mise en jeu de la responsabilité politique du gouvernement devant l'Assemblée, à la fixation de l'ordre du jour, à la délimitation des domaines de la loi et du règlement, à la délégation du pouvoir législatif au gouvernement à travers le régime des ordonnances ou aux irrecevabilités que peut soulever l'exécutif dans la procédure législative.

Il convient, toutefois, de remarquer que la rationalisation n'est pas une panacée car elle peut ne pas conduire aux effets voulus, surtout dans l'hypothèse d'une absence de majorité parlementaire ⁽⁸¹⁾.

b. Le régime parlementaire majoritaire

Le parlementarisme majoritaire apparaît comme la version contemporaine du régime parlementaire. Il se fonde sur la logique majoritaire qui permet à un parti ou une coalition de partis de détenir la majorité des sièges à la chambre élue du parlement et de contrôler le pouvoir d'Etat pendant toute la durée de la législature. Le gouvernement qui est l'état-major de la majorité parlementaire bénéficie de cette situation. Il ne court pas le risque d'être renversé par les députés en raison de la discipline de vote qui prévaut à l'intérieur du parti.

La soudure entre l'exécutif et sa majorité parlementaire bouleverse l'architecture du régime parlementaire classique. La motion de censure tombe en désuétude pendant toute cette période car, à moins d'une crise grave au sein de la majorité parlementaire, on voit difficilement les députés renverser un gouvernement qui émane d'eux. De même, la dissolution change de signification. Elle n'est plus la contrepartie de la motion de censure mais un moyen de provoquer des élections anticipées au moment jugé opportun par le gouvernement, ou bien d'associer le peuple à la prise de décisions fondamentales intéressant la collectivité nationale.

Dans le cadre du parlementarisme majoritaire, le Parlement se transforme en chambre d'enregistrement et d'approbation des projets de loi ⁽⁸²⁾. Néanmoins, il reste une tribune où

⁸¹ Les régimes de Weimar et de la IV^e République étaient bien des régimes parlementaires rationalisés, mais l'absence de majorité parlementaire stable et cohérente les rendait bien précaires.

⁸² De nos jours, près de 90 % des lois votées par les parlements sont d'initiative gouvernementale.

Théorie constitutionnelle

l'opposition peut librement se faire entendre et, où les grandes thèses nationales peuvent s'affronter (⁸³).

Pour terminer, le régime parlementaire, tel qu'il a été historiquement secrété par l'Angleterre, ne correspond plus à la réalité contemporaine. Les typologies classiques ne rendent plus compte de la situation actuelle. Pour ces raisons, il faut se garder de tout dogmatisme ou sectarisme dans l'appréciation des traits marqueurs du régime parlementaire (motion de censure, droit de dissolution, exécutif bicéphale, détermination de la politique nationale par le gouvernement, participation de l'exécutif à l'exercice de la fonction législative, compatibilité des fonctions ministérielles et du mandat parlementaire) qu'il convient de combiner avec la pratique, l'esprit et la culture du parlementarisme.

PARAGRAPHE II : LE REGIME PRESIDENTIEL

Contrairement au régime parlementaire qui est le résultat d'une évolution historique, le régime présidentiel est une construction des pères-fondateurs de la Constitution des Etats-Unis d'Amérique adoptée par la Convention de Philadelphie du 17 septembre 1787 (⁸⁴).

Pour identifier cette forme de régime, il y a lieu de considérer d'abord l'architecture constitutionnelle et ensuite les rapports entre les pouvoirs constitués.

A. LA STRUCTURE DU REGIME PRESIDENTIEL

Le régime présidentiel est caractérisé par une séparation rigide des pouvoirs exécutif et législatif (⁸⁵). Ces deux pouvoirs distingués procèdent tous d'une même légitimité populaire et démocratique: le suffrage universel.

I. LE POUVOIR EXECUTIF

L'exécutif du régime présidentiel procède du seul Président de la République qui est un représentant élu du peuple au même titre que les parlementaires. Le Président de la République est élu au suffrage universel indirect ou direct. Aux Etats-Unis, il n'est pas l'élu direct du peuple

⁸³La meilleure illustration du parlementarisme majoritaire est le régime politique britannique. Après avoir passé de la Couronne au Parlement, le pouvoir réel est transféré du Parlement au Cabinet du fait du bipartisme qui est le gouvernement d'un parti sous le contrôle de l'opposition et l'arbitrage du peuple. Le dualisme des partis et la discipline intérieure de chacun des partis aboutissent à concentrer tous les pouvoirs entre les mains du Premier ministre qui est en même temps le chef du parti majoritaire à la Chambre des Communes.

⁸⁴Le régime présidentiel s'est établi aux Etats-Unis pour des motifs empiriques. L'aversion du modèle colonial britannique, la préservation des libertés fondamentales et la sauvegarde de la structure fédérale avaient amené le constituant de Philadelphie à instaurer une autre forme de séparation des pouvoirs mettant l'exécutif et le législatif sur le même pied.

⁸⁵La séparation des fonctions est l'un des piliers angulaires de la Constitution américaine de 1787, selon M. Prélôt: Institutions politiques et droit constitutionnel, 2e éd. Précis, Dalloz, 1961, p.89.

Théorie constitutionnelle

mais celui des Etats fédérés qui, le premier mardi suivant le premier lundi du mois de novembre de l'année électorale, élisent des grands électeurs dont le nombre est égal au total des représentants que chaque Etat envoie au Congrès américain ⁽⁸⁶⁾.

Les légitimités étant égales et les niveaux de responsabilités les mêmes, il est dès lors tout à fait logique que le Président de la République incarne le pouvoir exécutif. Il n'est pas seulement chef de l'exécutif mais il est l'exécutif à lui tout seul. Le Président de la République ne partage pas l'exécutif. Le gouvernement, en tant qu'institution collégiale et solidaire n'existe pas dans un régime présidentiel. S'il s'appuie sur un cabinet composé de ministres, ces derniers ne sont que ses assistants qu'il choisit et révoque discrétionnairement. Il nomme aux hauts emplois civils ou militaires, signe les décrets, négocie et signe les traités internationaux. Il détermine la politique de la nation qu'il met en oeuvre avec le soutien de son cabinet. Il est politiquement irresponsable devant le Congrès sauf en cas d'impeachment qui est un mécanisme d'engagement de la responsabilité pénale du Président de la République.

II. LE PARLEMENT

Dans le même ordre d'idées, le parlement indépendant de l'exécutif détient la plénitude du pouvoir législatif qu'il exerce en l'absence de toute ingérence de l'exécutif. Ce dernier ne dispose pas de l'initiative législative, il ne peut interférer dans le travail législatif. Au demeurant, dans ce type de régime, l'incompatibilité entre le mandat parlementaire et la fonction ministérielle est de rigueur. Le Parlement est le législatif et tout le législatif. Il vote seul la loi et accorde à l'exécutif des moyens d'action grâce au vote du budget.

B. LES RELATIONS ENTRE LES POUVOIRS EXECUTIF ET LEGISLATIF

Dans un régime présidentiel orthodoxe, la séparation des pouvoirs entre l'exécutif et le législatif est poussée jusqu'à ses ultimes conséquences en raison de l'inexistence des moyens d'action réciproques qui ont cours dans un régime parlementaire. Toutefois, l'indépendance n'est pas absolue car des rapports sont souvent constitutionnellement organisés pour permettre aux pouvoirs de mieux s'équilibrer ⁽⁸⁷⁾.

I. L'ABSENCE DE MOYENS D'ACTION RECIPROQUES

⁸⁶Le système électoral américain est complexe en ce qu'il existe plusieurs étapes dans le processus électoral. Tout commence par les Primaires et les Caucuses où les candidats appartenant au même parti entrent en compétition pour recueillir le maximum de délégués à la Convention de chaque parti qui désignera les candidats à la présidence et à la vice-présidence sur un même ticket électoral.

⁸⁷Le régime présidentiel ne consacre une prééminence du Président de la République sur les autres institutions de la République. Au contraire, il repose sur un équilibre entre les pouvoirs qui sont indépendants les uns des autres. Toutefois, cet équilibre est fluctuant. Il peut se déplacer d'un pôle de pouvoir à un autre en fonction de la conjoncture politique. C'est ainsi que les Etats-Unis d'Amérique ont connu, selon les circonstances politiques du moment un gouvernement du congrès - "Congressional Government" (Woodrow Wilson) - ensuite un "gouvernement des juges" (Edouard Lambert) et une "présidence impériale" (Arthur Schlesinger).

Théorie constitutionnelle

Dans un régime présidentiel classique, l'indépendance des pouvoirs est poussée au maximum et leur séparation complète. Les deux principaux pouvoirs - l'exécutif et le législatif - sont organiquement séparés et indépendants. Aucun pouvoir ne peut remettre en cause l'existence juridique de l'autre. Il n'existe en effet aucun instrument de pression d'un pouvoir sur l'autre moyen. Aucune voie de droit ne permet au parlement, tout au moins sa chambre élue, de renverser l'exécutif en lui retirant sa confiance ou au Président de la République de révoquer prématurément le mandat des représentants du peuple. En d'autres termes la motion de censure, la question de confiance et le droit de dissolution sont exclus de l'ordonnement du régime présidentiel.

II. LES RAPPORTS ENTRE L'EXECUTIF ET LE LEGISLATIF

Toutefois, la séparation rigide des pouvoirs ne va pas jusqu'à l'isolement des organes constitutionnels. La Constitution envisage souvent des interférences entre ces organes qui expriment la volonté du pouvoir politique. C'est ainsi que le Président de la République peut s'opposer ou retarder l'adoption d'une loi à travers son droit veto (qui peut être un veto exprès ou un veto de poche). De son côté, le Parlement est souvent investi d'un pouvoir de ratification des nominations présidentielles et des traités internationaux négociés et signés par le chef de l'exécutif. Enfin, notons que le Sénat est juge de l'impeachment du Président de la République qui est mis en accusation par la Chambre des Représentants.

Toutefois, ces interactions ne s'intègrent pas dans le cadre d'une collaboration des pouvoirs. Elles s'analysent en réalité comme une faculté d'empêcher reconnue à chaque organe, conformément à la logique sécuritaire qui sous-tend l'architecture présidentielle. C'est le système des « checks and balances » (freins et contrepoids) qui est à la base de l'organisation du régime présidentiel américain.

Le pouvoir judiciaire au sommet duquel trône la Cour Suprême est chargé de la régulation normative du régime présidentiel. Il veille en dernière instance au respect de l'indépendance des pouvoirs telle qu'elle résulte de la Constitution.

Le régime présidentiel doit être soigneusement distingué du présidentielisme qui n'est pas une catégorie constitutionnelle "noble", mais une application déformée du régime présidentiel.

Le présidentielisme trouve sa source dans la conjonction de facteurs institutionnels et politiques. En effet, il se traduit par une hypertrophie du pouvoir du Président de la République qui s'identifie à l'exécutif et dispose de ressources juridiques et politiquement lui permettant d'intervenir et de prendre une part active au travail législatif qu'il peut ainsi orienter grâce à des gadgets constitutionnels par lesquels il peut agir sur l'ordre du jour, bloquer certaines initiatives du législateur, imposer ses projets et, s'il y a lieu, "punir" l'Assemblée en prononçant sa dissolution, alors qu'il n'est pas responsable devant elle. Le facteur politique de la prééminence présidentielle est le fait partisan car dans le présidentielisme le chef de l'Etat est en même temps le chef du parti qui contrôle le fonctionnement de l'assemblée parlementaire qui devient ainsi une institution non pas d'équilibre mais de concrétisation des idéaux du président de la République. En un mot, le présidentielisme est un système d'organisation des idéaux du président de la République. En un mot, le présidentielisme est un système d'organisation politique reposant sur

l'omnipotence d'un Président de la République contrôlant directement l'Exécutif qui procède de lui et dominant l'Assemblée nationale par le biais du parti majoritaire dont il est le chef.

PARAGRAPHE III : LES REGIMES MIXTES

Un régime politique n'est pas un article d'exportation mais une réponse institutionnelle à des exigences, aspirations et attentes d'un environnement. En d'autres termes, il faut des solutions nationales à la problématique du régime.

Le régime parlementaire et le régime présidentiel qui sont les deux catégories classiques d'organisation des régimes politiques s'acclimatent difficilement hors de leur terre d'érection. Les pays qui ont importé le régime parlementaire n'ont pu l'adapter à leur environnement alors que le régime présidentiel exporté hors des Etats-Unis n'a produit que des dictatures présidentielles civiles ou militaires.

Aussi, des formes extrêmes de régime ont-elles été adoptées pour donner naissance à des formes intermédiaires ou mixtes dont l'origine peut historiquement être remontée au régime allemand de Weimar de 1919 qui avait fait une greffe entre le régime parlementaire et l'élection du chef de l'Etat au suffrage universel. Actuellement, on retrouve ce modèle en France, au Portugal, en Islande, Irlande, Autriche et Finlande. Cette option s'est amplifiée notamment dans les nouvelles démocraties de l'Europe de l'Est et de l'Afrique au sud du Sahara. Ces régimes sont qualifiés de "semi-présidentiels" ou "semi-parlementaires".

Le contenu du régime semi-parlementaire ne recoupe pas celui du régime semi-présidentiel qui, lui, est une catégorie ennoblie, car de plus en plus acceptée par la doctrine constitutionnelle (Duverger) et mise en pratique par nombre de démocraties contemporaines (France, Portugal, Russie, Mali, Niger).

Le régime semi-présidentiel devrait apparaître comme étant un régime présidentiel en moins. La rigueur de la séparation des pouvoirs est atténuée par l'introduction de mécanismes du régime parlementaire (le gouvernement, la motion de censure, le droit de dissolution, etc). Si le pouvoir exécutif fait l'objet d'un transfert de certaines prérogatives au Premier Ministre qui est le chef du gouvernement, la primauté du Président de la République au sein de l'exécutif est intacte. Le chef de l'Etat reste toujours le chef de l'exécutif. Le gouvernement, à la différence de celui du régime parlementaire, n'est pas une institution de conception mais une simple institution d'exécution, d'application et de concrétisation de la politique définie par le Président de la République qui dispose d'un droit de vie et de mort politiques sur ses membres.

Inversement, le régime semi-parlementaire peut être considéré comme un régime parlementaire en moins - effacement du chef de l'Etat, effacement du pouvoir exécutif qui est à la dévotion de l'Assemblée nationale qui est la source exclusive de tout pouvoir au sein du régime⁽⁸⁸⁾ ou un régime parlementaire en plus. Dans cette deuxième hypothèse, le régime se structure et fonctionne selon la logique parlementaire -détermination de la politique nationale par le gouvernement sous la direction du chef du gouvernement qui est le véritable chef de l'exécutif-. Toutefois, des mécanismes inspirés du régime présidentiel ont été introduits afin de mieux

⁸⁸Le régime d'assemblée devient alors sa forme d'expression la plus concrète.

Théorie constitutionnelle

restaurer l'autorité du pouvoir exécutif par le renforcement des prérogatives du Président de la République qui jouit d'une légitimité populaire et démocratique au même titre que les parlementaires et dispose de pouvoirs propres distincts de ceux du gouvernement.

TITRE III : LA CONSTITUTION

La Constitution est un symbole de l'Etat. Elle est fondatrice d'un Etat dont elle consacre la naissance et l'entrée dans la société internationale. Il convient néanmoins de nuancer cette causalité dans la mesure où la Constitution peut être un acte fondateur d'un nouveau régime politique au sein d'un Etat existant. La succession de régimes s'accompagne toujours d'une nouvelle Constitution visant à marquer une rupture avec le régime précédent et le début d'une nouvelle ère dans la vie de l'Etat. La Constitution traduit alors une rupture avec le passé et une projection vers l'avenir en faisant figure de manifeste qui répudie certaines pratiques pour exalter des valeurs autres.

De nos jours presque tous les Etats du monde se sont dotés d'une Constitution à la suite du mouvement constitutionnaliste apparu avec le siècle des lumières (18^e siècle) et qui s'est généralisé au cours du 20^e siècle ⁽⁸⁹⁾. Toutefois la Constitution en tant qu'instrument d'organisation et de limitation du pouvoir existait depuis l'antiquité ⁽⁹⁰⁾.

Dans sa version contemporaine l'idée de Constitution est intimement liée au libéralisme. Les révolutionnaires du 18^e siècle assignaient une mission bien définie à la Constitution qui devait garantir des droits et libertés des citoyens contre l'omnipotence du pouvoir royal ⁽⁹¹⁾.

Mais l'expérience a montré que ce statut pouvait ne pas être libéral car les dictatures ou les régimes nés d'un coup d'Etat peuvent se donner une apparence démocratique en se dotant d'une constitution qui n'est qu'un instrument de camouflage juridique permettant de transformer une situation de fait en un régime de droit.

Quelles que soient les circonstances qui sont à son origine, la constitution a une portée philosophique. Elle vise à admettre que le pouvoir n'est pas illimité et que ses détenteurs doivent agir dans le cadre de normes abstraites qui les transcendent en leur imposant des bornes. La limitation du pouvoir des gouvernants est à l'origine de la Constitution qui marque le passage d'un pouvoir arbitraire dans lequel tout est permis à un Etat de droit soumis à des règles qui lui sont supérieures.

⁸⁹La notion moderne de Constitution entendue comme une règle écrite, rigide et juridiquement obligatoire s'est dégagée au 18^e siècle avec l'adoption en 1787 de la Constitution des Etats-Unis d'Amérique et de la Constitution française de 1791.

L'exemple franco-américain devait inspirer la plupart des Etats qui vont adopter le système des Constitutions écrites.

⁹⁰Aristote avait recensé 158 Constitutions dans les cités grecques et barbares. La Magna Carta, rédigée par le Cardinal Langton à la tête des vassaux révoltés contre Jean sans Terre, fut adoptée sous la France médiévale.

⁹¹Cet idéal était clairement affiché par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen qui proclamait notamment dans son article 16: "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a pas de Constitution.

Théorie constitutionnelle

La Constitution est considérée comme la charte fondamentale déterminant en quelque sorte le statut du pouvoir politique dans l'Etat. Elle a une valeur juridique primordiale car elle crée un système de règles organisant le pouvoir, l'obligeant à respecter certaines formes, à utiliser des procédures convenues prévoyant la participation des citoyens au choix des gouvernants ou à l'élaboration de certaines décisions. On le voit, son objet spécifique est d'organiser les pouvoirs publics et d'aménager les rapports qu'ils entretiennent entre eux d'une part et avec les gouvernés d'autre part.

En tant que base juridique de l'action de l'Etat, la Constitution soulève trois séries de problèmes liés à sa notion d'une part, à l'exercice du pouvoir constituant d'autre part et au contrôle de la constitutionnalité des lois enfin.

CHAPITRE I : LA NOTION DE LA CONSTITUTION

La Constitution a un sens organique. En effet dans le langage courant on peut parler de "la constitution" d'un être humain lorsque le sujet est constitué de telle ou telle manière. Le terme peut être transposé dans le domaine des relations sociales en ce sens que chaque groupement social possède une certaine Constitution à partir du moment où il existe et se différencie des autres (⁹²). La Constitution n'est alors qu'un acte volontaire et libre qui crée ou transforme une situation juridique donnée. Elle peut être plus ou moins embryonnaire ou développée mais elle existe partout car sa vocation est précisément d'organiser et de régir les activités du groupe.

Si on ne saurait la restreindre à la seule société politique, il reste que la Constitution revêt une portée toute particulière s'agissant d'un Etat dans la mesure où elle le fonde dans son existence. La constitution porte le statut du pouvoir de l'Etat dans la société car c'est un acte "solennel soumettant le pouvoir étatique à des règles limitant sa liberté pour le choix des gouvernants, l'organisation et le fonctionnement des institutions, ainsi que dans ses relations avec les citoyens" (⁹³).

La Constitution est le code du pouvoir de l'Etat et dans l'Etat. Elle détermine les règles du jeu politique en organisant les modalités de dévolution et d'exercice du pouvoir politique dans l'Etat. Elle limite le pouvoir des gouvernants en réglementant "l'usage" face aux citoyens.

Il est possible de cerner la constitution en s'attachant un certain nombre de critères de définition et en procédant à une typologie des Constitutions.

SECTION I : LES CRITERES DE DEFINITION DE LA CONSTITUTION

La Constitution peut être définie par rapport à son objet ou à son régime juridique. A la première approche correspond le critère matériel et à la seconde le critère formel.

⁹² Il existe une constitution de la famille, des sociétés, des associations, des syndicats, des partis etc.

⁹³ ARDANT (Ph.), Institutions Politiques et Droit Constitutionnel; op. cit., p. 51

PARAGRAPHE I : LA CONSTITUTION MATERIELLE

La définition matérielle de la Constitution prend en considération son objet ou son contenu. Elle est à cet égard extensive et d'une portée limitée.

A. LE CONTENU DE LA CONSTITUTION MATERIELLE

La conception matérielle définit la constitution comme l'ensemble des règles juridiques relatives au statut du pouvoir dans l'Etat, quelle que soit leur nature ou leur forme concrète ou particulière. Ces règles peuvent être écrites ou non écrites.

I. LES REGLES ECRITES

Les règles écrites relatives à la dévolution et à l'exercice du pouvoir sont de loin les plus importantes en quantité et en qualité. On peut les trouver dans le corpus constitutionnel, les lois constitutionnelles, les lois organiques, les lois ordinaires et les règlements intérieurs des Assemblées.

a) La Constitution

Au plan formel, la Constitution est un document écrit contenant les règles fondamentales relatives à la dévolution et à l'exercice du pouvoir politique de l'Etat. Adoptée selon une procédure solennelle, la Constitution se compose d'un préambule et d'un corpus constitutionnel.

b) Les lois constitutionnelles

Adoptées selon les règles de procédure de révision de la Constitution, les lois constitutionnelles visent à compléter ou à modifier les dispositions constitutionnelles existantes ou en ajouter de nouvelles. Elles intègrent la Constitution une fois qu'elles ont été régulièrement ratifiées. Elles ne font pas l'objet d'un contrôle de conformité à la Constitution puisqu'elles sont l'expression même de la volonté du pouvoir constituant dérivé.

c) Les lois organiques

Elles sont placées dans la hiérarchie des actes juridiques entre les lois constitutionnelles et les lois ordinaires. Adoptées selon des conditions particulières de majorité et soumises à un contrôle préalable et obligatoire de constitutionnalité, les lois organiques visent à préciser ou compléter certaines stipulations de la constitution.

d) Les lois ordinaires

Les lois ordinaires sont celles qui sont élaborées et adoptées selon la procédure parlementaire traditionnelle ou par voie référendaire. Ces lois contribuent à l'encadrement du jeu politique notamment les conditions de désignation des gouvernants qui sont le fait des codes électoraux.

e) Les règlements des Assemblées parlementaires

Théorie constitutionnelle

Les Assemblées parlementaires disposent d'un pouvoir d'auto-organisation leur permettant de déterminer les conditions dans lesquelles elles fonctionnent. Ces règlements intérieurs contiennent des dispositions relatives à la structuration interne du pouvoir législatif, la gestion des services administratifs ou la discipline interne du groupe.

II. LES REGLES NON ECRITES

A coté des règles écrites il importe de réserver une part aux règles non écrites qui sont:

a) La jurisprudence constitutionnelle

On entend par jurisprudence constitutionnelle l'ensemble des décisions rendues par les cours et tribunaux en matière constitutionnelle. La jurisprudence n'est pas une source formelle du droit. Seulement en clarifiant le sens de certaines dispositions ou en palliant certaines lacunes ou silences de la Constitution, elle devient une véritable source matérielle.

b) La coutume

La coutume peut être définie comme un ensemble d'usages et pratiques durables de faits ou d'attitudes répétés, constants, durables et clairs considérés comme ayant une valeur obligatoire.

La coutume est née de la jonction de deux éléments :

- **un élément matériel**: la pratique répétée ;
- **un élément psychologique**: l'**opinio juris** ou la conviction des citoyens de respecter une obligation juridique en suivant la pratique.

En droit constitutionnel la coutume est une réalité juridique avec laquelle on doit compter (GICQUEL). Elle peut adapter le droit aux exigences du moment, combler un vide constitutionnel ou affecter considérablement le fonctionnement d'un régime politique (⁹⁴).

B. LES LIMITES DE LA DEFINITION MATERIELLE

La conception matérielle rend compte de la diversité des règles d'aménagement du pouvoir politique. La Constitution ne saurait se limiter à l'énoncé des dispositions contenues dans son corpus. Elle prend en compte les autres règles ou institutions qui n'ont pas été expressément prévues par la Constitution stricto sensu.

Cette conception a l'inconvénient majeur d'être trop extensive. En réduisant la Constitution à la matière constitutionnelle, elle ne peut en donner une définition absolument rigoureuse. La Constitution intègre dans cette perspective tout ce qui touche principalement ou accessoirement, directement ou indirectement à l'organisation et au fonctionnement politique de

⁹⁴ C'est ainsi que "la Constitution Grévy" a purement et simplement transformé le parlementarisme dualiste mis en place par les lois constitutionnelles de 1875 par un parlementarisme moniste qui devait déboucher plus tard sur un régime d'assemblée.

Théorie constitutionnelle

l'Etat ou, si l'on préfère, l'ensemble des règles de droit ressortissant logiquement du droit constitutionnel.

La limite de la conception matérielle vient de la pluralité et de l'ambiguïté des règles constitutionnelles qui sont d'inégale importance. Il est difficile, au sein de ce bloc, de distinguer les règles fondamentales des règles accessoires. En outre, du point de vue matériel, la frontière entre la Constitution, la loi, le règlement est dans certains cas floue. En effet, tous ces actes contiennent des dispositions générales et impersonnelles.

PARAGRAPHE II : LA CONSTITUTION FORMELLE

La conception formelle est le point de vue traditionnel des juristes positivistes. Elle correspond à la conception française de la Constitution.

A : LE SENS DE LA CONSTITUTION FORMELLE

L'approche formelle se fonde sur un point de vue instrumental. Elle considère la Constitution comme un document juridique qui porte ce nom, aisément identifiable, donc facile à reconnaître, disposant d'une valeur suprême dans un Etat considéré.

Le critère formel fait appel à la compétence, la procédure juridique d'élaboration ainsi qu'au mode d'expression de la Constitution. La Constitution est un document élaboré et révisé selon des règles solennelles de procédure et en conformité avec des règles spéciales de compétence. La Constitution est en définitive définie à partir de son contenant et non de son contenu.

La Constitution devient alors la "loi fondamentale" de l'Etat. Placée au sommet de la hiérarchie des normes juridiques, elle jouit d'une autorité juridique supérieure à celle des autres règles de droit et, plus particulièrement, aux lois ordinaires. En effet, non seulement les normes constitutionnelles et législatives sont différentes, mais encore elles sont hiérarchisées. L'auteur de la norme constitutionnelle est le pouvoir constituant qui domine et prime le pouvoir législatif. Base juridique de la loi ordinaire qui dérive d'elle, la Constitution peut valablement porter sur des matières normalement régies par une loi ordinaire alors que celle-ci ne peut, de son côté, la modifier.

B : LES LIMITES DE LA CONCEPTION FORMELLE

La conception formelle se rattache à la **théorie générale des apparences**. Est constitutionnel tout ce qui en revêt la forme, c'est-à-dire l'apparence. Une telle conception présente alors le défaut de paraître à la fois trop restrictive et trop large par rapport à l'essence de la Constitution.

I : UNE CONCEPTION RESTRICTIVE

Cette conception est d'une portée limitée. Elle ne prend pas en considération toutes les règles d'encadrement du jeu politique. La Constitution est, dans ce cadre, circonscrite aux règles formellement inscrites dans le corps de la Constitution.

Il reste que dans la pratique, il existe des règles ou des institutions (⁹⁵) ainsi que des pans entiers du jeu politique (⁹⁶) qui ne sont pas régis par la Constitution qui peut occulter le jeu politique réel. Or la compréhension d'un régime dépend de la connaissance des règles, pratiques ou institutions qui ne sont pas toujours consacrées dans le texte constitutionnel.

II : UNE CONCEPTION LARGE

La constitution formelle ne contient pas toujours des règles qui se rapportent matériellement au pouvoir politique. En effet, des dispositions peuvent être formellement incorporées dans la Constitution alors qu'elles n'ont raisonnablement rien à y faire. Ces règles ne sont pas "constitutionnelles" au sens matériel du terme dans la mesure où elles ne sont pas relatives aux conditions de dévolution et d'exercice du pouvoir politique. Ce sont des "normes égarées" n'ayant rien à voir avec le jeu politique (⁹⁷).

⁹⁵ Il en est ainsi des lois électorales, des règlements intérieurs des assemblées, des coutumes constitutionnelles, de la jurisprudence et, dans une certaine mesure, de la doctrine.

⁹⁶ Les lois constitutionnelles de la Troisième République Française observaient un mutisme sur les modes de scrutin, la Présidence du Conseil, les décrets-lois ou les partis politiques. Au surplus, à la suite de la crise du 16 Mai 1877 qui avait vu Mac Mahon démissionner de ses charges présidentielles confiées à Jules Grévy, la Troisième République devait fonctionner et évoluer dans une direction autre que celle qui avait été initialement prévue par ses fondateurs.

Au Mali, la Constitution du 25 février 1992 ne prévoit qu'une seule hypothèse où, sur le gouvernement pèse une obligation constitutionnelle de démissionner. Conformément à l'article 79 de la Constitution, le Premier ministre doit remettre la démission de son gouvernement au Président de la République en cas de rejet d'une question de confiance ou de l'adoption d'une motion de censure dans les conditions définies par l'article 78 de la Constitution. Ces mêmes stipulations se retrouvent à l'article 86 de la constitution du Sénégal du 22 janvier 2001

Toutefois, il est de tradition pour le Premier Ministre de présenter la démission de son gouvernement après des élections présidentielles ou législatives alors que la Constitution n'en fait nullement une obligation.

⁹⁷ Quelques exemples:

- Le XVIII^e amendement à la Constitution des Etats-Unis (du 18/12/1917 au 29/01/1919) prohibait dans tout le territoire américain la fabrication, la vente ou le transport de boissons enivrantes et interdisait l'importation ou l'exportation des dites boissons. Or il n'y a rien de politique dans la consommation du whisky.

- En Suisse un amendement constitutionnel voté en 1893 interdit l'abattage des animaux de boucherie sans qu'ils aient été au préalable étourdis. Cette disposition n'est constitutionnelle que par accident. Elle est une manifestation des perversions possibles de la procédure constitutionnelle. En effet au niveau fédéral les citoyens ne disposent de l'initiative qu'en matière constitutionnelle et non législative. Lorsqu'ils n'arrivent pas, par des moyens indirects, à faire voter une loi parlementaire, ils peuvent passer par dessus la tête de leurs représentants et faire adopter une loi constitutionnelle. En d'autres termes "Qui peut le plus peut le moins".

Théorie constitutionnelle

La présence de telles dispositions "intruses" dans le texte constitutionnel répond souvent au souhait de leur donner une stabilité et une solennité plus importantes que si elles figuraient dans une simple loi ordinaire

SECTION II : LES TYPOLOGIES CONSTITUTIONNELLES.

Les constitutions sont relativement différenciées. On peut procéder à une classification des Constitutions en se fondant sur leur forme ou leur degré de rigidité.

PARAGRAPHE I : CLASSIFICATION FONDEE SUR LA FORME DE LA CONSTITUTION

Cette classification est la plus intéressante à retenir du point de vue de la théorie juridique.

A. LE PRINCIPE DE LA DISTINCTION

En se fondant sur l'apparence des choses on peut distinguer la Constitution écrite de la Constitution coutumière.

I. LA CONSTITUTION ECRITE

La Constitution écrite est la forme la plus moderne de Constitution. Elle procède d'une conception "constructiviste" du droit, c'est-à-dire d'une vision plus rationaliste qui cherche à construire le droit en fonction d'un idéal. La Constitution écrite peut être définie comme un document déterminant le statut du pouvoir politique de l'Etat, élaboré selon des procédures juridiques spéciales et adopté ou modifié selon des formes solennelles.

L'écrit présente des avantages indéniables. Il offre des garanties de certitude et de protection contre l'arbitraire. Historiquement fixer les institutions politiques dans un texte écrit et solennel était avant tout un moyen de limiter les prérogatives du pouvoir existant.

La règle écrite est plus claire. Elle est généralement dépourvue d'incertitudes ou d'ambiguïtés, facile à prouver et présente l'avantage d'être permanente et intangible tant qu'elle n'a pas été formellement abrogée ou modifiée.

La Constitution écrite transcende enfin la volonté des gouvernants qui sont soumis à des normes abstraites sur lesquelles ils sont sans prise. L'écrit "verrouille" l'action des gouvernants dans un cadre strict limitant leurs prérogatives.

II. LA CONSTITUTION COUTUMIERE

Une Constitution coutumière n'est pas l'œuvre d'un organe spécial soumis à une procédure particulière mais de la coutume qui est considérée comme un ensemble de pratiques ayant une valeur d'obligation juridique. La coutume obéit à **la règle des "3 C"**: continuité, constance, consensus.

a) **La continuité**

Un fait isolé ne suffit pas pour engendrer une coutume. Il peut être constitutif d'un "précédent" qui devra faire l'objet d'une répétition continue pour pouvoir prétendre au statut de coutume. La durée peut être plus ou moins courte. En droit constitutionnel on ne saurait en fixer exactement le laps de temps nécessaire.

b) **La constance**

La coutume réclame une suite de faits clairs, insusceptibles d'interprétations divergentes ou d'éventuelles équivoques. La pratique doit être constante et aller dans une même direction. Une pratique contraire met la coutume en doute tandis que plusieurs la mettent en ruine.

c) **Le consensus**

La coutume, en tant que source de droit, ne peut se développer et s'épanouir que si la société connaît un "consensus" assez large sur les valeurs fondamentales du régime et une opinion publique suffisamment homogène pour accepter la formulation d'une règle sans procédure formelle particulière.

B. PORTEE DE LA DISTINCTION

L'écrit et la coutume, loin d'être exclusifs l'un de l'autre, peuvent entretenir des interactions constantes.

I. DEUX NOTIONS NON EXCLUSIVES

L'écrit n'exclut pas nécessairement la coutume qui, de son côté, peut être codifiée.

a) **La coutume dans la constitution écrite**

La tradition juridique française est hostile à l'idée qu'une coutume puisse modifier une constitution écrite. Une telle position est juridiquement fondée sur l'idée même de suprématie de la Constitution.

Toutefois, sous un angle sociologique, il n'y a aucune raison de contester que la coutume puisse modifier effectivement la Constitution écrite ⁽⁹⁸⁾. D'une manière générale un décalage existe souvent entre les règles écrites manifestement voulues par le constituant et la pratique qui peut conduire à des dysfonctionnements de la règle juridique ou à un modèle d'organisation autre que celui qui avait été initialement posé par le texte écrit.

b) **L'écrit dans la constitution coutumière**

⁹⁸Un des exemples les plus connus est la création purement coutumière de la Présidence du Conseil sous la III^e République malgré le silence de la Constitution de 1875 sur ce point.

Théorie constitutionnelle

La procédure et le formalisme qui entourent la rédaction du document constitutionnel sont plus déterminants que l'écrit dans la qualification d'une Constitution écrite ou coutumière.

En droit une coutume peut être écrite sans cesser d'être une coutume. De même, une Constitution coutumière peut comporter des dispositions écrites et adoptées sous la forme de lois ordinaires (bills). En Grande Bretagne, par exemple, la Constitution matérielle comprend à la fois des règles politiques de nature coutumière ⁽⁹⁹⁾ et des règles contenues dans des textes écrits ⁽¹⁰⁰⁾.

II. LES INTERACTIONS ENTRE LA COUTUME ET L'ECRIT

Il s'est posé en droit la question de savoir si la coutume, en tant que source matérielle du droit, peut compléter ou modifier une constitution écrite. La nature "praeter legem" (supplétive) ou "contra legem" (contraire) de la coutume apporte quelques éléments de réponse à la question.

a) La coutume "praeter legem"

La coutume "praeter legem" est celle qui peut, sous certaines limites, compléter, combler les lacunes ou développer la logique d'un texte ⁽¹⁰¹⁾. Elle peut adjoindre des règles utiles ou logiques, faire évoluer ou même aller à l'encontre d'une Constitution écrite mais pas obligatoirement de son esprit.

2) La coutume "contra legem"

Tout différent apparaît le problème de la coutume "contra legem", celle qui peut modifier une disposition écrite. Si certains auteurs admettent sa validité ⁽¹⁰²⁾ la grande majorité de la doctrine ⁽¹⁰³⁾ la refuse absolument en se fondant sur le principe même de la hiérarchie des normes juridiques.

⁹⁹ Il s'agit des fameuses "conventions de la Constitution".

¹⁰⁰ Voir par exemple la Grande Charte de 1215, la pétition des droits de 1628, le Bill of Rights de 1689, l'Habeas Corpus de 1679, les Parliament Act de 1911 et de 1949

¹⁰¹ Par exemple la Constitution américaine de 1787 ne régulaient pas la limitation du mandat présidentiel. La règle des deux mandats successifs résultait d'un précédent du Premier Président, Georges Washington, qui n'avait pas voulu briguer un troisième mandat.

Cette coutume fut d'abord violée par Roosevelt en 1940 avant d'être consacrée par le XXII^e amendement adopté en 1947.

De même le contrôle de la constitutionnalité n'était pas prévue par la constitution de 1787 mais a été pratiquée depuis 1803 par la Cour suprême comme étant la conséquence logique de la suprématie constitutionnelle.

On peut encore citer l'institution de la Présidence du Conseil qui n'avait pas expressément prévue par la Constitution de la 3^e République.

¹⁰² A. Hauriou, Vedel, Gicquel, Capitant etc.

¹⁰³ Ardant, Burdeau, Cadart, B. Jeanneau, Prélôt, Pactet

Théorie constitutionnelle

La coutume "contra legem" ne peut être considérée comme une véritable règle à valeur constitutionnelle. L'admettre conduirait à reconnaître à une règle de valeur très inférieure, le pouvoir de modifier, de réviser, voir d'abroger une norme juridiquement supérieure et donc à nier purement et simplement la valeur suprême de la Constitution ainsi que sa supériorité sur les autres règles de droit (¹⁰⁴). Or il ne sert à rien de prévoir des règles précises de révision d'une Constitution si une simple pratique suffisait à la modifier. D'ailleurs la jurisprudence n'a jamais fait appel à une "coutume constitutionnelle" pour trancher une question.

La coutume ne peut jamais modifier ou abroger une disposition constitutionnelle écrite et précise. Au demeurant le fait qu'une violation ne soit pas sanctionnée ne peut signifier en droit que la disposition a été abrogée par la Coutume (¹⁰⁵). Les lacunes dans les mécanismes de protection de la Constitution sont souvent à l'origine de cet état de fait qui ne traduit nullement une quelconque abrogation des règles violées.

PARAGRAPHE II : CLASSIFICATION FONDEE SUR LE DEGRE DE RIGIDITE DE LA CONSTITUTION

Cette typologie prend en considération la procédure suivie pour réviser une Constitution.

A. LE PRINCIPE DE LA DISTINCTION

Pour saisir l'essence de cette distinction, il convient de se placer non plus à la naissance mais à la croissance même de la Constitution lorsqu'il s'agit d'y apporter des modifications en vue l'adapter aux circonstances changeantes. Sous cet angle il est traditionnel de distinguer la Constitution souple et la Constitution rigide.

I. LA CONSTITUTION SOUPLE

Dans l'histoire du Constitutionnalisme rares sont les Etats qui ont opté en faveur de la Constitution souple (¹⁰⁶).

¹⁰⁴On peut citer entre autres exemples de pratiques coutumières réellement contraires à la Constitution celui des décrets-lois des 3^e et 4^e Républiques. Ces actes de l'exécutif violaient ouvertement les Constitutions avant de recevoir en 1958 une consécration constitutionnelle sous la forme d'ordonnances.

¹⁰⁵L'utilisation de l'article 11 pour réviser la Constitution de 1958 en 1962 et en 1969 a été contestée par la classe politique, une grande partie de la doctrine ainsi que le Conseil Constitutionnel et le Conseil d'Etat mais elle a été approuvée par le peuple qui a adopté cette révision.

¹⁰⁶L'histoire des Etats montre quelques cas anciens de Constitutions souples:

- la Grande Bretagne qui a une constitution à la fois coutumière et souple;
- les Chartes de 1814 et de 1830 n'ayant prévu aucune procédure particulière de révision, le droit commun de la procédure législative suffisait pour réviser la Constitution;

De nos jours on trouve des Constitutions souples en:

- Nouvelle-Zélande qui a décidé en 1947 de ramener sa Constitution au rang de loi ordinaire ;
- Israël où lors de la création de l'Etat une Constitution en bonne et due forme n'a pu être votée faute d'un consensus suffisant sur les rapports entre l'Etat et la religion. Les principaux pouvoirs publics furent organisés par une série de lois en 1948 qui peuvent être modifiées sans procédure particulière par la

Théorie constitutionnelle

La souplesse s'apprécie par rapport à la facilité des conditions dans lesquelles des modifications peuvent être apportées à la Constitution. On dit d'une Constitution qu'elle est souple lorsque sa procédure de révision est facile à mettre en oeuvre, lorsqu'elle peut être aisément révisée selon une procédure qui ne se différencie pas de la procédure législative ordinaire (¹⁰⁷).

La Constitution souple n'occupe pas une place hiérarchiquement supérieure à la loi ordinaire dans le bloc de la légalité. Elle s'identifie et se situe au même niveau dans la hiérarchie des normes que la loi ordinaire. Dans la pratique le constituant se confond purement et simplement avec le législateur et la procédure constitutionnelle avec la procédure législative de droit commun (¹⁰⁸).

La Constitution souple permet un réajustement sans ruptures ni cassures du système constitutionnel à la culture politique évolutive. Elle présente néanmoins l'inconvénient de laisser le destin de l'Etat entre les mains d'une majorité parlementaire qui peut transformer comme elle l'entend les règles du jeu politique.

II. LA CONSTITUTION RIGIDE

La technique des Constitutions rigides est apparue à la fin du 18^e siècle aux Etats-Unis avec les Constitutions des Etats fédérés qui ont précédé la Constitution fédérale de 1787. Elle est inspirée par les soucis de protection de la démocratie et de légalité constitutionnelle.

Charte fondamentale de l'Etat, la Constitution est un texte solennellement élaboré et rédigé avec beaucoup de soin. Elle est au sommet de la hiérarchie des normes juridiques. Elle est en conséquence investie d'une prééminence sur tous les autres actes juridiques des organes institués qu'ils soient législatifs ou réglementaires. A partir du moment où elle assigne les limites contraignantes à l'arbitraire du pouvoir, il faut donc la rendre plus ou moins difficile à modifier.

La rigidité constitutionnelle répond à cette préoccupation. Elle soumet la révision d'une Constitution à une procédure rendue difficile par des règles spéciales de compétence et de procédure. La révision d'une Constitution s'effectue selon une procédure supérieure à celle

Knesset;

- République Populaire de Chine où la Constitution du 5 Mars 1978 ne posait pas de conditions particulières de majorité à l'exercice par l'Assemblée populaire nationale de son pouvoir d'amender la Constitution.

¹⁰⁷C'est le cas lorsque les assemblées parlementaires statuent sur une révision constitutionnelle à la majorité des suffrages exprimés.

¹⁰⁸La Constitution de Weimar de 1919 avait permis à Adolf Hitler de profiter de sa grande souplesse pour transformer l'Allemagne en Etat national-socialiste par les lois de 24/3/1933 et 31/1/1934 ; De même, la souplesse du Statuto de l'Etat Italien proclamé par le Roi de Piémont en 1848 avait permis à Mussolini de profiter de l'absence de supériorité des lois constitutionnelles sur les lois ordinaires pour l'amender et instituer un ordre constitutionnel profondément différent.

Théorie constitutionnelle

utilisée pour la loi. Il en résulte une double différenciation organique et procédurale (majorité qualifiée ou référendum) entre le pouvoir constituant et le pouvoir législatif.

Inspirée par les soucis de démocratie et de légalité, la rigidité vise à placer les règles et principes fondamentaux du régime politique hors d'atteinte du législateur. Une primauté incontestable ainsi qu'une représentativité exemplaire et renforcée sont conférées au Constituant qui, seul, dispose du pouvoir d'influer sur le destin politique de la société.

B. PORTEE DE LA DISTINCTION

La distinction souple et rigide n'a qu'un intérêt relatif du point de vue formel car elle risque de faire double emploi avec la distinction coutumière et écrite: la constitution coutumière étant souple et la constitution écrite se caractérisant par sa rigidité.

Toutefois, du point de vue sociologique la distinction peut être factice. Il n'y a pas de rapport direct entre le caractère rigide ou souple d'une constitution et le fait qu'elle soit écrite ou coutumière puisque l'une des distinctions porte sur la révision et l'autre sur l'élaboration de la constitution. Il peut arriver qu'une coutume soit rigide et que la rigidité soit contournée par des pratiques qui assouplissent sa portée.

I. LES COUTUMES RIGIDES

Une constitution coutumière peut parfois être rigide. et s'imposer aux gouvernants qui ne disposent d'aucune latitude pour y apporter des changements même par des lois écrites.

Il en était ainsi des lois fondamentales sur la dévolution du pouvoir royal sous l'Ancien régime. L'hérédité était régie par des règles coutumières établies dans l'intérêt exclusif de la monarchie. Elle transcendait la volonté du monarque régnant qui ne pouvait s'opposer à la dévolution de la Couronne au prince aîné⁽¹⁰⁹⁾.

De manière générale ces lois fondamentales, bien que coutumières, se caractérisaient par leur rigidité. Elles s'imposaient au monarque qui, dans l'exercice d'un pouvoir législatif dont il était investi, ne pouvait les modifier sans le consentement des Etats Généraux.

II. LE CONTOURNEMENT DE LA RIGIDITE

Si dans la majorité des cas les constitutions écrites sont rigides, il n'en est pas toujours ainsi.

Historiquement, il a existé des constitutions écrites qui n'étaient pas rigides. Les Chartes de 1814 et de 1830 en France pouvaient être révisées par les organes législatifs ordinaires. Il en fut de même pour la Constitution Allemande de Weimar de 1919.

¹⁰⁹Cf. Saguez-Lovisi (Claire), Les lois fondamentales au XVIII^e siècle. Recherches sur la loi de dévolution de la Couronne; Paris, P.U.F., 1984.

Théorie constitutionnelle

De nos jours, la pratique constitutionnelle met en lumière la facilité avec laquelle les révisions sont apportées à une Constitution. Des facteurs politiques sont à l'origine de cette situation de fait. En effet le phénomène majoritaire caractéristique des démocraties contemporaines conduit à l'avènement, dans les assemblées parlementaires, de majorités homogènes et disciplinées ratifiant souvent sans état d'âme les projets ou propositions de révision initiés par les états-majors du parti ou de la coalition majoritaire. Le vote mécanique permet de contourner l'exigence des majorités qualifiées exigées pour réviser une constitution.

CHAPITRE II : L'EXERCICE DU POUVOIR CONSTITUANT

L'exercice du pouvoir constituant pose des problèmes techniques. Il interpelle les modalités pratiques à travers lesquelles est établie ou révisée une Constitution. Or la confection du document constitutionnel est une entreprise complexe qui requiert le concours de spécialistes. Toutefois, cette dimension purement technique ne doit nullement occulter les enjeux politiques qu'implique tout processus d'établissement ou de révision d'une Constitution.

L'exercice du pouvoir constituant pose le problème de l'organe chargé d'adopter une Constitution pour la première fois et celui qui est appelé à la modifier ultérieurement. Ces deux organes sont d'essence différente.

L'organe qui détermine et fixe les règles constitutionnelles initiales qui sont à la base de la fondation de l'Etat ou du régime est appelé **pouvoir constituant originaire**. Il est originaire en ce sens qu'il est le détenteur initial du pouvoir qu'il crée et aménage en décidant de son statut.

L'organe qui modifie une constitution déjà en vigueur selon les règles posées par celle-ci est appelé **pouvoir constituant dérivé** ou **pouvoir constituant institué** (Bonnard) parce qu'il dérive de la Constitution qui le prévoit et l'organise.

Le pouvoir constituant originaire se situe en amont en ce sens qu'il est chargé d'élaborer et d'adopter la Constitution avant de disparaître définitivement, alors que le pouvoir constituant dérivé est en aval dans la mesure où il est chargé de réviser la Constitution afin de l'adapter aux besoins de changement exprimés par le régime politique.

SECTION I : L'ETABLISSEMENT DES CONSTITUTIONS

L'établissement des règles fondamentales relatives à la dévolution et à l'exercice du pouvoir politique est une prérogative qui revient au pouvoir constituant originaire. Celui-ci est investi du pouvoir d'élaborer la Charte fondamentale du pouvoir politique de l'Etat selon des procédés qui varient en fonction des croyances politiques dominantes dans le régime politique.

PARAGRAPHE I : LE POUVOIR CONSTITUANT ORIGINAIRE

Le pouvoir constituant originaire est un pouvoir initial et inconditionné. En effet, il est à la source, au commencement d'un ordre juridique étatique nouveau dans la mesure où il lui revient le pouvoir de fixer le statut de l'Etat ou du régime politique.

Ce pouvoir est qualifié d'originaire parce qu'il intervient chaque fois qu'il y a un vide constitutionnel suite à la fondation d'un Etat nouveau, d'un effondrement ou d'un consensus pour changer le régime politique en place.

A : LA FONDATION D'UN ETAT NOUVEAU

Théorie constitutionnelle

Le pouvoir constituant originaire fonde les assises juridiques d'un Etat. Il précède dans le temps l'Etat puisqu'il lui donne un statut qui l'organise.

Il y a Etat nouveau lorsque, sur un territoire déterminé, il n'y avait pas d'Etat et qu'il s'en crée un. De nos jours, la formation de nouveaux Etats est devenue un phénomène général en raison de l'accession à la souveraineté internationale des anciens territoires sous domination coloniale.

Dans les nouveaux Etats, les dirigeants qui ont obtenu l'indépendance du territoire se transforment généralement en pouvoir constituant originaire dans la mesure où il leur revient le pouvoir de rédiger une Constitution qu'ils peuvent ensuite proposer à la ratification du peuple ou à l'approbation d'une assemblée constituante.

Toutefois, il peut arriver qu'au moment d'abdiquer ses prérogatives, l'Etat colonisateur fonde lui-même le nouvel Etat en lui donnant une Constitution (¹¹⁰).

Un Etat nouveau existe également lorsque se produisent des modifications qui affectent sa structure. Il en est ainsi du passage d'une forme unitaire à une forme fédérale. Deux ou plusieurs Etats jusqu'alors indépendants décident de se fédérer en remettant à une Convention ou une Assemblée Constituante le pouvoir d'élaborer un projet de Constitution fédérale qui doit être ratifié par une majorité qualifiée des entités fédérées (¹¹¹).

B. LA SUCCESSION DE REGIMES

La succession de régime s'effectue dans le cadre d'une entité étatique existante. Elle est la conséquence de l'effondrement total d'un régime politique et à son remplacement à la suite d'une guerre, d'une révolution ou d'un coup d'Etat. La succession peut ne pas être violente et s'opérer pacifiquement lorsqu'il existe un consensus pour changer le régime en place (¹¹²).

Dans la succession de régimes, le pouvoir constituant se situe dans une perspective de rupture par rapport à l'ordre juridique antérieur. Il est censé se développer sur un terrain vierge en ce sens qu'il ne tire pas sa légitimité d'une Constitution existante mais traduit le passage d'un type

¹¹⁰ Ainsi l'accession à la souveraineté internationale des anciennes colonies britanniques s'est faite dans le cadre de conférences constitutionnelles. Ces constitutions de l'indépendance imposaient souvent l'adoption du modèle de Westminster, c'est-à-dire le régime parlementaire qui était seul en mesure d'assurer la protection effective des minorités raciales ou ethniques.

¹¹¹ Il en est ainsi, par exemple, des Constitutions Américaine de 1787, Helvétique de 1848 qui marquèrent le passage de la forme unitaire à la forme fédérale de l'Etat.

La Constitution du Cameroun de 1972 résulte en revanche du processus inverse car elle établit une forme unitaire à la place des deux entités fédérées qui existaient jusqu'alors.

¹¹² En France, la IV^e République avait semé les germes de sa propre destruction en votant la loi constitutionnelle du 3 Juin 1958 habilitant le gouvernement présidé par le Général de Gaulle à élaborer une nouvelle constitution marquant l'avènement de la V^e République.

Théorie constitutionnelle

de régime à un autre qui se veut fondamentalement différent du régime déchu. La nouvelle constitution est souvent élaborée en réaction contre la constitution précédente. Le nouveau pouvoir constituant cherche à résoudre les blocages antérieurs ou les difficultés et défauts qui sont à l'origine du renversement de l'ordre constitutionnel antérieur.

La succession de régimes dépasse ainsi le simple changement de personnes physiques à la tête de l'appareil d'Etat. Elle affecte la philosophie même du pouvoir au sein de l'Etat dans la mesure où elle s'accompagne d'une nouvelle constitution qui remplace la constitution du régime précédent et qui procède à une mise en place de nouvelles règles d'établissement et de fonctionnement du pouvoir politique (¹¹³).

PARAGRAPHE II : LES PROCÉDES D'ELABORATION DES CONSTITUTIONS

L'idéal démocratique fait du peuple le détenteur du pouvoir constituant originaire. Seulement il existe des situations où le caractère démocratique fait défaut ou est faible. Ainsi de la nature des relations entre les gouvernants et les gouvernés découlent les procédés non démocratiques et démocratiques d'établissement des Constitutions.

A. LES PROCÉDES NON DEMOCRATIQUES

Ces procédés sont qualifiés comme tels parce qu'ils excluent le peuple du processus d'élaboration et d'adoption de la Constitution ou rendent sa participation purement illusoire. Dans le premier cas nous avons les chartes et dans le deuxième cas les plébiscites.

I. LES CHARTES

Les procédés autocratiques d'établissement des Constitutions par excellence sont les chartes qui ont au même titre que les Constitutions écrites un caractère de super-légalité. Elles peuvent être octroyées ou négociées.

¹¹³ Il en est ainsi, en ce qui concerne la France, du passage de la monarchie absolue à la monarchie constitutionnelle en 1791 ou de la monarchie à la république en 1848.

De même, la Constitution française de la IV^e République (1946-1958) avait mis en place un régime parlementaire rationalisé et limité les pouvoirs de la seconde chambre pour tenter d'enrayer l'instabilité politique caractéristique de la III^e République.

Enfin, les rédacteurs de la constitution de la V^e République ont été en grande partie animés par le désir de réagir contre les dérivations des régimes précédents en instituant des mécanismes visant à stabiliser le pouvoir exécutif: restauration de l'autorité du Chef de l'Etat, mise en place d'un conseil constitutionnel pour limiter les excès du législateur, etc.

Au Sénégal, la succession de régimes intervenue en 1963 avec l'adoption d'une Constitution présidentielle se substituant à la Constitution parlementaire de 1960 visait à faire table rase du passé constitutionnel et d'instaurer un régime qui se veut différent du régime parlementaire qui avait cours de 1960 à 1962.

La succession de régimes faisant suite à l'alternance démocratique du 19 mars 2000 consacre théoriquement un retour en arrière avec un retour au régime parlementaire rationalisé pour briser l'hégémonie du pouvoir présidentiel qui caractérisait le régime précédent.

a) La charte octroyée

La charte octroyée n'est pas l'expression de la volonté nationale mais procède d'un geste unilatéral du ou des titulaires du pouvoir constituant. Elle traduit souvent la volonté d'un Souverain d'octroyer une Constitution à son peuple afin de lui permettre de participer à l'exercice du pouvoir (¹¹⁴).

b) La Charte négociée

La Charte peut aussi être le résultat d'une transaction ou d'un compromis entre les forces politiques en présence, notamment entre la Couronne et l'Assemblée parlementaire (¹¹⁵).

Une Charte de ce type est nécessairement évolutive à partir du moment où l'équilibre sur lequel elle est construite peut être rompu à tout moment par une nouvelle recombinaison des forces politiques rendant indispensable une nouvelle redéfinition des rapports politiques.

II. LE PLEBISCITE CONSTITUTIONNEL

Le plébiscite est un mécanisme de participation populaire qui ressemble formellement au référendum dont il se différencie par son objet. Dans les deux cas l'intervention du peuple est sollicitée mais dans le référendum il lui est demandé de se prononcer sur un texte alors que dans le plébiscite l'accent est plutôt mis sur une personne.

Le plébiscite est un procédé non démocratique d'adoption d'une Constitution car la participation populaire qu'il implique est chimérique. Elle ne vise qu'à donner un vêtement démocratique au processus constitutionnel. La consultation est souvent contrôlée et orientée et ne laisse pratiquement aucun pouvoir d'appréciation véritable aux électeurs.

Le plébiscite s'analyse ainsi en une technique de légitimation d'un pouvoir du dictateur qui cherche à se donner un vernis démocratique très illusoire.

B. LES PROCÉDES DEMOCRATIQUES

La démocratie fait du peuple la source de tout pouvoir politique. En conséquence le pouvoir constituant, manifestation primordiale de la souveraineté, appartient au peuple.

L'intervention du peuple peut se situer en amont ou en aval du processus constitutionnel. Dans le premier cas il intervient directement ou indirectement dans la phase d'élaboration alors

¹¹⁴ La Charte constitutionnelle de 1814 fut octroyée, de par sa seule volonté, par LOUIS XVIII à ses sujets, lors de la restauration de la monarchie en 1814 ainsi que le déclare expressément le préambule: " Nous avons volontairement et par le libre exercice de notre autorité royale, accordé et accordons, fait concession et octroi à nos sujets, tant pour nous que pour nos successeurs, et à toujours, de la Charte constitutionnelle qui suit."

Il en est de même de la Constitution accordée à la Russie par Nicolas II en 1905.

¹¹⁵ Il en est ainsi de la Charte de 1830 qui fut négociée par Thiers au nom des parlementaires et le futur Roi Louis Philippe.

que dans le second cas le pouvoir d'adopter, directement ou indirectement, le projet constitutionnel lui revient.

I. L'ELABORATION DE LA CONSTITUTION

La confection technique du document constitutionnel peut être confiée à une assemblée spécialement élue, à un gouvernement ou selon un procédé mixte faisant appel au peuple.

a) Une Assemblée

L'élaboration d'une nouvelle constitution peut être l'œuvre d'une assemblée spécialement instituée. Cette assemblée peut être spécifique ou générique.

1. Une Assemblée spécifique

Ce système met l'accent sur le caractère fondateur de l'opération constituante. Une assemblée constituante ad hoc est spécialement élue pour rédiger la Constitution (¹¹⁶). C'est le procédé de la "Convention" de type américain qui est une Assemblée constituante qui ne cumule pas le pouvoir législatif constitutionnel et le pouvoir législatif ordinaire. Elle est seulement constituante.

Un tel procédé d'élaboration d'une Constitution est démocratique puisqu'il permet, en principe, une large discussion des dispositions constitutionnelles. Il comporte néanmoins une limite dans la mesure où les délégués à la constituante, espérant être élus dans les futures assemblées instituées par la Constitution, peuvent prévoir au profit de celles-ci des prérogatives trop importantes.

2. Une Assemblée générique

Ce système repose sur une assemblée constituante et législative chargée d'élaborer une constitution mais parallèlement de voter les lois ordinaires et de contrôler l'action du gouvernement (¹¹⁷).

b) Un Gouvernement

Le pouvoir exécutif peut s'attribuer ou se faire reconnaître le droit de rédiger le texte constitutionnel à charge de le soumettre le cas échéant à la ratification du peuple par voie de référendum ou de plébiscite.

Ce procédé inauguré par l'Empereur Napoléon (¹¹⁸) fut poursuivi par son neveu Napoléon III (¹¹⁹) avant d'être remis à l'honneur par le général de Gaulle pour l'élaboration de la Constitution du 4 Octobre 1958 (¹²⁰).

¹¹⁶ La Convention de Philadelphie qui élaborait la Constitution des Etats-Unis de 1787.

¹¹⁷ En France nous avons les exemples des Assemblées nationales de 1848 et de 1871 ou des Assemblées nationales constituantes de 1945-1946.

c) Le procédé mixte

Le peuple élit d'abord une constituante et est ensuite consulté par référendum sur le texte élaboré par celle-ci. Ce procédé plus démocratique mais il présente l'inconvénient de multiplier les consultations populaires en un laps de temps relativement court.

II. L'ADOPTION DE LA CONSTITUTION

Le peuple peut ne pas être associé à l'élaboration même du texte en raison de sa complexité ou de sa technicité. Toutefois, il doit intervenir pour l'adopter soit par l'intermédiaire de ses représentants, soit directement par référendum, soit par une combinaison des deux procédés.

a) L'adoption institutionnelle

Une assemblée spécialement élue à cet effet peut être chargée d'adopter le projet constitutionnel. Ce système a cours dans les Etats fédéraux où les entités fédérées doivent approuver à une majorité souvent qualifiée la nouvelle Constitution fédérale. Il peut s'agir de Conventions créées dans chaque Etat fédéré.

L'adoption peut être le fait d'une assemblée législative qui se transforme pour la circonstance en assemblée constituante. La Constitution sénégalaise du 29 Août 1960 avait été adoptée par l'Assemblée nationale.

b) L'adoption référendaire

Le référendum est une votation par laquelle les citoyens se prononcent par oui ou par non sur un texte soumis à leur approbation. C'est un mécanisme de participation directe du peuple au processus de prise de décision. Il s'oppose au plébiscite où l'expression populaire porte non sur un texte mais sur une personne qui sollicite la confiance ou mieux l'allégeance du peuple.

Le référendum constitutionnel peut intervenir dans deux hypothèses:

- suite à l'élaboration de la Constitution par des organes spécialisés (¹²¹).
- plus fréquemment le texte est élaboré par le pouvoir législatif puis adopté définitivement par référendum (¹²²).

¹¹⁸ Constitutions de l'An X, l'An XII et de 1815.

¹¹⁹ Constitutions impériales de 1852 et de 1870.

¹²⁰ La loi constitutionnelle du 3 Juin 1958 avait chargé le gouvernement du Général de Gaulle de rédiger et de soumettre à l'approbation du peuple une nouvelle Constitution.

¹²¹ Voir pour la France le référendum du 28 septembre 1958 et pour le Mali le référendum du 12 janvier 1992.

¹²² France 1793, 1946.

SECTION II : LA REVISION DES CONSTITUTIONS

La révision constitutionnelle pose des problèmes techniques qui comportent souvent des incidences politiques. Techniquement, elle vise à corriger les lacunes de la Constitution ou à répondre à un besoin de changement exprimé par le régime politique. Cependant, elle peut politiquement être le reflet d'une domination d'une classe qui cherche alors à inscrire dans la charte les principes fondamentaux qui guident son idéologie.

Sous l'angle strictement juridique, la révision constitutionnelle pose le problème de la réforme prévue et organisée par la Constitution elle-même qui en pose le principe et aménage ses mécanismes.

PARAGRAPHE I : LE PRINCIPE DE LA REVISION

Par définition le constituant originaire est souverain. Il devrait donc être illimité et discrétionnaire. Seulement, les nécessités de l'Etat de droit et de la démocratie impliquent des atténuations pratiques ou juridiques qui conduisent à la consécration du principe de la mutabilité des Constitutions qui peuvent être révisées par le pouvoir constituant dérivé.

A. LE PRINCIPE DE LA MUTABILITE DES CONSTITUTIONS

Aucun constituant n'a pensé élaborer pour l'éternité un texte insusceptible de révision. Au contraire, la constitution doit souvent être révisée pour tenir compte des circonstances constitutionnelles et politiques qui sont fluctuantes. La révision permet de combler les lacunes ou d'adapter les dispositions contingentes.

I. LA CORRECTION DES LACUNES

Une révision peut combler d'éventuelles lacunes. Un texte aussi parfait soit-il ne peut tout prévoir. Au contraire, des insuffisances, lacunes ou vides sont souvent mis en lumière lorsqu'il est question de mettre en pratique une Constitution. Ces lacunes sont généralement causées par des oublis volontaires ou non. La pratique peut aussi faire apparaître la perversité d'une disposition.

La révision peut aussi consacrer une évolution logique ou une coutume constitutionnelle (¹²³) ou même affecter profondément la nature du régime politique.

II. L'ADAPTATION DES DISPOSITIONS CONTINGENTES

Si certains principes constitutionnels paraissent irréversibles (¹²⁴), d'autres sont en revanche contingents et sont susceptibles de faire l'objet d'une éventuelle remise en cause (¹²⁵).

¹²³ En France, par exemple, les lois constitutionnelles de 1875 ignoraient la Présidence du Conseil et ce n'est que plus tard (en 1934) que l'institution fut constitutionnalisée.

¹²⁴ Il en est ainsi, par exemple, de la forme républicaine de l'Etat ou du gouvernement.

Théorie constitutionnelle

La révision peut être rendue nécessaire par une intégration de nouvelles règles imposées par les circonstances ou l'abrogation de dispositions antérieures obsolètes ou inopportunes.

C'est pour toutes ces raisons que les Constituants originaires prévoient eux-mêmes des Constituants dérivés chargés d'adopter les modifications susceptibles d'être apportées à la Constitution.

B. LE POUVOIR CONSTITUANT DERIVE

La révision constitutionnelle est l'œuvre du pouvoir constituant dérivé qui est un pouvoir institué, conditionné et limité.

a) Un pouvoir institué

Le pouvoir constituant **dérivé** ou **institué** est l'organe désigné par la Constitution pour modifier éventuellement le texte constitutionnel. C'est un organe de l'Etat; d'où le nom hautement symbolique de pouvoir "dérivé" (¹²⁶) ou "institué"(¹²⁷).

Cet organe dispose du pouvoir de modifier ou d'adapter la Constitution selon une procédure particulière destinée à lui conférer une certaine solennité et surtout à garantir les droits de la minorité.

b) Un pouvoir conditionné

Le pouvoir constituant dérivé tire sa légitimité de la Constitution qui non seulement fixe la procédure à suivre, mais encadre ses interventions soit dans leur objet, soit dans le temps, soit dans le cadre de l'esprit même de la Constitution.

Ce pouvoir est dès lors conditionné en ce sens qu'il est unanimement admis que l'autorité de révision ne doit pas utiliser la procédure de révision pour établir une Constitution d'inspiration différente (¹²⁸). Elle ne doit pas faire une oeuvre nouvelle mais seulement adapter la Constitution aux circonstances changeantes.

c) Un pouvoir limité

Le constituant dérivé a une sorte de compétence liée quant à l'objet, la portée, la procédure, les délais par les dispositions spéciales que comporte chaque constitution prévoyant les conditions de sa révision.

¹²⁵ C'est le cas, entre autres, de la durée du mandat des gouvernants, de la nature présidentielle ou parlementaire du régime, etc.

¹²⁶ Dérivé du pouvoir constituant originaire.

¹²⁷ Institué par le constituant initial.

¹²⁸ Cette situation correspond à ce que Liet-Veaux qualifie de "**fraude à la Constitution**".

PARAGRAPHE II : LES MECANISMES DE REVISION

Les procédures de révision s'attachent généralement à éviter deux écueils:

- une trop grande facilité risquant de remettre en cause la stabilité des institutions qu'il ne conviendrait pas de modifier à tout propos et trop fréquemment ;
- une trop grande lourdeur risquant de faire avorter des modifications nécessaires à l'adaptation du statut de l'Etat qui ne saurait prétendre à une immutabilité absolue face aux réalités et besoins nécessairement changeants.

La conciliation de ces deux exigences contradictoires justifie l'insertion dans la Constitution d'une procédure destinée à canaliser ce pouvoir de modification.

A. L'INITIATIVE DE LA REVISION

L'initiative pose la question de savoir à qui revient le pouvoir de proposer une révision constitutionnelle.

Selon l'attachement plus ou moins grand du Constituant originaire aux principes démocratiques, le droit de proposer une modification de la Constitution, sera réservé à quelques personnalités ou organes (¹²⁹) ou au contraire très largement ouvert (¹³⁰).

L'initiative peut être réservée au seul pouvoir exécutif (¹³¹).

Elle peut être partagée entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif (¹³²).

Elle peut aussi émaner du seul pouvoir législatif: d'une seule chambre (¹³³) ou des deux chambres du parlement (¹³⁴).

¹²⁹ La Constitution de l'An X réservait l'initiative de la révision au seul gouvernement alors que celle impériale de 1852 la réservait au Sénat dont les membres étaient nommés avec l'accord de l'Empereur.

¹³⁰ En Suisse le droit d'initiative en matière constitutionnelle est reconnu au peuple. Si une pétition tendant à modifier la Constitution recueille 100.000 signatures, les Assemblées de la Confédération sont tenues d'en délibérer et de consulter le peuple à ce sujet. De même, l'article 218 de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006 reconnaît à une fraction du peuple congolais, en l'occurrence 100.000 personnes s'exprimant par une pétition adressée à l'Assemblée nationale ou au sénat un droit d'initiative en matière de révision constitutionnelle.

¹³¹ Les Constitutions napoléoniennes et les régimes autoritaires.

¹³² Articles 89 al. 1 de la Constitution Française du 4 Octobre 1958 et 118 de la Constitution Malienne du 25 février 1992.

¹³³ Sénat du second Empire.

¹³⁴ Le Congrès des Etats-Unis composé de la Chambre des Représentants et du Sénat.

Enfin elle peut être déclenchée par les Etats fédérés (¹³⁵) ou même par le peuple (¹³⁶).

B. L'ADOPTION DE LA REVISION

L'adoption d'une révision constitutionnelle (¹³⁷) est la décision de prendre l'initiative en considération et de lui donner suite. Elle peut se faire selon des procédures plus ou moins complexes.

I. LES CONVENTIONS DE RATIFICATION

Ces conventions sont des assemblées constituantes convoquées spécialement pour approuver les transformations constitutionnelles. Elles ne sont pas permanentes mais conjoncturelles en ce sens qu'elles disparaissent une fois accomplie la mission en vue de laquelle elles ont été instituées (¹³⁸).

II. LA RATIFICATION PARLEMENTAIRE

Dans certains pays il revient au Parlement d'adopter la révision constitutionnelle. Le Parlement peut se réunir en Congrès regroupant l'Assemblée Nationale et le Sénat (¹³⁹) ou conserver sa physionomie lorsqu'il est monocaméral.

Dans les deux cas, la procédure législative est rendue plus complexe dans la mesure où il est exigé une majorité qualifiée pour adopter la révision (¹⁴⁰).

III. LA RATIFICATION REFERENDAIRE

Le référendum est le procédé de droit commun d'adoption d'une révision constitutionnelle dans la mesure où il s'agit de recueillir le consentement du peuple aux transformations introduites dans sa charte fondamentale. A l'opposé des Etats fédéraux où la

¹³⁵ Aux Etats-Unis, les Etats fédérés disposent par le biais de leurs législatures ou parlements locaux de l'initiative en matière constitutionnelle.

¹³⁶ Initiative populaire en Italie (art. 71 de la Constitution du 27 décembre 1947) ou en Suisse (art. 20 de la Constitution fédérale de 1848).

¹³⁷ Aux Etats-Unis on parle d'amendement constitutionnel. En France et au Sénégal, l'amendement intervient dans la procédure décisionnelle et s'analyse en une modification proposée au texte initial.

¹³⁸ C'est la procédure de droit commun d'adoption d'une révision constitutionnelle aux Etats-Unis.

¹³⁹ C'est le cas de la France mais aussi des Etats-Unis où les législatures locales qui sont par ailleurs bicamérales peuvent se substituer aux Conventions des Etats.

¹⁴⁰ En France et au Sénégal, la majorité des 3/5 des membres du Congrès réunissant l'Assemblée nationale et le Sénat est requise. Aux Etats-Unis, il est exigé une majorité des 3/4 des législatures locales ou des conventions spécialement créées à cet effet.

Théorie constitutionnelle

révision est principalement l'affaire des entités fédérées, dans les Etats unitaires la révision interpelle le peuple.

Au Mali le projet ou la proposition de révision doit être adopté par l'Assemblée nationale à la majorité des deux tiers de ses membres. Toutefois, le référendum est la seule voie d'approbation d'une révision constitutionnelle (Art.118 de la constitution).

En France et au Sénégal, par contre, si le référendum est en principe la procédure de droit commun d'adoption d'une révision constitutionnelle, il est néanmoins prévu une procédure abrégée permettant de contourner le recours au référendum qui est coûteux, contraignant et, surtout, inutile pour les révisions mineures (¹⁴¹).

C. LES LIMITES DU POUVOIR CONSTITUANT DERIVE

Il est relativement fréquent que le pouvoir constituant originaire cherche à limiter les pouvoirs qu'il a conférés au pouvoir constituant dérivé. Dès lors qu'il trouve son fondement dans le texte de la constitution, le pouvoir constituant dérivé y trouve également des limites.

I. LE PRINCIPE DE LA LIMITATION

Soucieux de voir son œuvre ébranlée par les autorités qu'il a instituées en vue d'apporter à la Constitution des correctifs que la pratique révèle indispensable, le Constituant originaire peut interdire toute révision de certains principes fondamentaux inscrits dans la Constitution.

La limitation a pour effet de rendre irrecevable tout projet ou toute proposition de révision allant à l'encontre des principes déclarés immuables par le Constituant originaire.

Toutefois, la portée des interdictions est limitée. Elles ne constituent pas des obstacles infranchissables, faute de contrôle ou de sanctions efficaces. De surcroît, elles n'empêcheront jamais une prise du pouvoir par la force ou une révision irrégulière. Seulement, elles rendent nulles en droit ces révisions qui devront être abrogées ou considérées comme inexistantes lors du retour à la légalité normale.

En outre techniquement si le constituant originaire n'interdit pas expressément la suppression des dispositions limitatives, celles-ci risquent d'être inopérantes. En effet, il suffira simplement au pouvoir constituant institué de procéder au préalable à leur abrogation pour recouvrer sa liberté.

II. L'ETENDUE DES LIMITES

Les limites peuvent être matérielles, temporelles ou conjoncturelles.

¹⁴¹ La procédure abrégée ou spéciale du recours à la ratification parlementaire peut être mise en œuvre par le chef de l'Etat qui dispose du pouvoir de choix entre ces deux modalités d'adoption d'une révision constitutionnelle. Toutefois si au Sénégal le Congrès peut être amené à ratifier le projet ou la proposition de révision (art. 103, al. 3), en France le Congrès ne peut connaître que du projet. La proposition doit nécessairement être approuvée par référendum (art. 89, al.3).

a) Les limites matérielles

Elles concernent les principes fondamentaux qui constituent le socle de l'Etat ou du régime politique. Certaines Constitutions interdisent toute révision portant atteinte à la forme républicaine du gouvernement (¹⁴²), de l'Etat (¹⁴³) ou de valeurs républicaines fondamentales (¹⁴⁴). Dans les Etats fédéraux l'accent est mis sur la protection des entités fédérées (¹⁴⁵).

b) Les limites temporelles

Le Constituant originaire peut prévoir des délais pour la mise en œuvre de la révision de manière à éviter une modification trop brusquée. Ces limites tendent à éviter des révisions trop hâtives (¹⁴⁶).

c) Les limites tenant aux circonstances

Les impératifs liés à la protection de l'intégrité territoriale ou de l'indépendance nationale peuvent justifier l'interdiction de réviser la constitution en cas d'occupation de tout ou partie du territoire (¹⁴⁷). La Constitution rend ainsi irrégulière toute révision accomplie sous la pression ou la menace d'un occupant éventuel.

Les circonstances politiques peuvent interdire toute révision constitutionnelle. Il en est ainsi par exemple de la vacance de la Présidence de la République (¹⁴⁸), durant la période d'application des pouvoirs exceptionnels ou à la suite de la dissolution de l'Assemblée nationale.

¹⁴² C'est le cas de la France avec la loi constitutionnelle du 14 Août 1884 qui a été reprise sur ce point par les constitutions de 1946 et de 1958.

¹⁴³ Art.103 in fine de la Constitution du Sénégal.

¹⁴⁴ Au Mali par l'exemple, l'article 118 de la constitution interdit, au delà de la forme républicaine, toute révision constitutionnelle portant atteinte à la laïcité de l'Etat ainsi qu'au multipartisme.

¹⁴⁵ L'art. 5 de la Constitution des Etats-Unis interdit toute révision portant atteinte au principe de l'égalité de représentation des Etats au Sénat. De même, l'art. 79, al.3 de la Constitution de la RFA interdit toute révision portant atteinte à la structure fédérale de la R.F.A., la participation des Länder à la législation.

¹⁴⁶ La Constitution française de 1791 interdisait sa révision avant l'expiration de trois législatures.

¹⁴⁷ L'art.94 Constitution française de 1946 avait introduit cette limitation en souvenir de la loi de 1940 qui avait autorisé le Maréchal Pétain à modifier la Constitution de 1875. L'art.89 constitution de 1958 devait reprendre la même disposition. Dans ce même ordre d'idées, la Constitution malienne du 12 février 1992 stipule : « Aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire ».

¹⁴⁸ Art. 7 de la Constitution française de 1958 et 40 de la Constitution sénégalaise du 22 janvier 2001.

Théorie constitutionnelle

Toute constitution prévoit des garde-fous destinées à la protéger contre toute dérive émanant des gouvernants. Toutefois la sanction la plus efficace des violations de la Constitution est celle prononcée par le juge constitutionnel à la suite d'un contrôle de constitutionnalité.

CHAPITRE III : LE CONTRÔLE DE LA CONSTITUTIONNALITE DES LOIS

L'affirmation de la supériorité de la Constitution est sans portée pratique si elle n'est pas assortie de mécanismes permettant de sanctionner la non conformité des lois à la norme fondamentale.

Le contrôle de la constitutionnalité des lois est une technique de garantie de la suprématie de la Constitution. Il trouve son expression dans la mise en place d'un système efficace de contrôle de la conformité des règles subordonnées à la norme suprême.

SECTION I : L'AVENEMENT DU CONTROLE DE LA CONSTITUTIONNALITE DES LOIS

Le contrôle de la constitutionnalité est né aux Etats-Unis et ne s'est imposé que tardivement en Europe.

PARAGRAPHE I : NAISSANCE DU CONTROLE DE LA CONSTITUTIONNALITE AUX ETATS-UNIS

Les Etats-Unis d'Amérique ont donné toute son ampleur au contrôle de constitutionnalité en en faisant une pièce fondamentale du régime politique. Le contrôle procède d'une logique juridique et d'une finalité libertaire.

A : UNE LOGIQUE JURIDIQUE

Le contrôle de la constitutionnalité des lois est une œuvre prétorienne. En effet, la Constitution de Philadelphie de 1787 n'avait pas formellement consacré le droit pour les tribunaux de vérifier la constitutionnalité des lois. Il fut admis par la Cour suprême des Etats-Unis dans l'arrêt *Marbury c/ Madison* (1803) rendu sous les auspices du Chief Justice John Marshall (¹⁴⁹). Cette suprématie trouve son fondement dans l'alternative formulée par le Chief Justice Marshall (¹⁵⁰) :

¹⁴⁹ En écartant une loi fédérale en contrariété avec la Constitution la Cour fit triompher le système d'interprétation judiciaire de la Constitution et apparaît désormais comme l'interprète naturel de la charte fondamentale.

¹⁵⁰ Président de la Cour Suprême des Etats-Unis de 1801 à 1835, le Chief Justice Marshall fut considéré comme "le second fondateur de la Constitution".

Théorie constitutionnelle

- ou bien la Constitution est la norme supérieure et souveraine dans l'ordre juridique interne. Elle ne peut alors être modifiée ou affectée par une loi ordinaire;

- ou bien, la constitution est située au même niveau que les actes législatifs proprement dits. Elle peut être modifiée ou affectée à tout moment par le législateur.

Se fondant sur la place du juge dans l'ordonnement des organes du pouvoir d'Etat, Marshall devait choisir la première alternative en considérant que le juge a pour mission d'appliquer le droit et, en cas de contrariété, entre deux normes de faire prévaloir la norme supérieure sur la norme inférieure. En conséquence, en cas de conflit entre la Constitution et un acte de la législature, il est de son devoir de faire prévaloir la première en écartant la seconde qui ne saurait être une règle effective obligeant les cours et tribunaux.

L'affirmation de la primauté de la Constitution devient ainsi primordiale dans un Etat de droit où tout commence et finit par la Constitution sans laquelle il n'y a point de salut pour les autres branches du droit. La Constitution prend la physionomie d'un cadre dans lequel devrait se développer la vie juridique du pays.

B : UNE FINALITE LIBERTAIRE

Le contrôle de la Constitution des lois permet de protéger les droits reconnus aux individus face au pouvoir d'une part et des Etats fédérés contre l'Etat fédéral. Il apparaît ainsi comme la clé de voûte de "l'ordre individualiste" et "fédéraliste" du régime politique américain.

I : LA PROTECTION DE L'ORDRE INDIVIDUALISTE

La Constitution américaine est par excellence individualiste et libérale. Elle proclame des droits individuels qui sont "naturels" parce qu'inhérents à la personne humaine. Or ces droits ne peuvent être vraiment protégés que si une autorité indépendante du législateur, et à certains égards supérieure à lui, est en mesure d'imposer à celui-ci le respect des libertés constitutionnelles.

II : LA PROTECTION DE L'ORDRE FEDERALISTE

Le fédéralisme trouve sa source dans la Constitution qui détermine les droits respectifs de l'Etat fédéral et des entités fédérées. Le contrôle de constitutionnalité exercé par le pouvoir judiciaire permet de veiller notamment à la sauvegarde des droits appartenant aux Etats fédérés, au sein de l'Etat fédéral.

Hors des Etats-Unis, nombreux sont les obstacles qui s'opposent à ce contrôle de constitutionnalité.

PARAGRAPHE II : LES OBSTACLES AU CONTRÔLE DE LA CONSTITUTIONNALITE DES LOIS

Théorie constitutionnelle

La tradition juridique européenne a longtemps été défavorable au contrôle de la constitutionnalité en raison du mythe de la souveraineté de la loi et la crainte d'un "gouvernement des juges" (¹⁵¹).

A : LA SOUVERAINETE DE LA LOI

Le "**légicentrisme**" avait conduit à un absolutisme législatif hostile à toute idée de contrôle de la loi.

I : LE LEGICENTRISME

Le légicentrisme s'explique par le fait que la loi a été considérée et traitée en souveraine. Ce prestige de la loi trouve son fondement dans l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen qui pose le postulat selon lequel, "**expression de la volonté générale**", la loi garantit la liberté et les droits des citoyens.

Selon les principes du régime représentatif appliqués à la démocratie, la chambre législative qui est l'incarnation du peuple, exprime une volonté identifiée à celle de la nation souveraine. Œuvre du souverain, la loi ne peut qu'être elle-même souveraine. Elle ne peut mal faire. Une telle vision de la loi exclut nécessairement tout contrôle et ne tolère "aucune censure" ou sanction pouvant éventuellement émaner d'un juge.

II : L'ABSOLUTISME LEGISLATIF

Ce légicentrisme va longtemps dominer le système juridique et politique des pays européens. Non seulement il fait du parlement un véritable souverain, mais il dénature la souveraineté nationale qui s'est par la suite transformée en souveraineté parlementaire du fait de sa confiscation par les parlementaires. Or le propre de la souveraineté est de s'exercer sans compensation, de ne pas faire l'objet d'un quelconque contrôle. Dans l'absolu, le souverain peut tout faire et, en particulier, ne pas respecter la Constitution.

Cette conception débouche sur un régime de **l'absolutisme législatif** s'opposant à tout contrôle tant politique que juridictionnel de la loi. Au contraire, s'est instauré le mythe de **l'auto-contrôle parlementaire** qui considérait que le législateur exerçait lui-même un contrôle de la constitutionnalité en votant la loi.

B : LA CRAINTE D'UN GOUVERNEMENT DES JUGES

Il y a eu une hostilité instinctive du pouvoir politique à se soumettre aux juges et à leurs pouvoirs.

a: La méfiance traditionnelle envers les juges

¹⁵¹ Cette formule est reprise du célèbre ouvrage d'E. Lambert : "Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis"; 1921.

Théorie constitutionnelle

Cette méfiance est générale et ancienne. Elle remonte à l'ancien régime lorsque les parlements (¹⁵²) qui étaient des instances juridictionnelles s'étaient opposés aux réformes que la monarchie voulait adopter en refusant d'enregistrer les édits du roi et en s'opposant aux actes des Etats Généraux.

Après la révolution de 1789, interdiction fut adressée au juge d'intervenir dans le domaine du pouvoir législatif (¹⁵³). Dans la tradition juridique française, le pouvoir judiciaire n'est pas considéré comme un véritable pouvoir au sens du principe de la séparation des pouvoirs. En France, on parle d'**autorité judiciaire** ce qui cantonne le juge dans une fonction subordonnée de règlement des différends à la lumière de la loi votée par les représentants du peuple. Cette hostilité explique le refus de conférer une légitimité démocratique aux juges dont on redoutait qu'ils deviennent un pouvoir dans l'Etat (¹⁵⁴). Non élus par le peuple, ils ne sont investis d'aucune légitimité démocratique leur permettant de contrôler les actes d'une assemblée élue et souveraine.

b) Le risque du gouvernement des juges

Ce risque est bien réel mais il est limité par des garde-fous.

1 : Le risque existe

A priori, les juges chargés du contrôle de la constitutionnalité des lois exercent une véritable fonction juridictionnelle. Contrôlant les actes législatifs par rapport aux règles de forme ou de fond posées par la constitution, ils veillent à la manière dont les pouvoirs publics élaborent les actes dérivés.

Seulement le contrôle doit également porter sur le respect par le législateur des droits et libertés des citoyens. Souvent la Constitution ne définit que succinctement ces droits laissant ainsi une marge de manœuvre au législateur qu'il convient d'encadrer pour éviter qu'il n'en profite pour les violer sous le prétexte de les réglementer. Sous couvert de dire le droit, le juge pourrait avoir tendance, selon une pente naturelle, à se substituer nolens volens aux représentants investis de la légitimité démocratique.

Cette mission technique de contrôle peut glisser sur le terrain politique et transformer le juge en véritable organe participant à l'exercice de la fonction normative en

¹⁵² Lors de la réunion des Etats généraux, le Parlement de Paris s'était opposé au Tiers-Etat. Cette méfiance explique que le terme de Parlement ne fut réintroduit dans le dispositif constitutionnel que dans la Constitution de 1946.

¹⁵³ Aux termes de la loi des 16 et 24 août 1790 "Les tribunaux ne pourront directement ou indirectement prendre aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher, ni suspendre l'exécution des décrets du corps législatif sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture".

¹⁵⁴ On craignait en effet qu'une fois élus, les juges ne penseraient qu'à gouverner par l'intermédiaire de leur jurisprudence. En conséquence, l'élection des juges prônée notamment par Montesquieu et appliquée dans certains Etats fédérés des Etats-Unis, fut toujours refusée pour ne pas leur conférer une légitimité démocratique susceptible d'entrer en conflit avec celle de l'Assemblée.

Théorie constitutionnelle

général ⁽¹⁵⁵⁾ et législative en particulier. C'est là que résident toute la complexité du contrôle et la méfiance vis-à-vis du contrôle juridictionnel qui expose au danger du gouvernement des juges qui pourraient se transformer en super législateurs voir en constituants.

2 : Le risque est limité

Il existe néanmoins des remèdes aux excès éventuels du juge constitutionnel.

Dans l'exercice de ses missions de contrôle, il doit éviter de se couper durablement de l'opinion ou d'entrer en conflit ouvert avec le pouvoir politique ⁽¹⁵⁶⁾.

En outre, la correction des excès est techniquement possible. Le juge est soumis aux textes de droit qui sont l'œuvre du pouvoir politique. Ses pouvoirs peuvent être réduits ou ses décisions de justice contournées par une révision de la Constitution elle-même ⁽¹⁵⁷⁾

PARAGRAPHE III : LE FONDEMENT DU CONTROLE

Le contrôle de constitutionnalité est devenu une nécessité juridique et politique dans la mesure où il garantit le respect de la hiérarchie des normes et soumet tous les acteurs constitutionnels au respect de la norme suprême.

A : LE RESPECT DE LA HIERARCHIE DES NORMES

Hans Kelsen, père du normativisme juridique, a mis en lumière l'idée fondamentale selon laquelle un ordre juridique n'est pas un système de normes placées au même rang mais une pyramide formée d'un certain nombre de règles juridiques articulées entre elles.

I : LA PYRAMIDE DE LA LEGALITE

Tout système juridique se fonde sur une hiérarchie des normes représentée par l'image d'une "pyramide" de règles à la fois bien intégrées et bien différenciées; compactes et hiérarchisées au sommet de laquelle trône la "norme-mère", qui commande tout l'ordre juridique. Cette norme suprême est la Constitution à laquelle sont subordonnées directement ou indirectement toutes les autres règles juridiques. Ceci explique pourquoi son élaboration a une

¹⁵⁵ "Je reconnais sans hésitation que les juges légifèrent et doivent légiférer" reconnaît sans ambages le juge Holmes en 1917.

¹⁵⁶ Pour le Président du Conseil Constitutionnel français, M. Robert Badinter, "La première vertu du juge constitutionnel est la prudence dans l'exercice de ses pouvoirs. Il doit veiller à ne jamais céder à la tentation de se prendre pour le législateur". cf. "Le Monde" des 5 et 6 Mars 1995.

¹⁵⁷ Ainsi que l'expliquait le Président Robert Badinter, "... s'agissant d'une loi ordinaire, la décision du Conseil Constitutionnel peut toujours être remise en cause par une révision constitutionnelle, ce qui laisse au Parlement ou au peuple souverain le dernier mot..." cf. "Le Monde" des 5 et 6 Mars 1995. Voir le débat faisant suite à la décision du Conseil constitutionnel du 13 Août 1993 sur la loi relative à l'immigration.

Théorie constitutionnelle

portée symbolique considérable et intervient selon une procédure contraignante avec des formes solennelles.

A chaque étage de la pyramide, le nombre des normes s'élargit et plus une norme est élevée dans la hiérarchie, plus elle est générale et abstraite et mérite en conséquence d'être concrétisée par des normes subordonnées d'exécution.

II : L'ARTICULATION DES REGLES

Hans Kelsen a mis en lumière l'idée selon laquelle une règle de droit n'a de valeur que lorsqu'elle est mise en relation avec une autre règle. La Constitution commande la loi qui dérive d'elle et qui s'impose aux actes réglementaires généraux qui prévalent sur les actes particuliers et ainsi de suite.

Or le dernier étage de la pyramide de la légalité est parfois défaillant dans la pratique et même théoriquement discuté. Le contrôle de légalité, unanimement admis, doit alors se prolonger logiquement par un contrôle de la constitutionnalité des lois.

B : LA SOUMISSION DES GOUVERNANTS A LA NORME SUPREME

La Constitution est la charte que s'est donnée, souverainement et solennellement la Nation. Elle est la source de la légitimité des gouvernants qui ne peuvent valablement s'exprimer que dans les formes et conditions qu'elle a déterminées. La volonté du souverain s'exprime à travers la Constitution qui définit ses droits, ses libertés ainsi que les principes de l'organisation des pouvoirs institués. La subordination de la volonté des représentants à celle des constituants rend le contrôle non seulement légitime mais plus que nécessaire.

Ce contrôle est particulièrement indispensable dans les régimes fonctionnant selon la logique majoritaire. En effet, les lois étant votées par la majorité politique qui contrôle le Parlement et le gouvernement, celle-ci pourra légiférer et pratiquement tout faire sans contrôle ni sanction. Il peut même en toute impunité méconnaître la constitution.

Avec le contrôle de constitutionnalité, la minorité parlementaire pourra alors déplacer le débat du terrain politique de l'hémicycle au terrain juridique du Temple de Thémis. L'opposition parlementaire pourra ainsi demander au juge constitutionnel de trancher le différend qui l'oppose à la majorité.

SECTION II : LES MODALITES DU CONTRÔLE

La conformité d'une loi à la Constitution peut faire l'objet d'un contrôle politique ou d'un contrôle juridictionnel.

PARAGRAPHE I : LE CONTRÔLE POLITIQUE

Le contrôle politique repose sur l'idée de confier à une instance politique le soin de veiller à la constitutionnalité des lois et de sanctionner politiquement les autorités en infraction

Théorie constitutionnelle

avec les règles constitutionnelles. Bien que conforme à la légitimité démocratique, ce contrôle comporte des inconvénients non moins appréciables.

A : LES INSTANCES DE CONTRÔLE

Parallèlement au « **pouvoir constituant déterminateur** », les révolutionnaires avaient envisagé la création d'un « **pouvoir constituant sanctionnateur** » tirant sa légitimité du corps social duquel devrait émaner, directement ou indirectement, la norme de référence et les normes contrôlées. Ce contrôle pouvait être assuré par le peuple ou par des organes institués.

I : LE CONTRÔLE POPULAIRE DE LA CONSTITUTION

Alors qu'elle n'existait nulle part dans le monde, cette forme de contrôle de la loi avait été instituée par les premières constitutions révolutionnaires qui avaient confié l'initiative du contrôle au peuple (¹⁵⁸) en prévoyant dès le départ des sanctions populaires.

La révolte, individuelle et collective, avait été érigée en sanction légitime de l'illégalité et, a fortiori, d'éventuelles inconstitutionnalités. Elle pouvait prendre la forme d'une **résistance à l'oppression** (¹⁵⁹) ; d'une **insurrection** qui "est pour le peuple et pour chaque portion du peuple, le plus sacré de tous les droits et le plus indispensable de tous les devoirs" (¹⁶⁰).

Il convient cependant de relativiser l'efficacité de ces dispositions dont le caractère idéologique est très marqué. Celles-ci qui relèvent davantage des discours idéologiques occultent en réalité la volonté des révolutionnaires de justifier après coup l'exécution du roi et d'autres révolutionnaires comme Robespierre.

Au demeurant seul le principe était proclamé, non les modalités qui auraient été d'ailleurs impossibles à définir. On ne pouvait dès lors leur reconnaître aucune valeur juridique.

II : LE CONTRÔLE INSTITUTIONNEL

Il est exercé par un corps de représentants investis d'une mission spéciale de juger les réclamations contre toute atteinte qui serait portée à la Constitution. Ce corps peut être un organe spécifique ou une assemblée parlementaire

a) Le contrôle par un organe spécifique

¹⁵⁸ La Constituante du 3 septembre 1791 faisait appel entre autres à "... à la vigilance des pères de famille, aux épouses et aux mères, à l'affection des jeunes citoyens, au courage de tous les Français pour contrôler le respect de la Constitution par les pouvoirs publics.

¹⁵⁹ Art. 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

¹⁶⁰ Art. 35 de la Constitution de 1793. On trouve cette même inspiration dans l'art. 21 du projet de constitution d'Avril 1793 : "Quand le gouvernement viole les libertés et les droits garantis par la Constitution, la résistance sous ses formes est le plus sacré des droits et le plus impérieux des devoirs".

Théorie constitutionnelle

Sieyès avait proposé, en l'an III, la création d'une "**jurie constitutionnaire**" à laquelle la Nation confierait la tâche d'annuler les actes contraires à la Constitution. Cette suggestion ne fut pas adoptée car le Parlement ne voulait pas se donner un maître.

b) Le contrôle parlementaire

Actuellement, le contrôle politique est mieux organisé et transféré au Parlement pour des raisons idéologiques et des raisons techniques ou juridiques. En effet le parlement est l'institution privilégiée où s'épanouit la démocratie car c'est le lieu où siègent les députés qui, en tant que mandataires du peuple, sont chargés de traduire en loi l'expression de la volonté générale.

En outre il est communément admis que le danger du viol de la Constitution venait essentiellement de l'exécutif qui dispose de la police, de l'armée et des principaux instruments de communication de masse. Bénéficiant d'une présomption favorable, le Parlement pouvait donc être investi du pouvoir de contrôler l'Exécutif.

Le contrôle parlementaire trouva ses premières applications dans les Sénats des 1er⁽¹⁶¹⁾ et 2ème Empires⁽¹⁶²⁾ qui étaient chargés de contrôler la constitutionnalité des lois qu'ils pouvaient maintenir ou annuler. Seulement, soucieux de ne pas déplaire aux Empereurs, les Sénats n'ont jamais exercé un contrôle véritable de la constitutionnalité des lois⁽¹⁶³⁾.

B : LES LIMITES DU CONTRÔLE POLITIQUE

Le contrôle politique ne relève pas, à proprement parler, de la problématique de l'Etat de droit en raison de la dépendance du contrôleur au contrôlé et de la tendance à substituer un contrôle d'opportunité à un contrôle de légalité.

I : LA DEPENDANCE DU CONTROLEUR

¹⁶¹ Le Sénat du premier empire était chargé par l'article 21 de la Constitution de l'an VIII (1789) de maintenir ou d'annuler tous les actes qui lui sont déférés comme inconstitutionnels sur saisine du tribunal (organe constitutionnel de 100 membres indéfiniment rééligibles chargés de discuter tous les projets de lois et d'en voter l'adoption ou le rejet que trois de ces délégués sont appelés à justifier devant le corps législatifs) ou par le gouvernement.

¹⁶² Le Sénat du second Empire était le gardien du pacte fondamental et des libertés publiques (art.25). Composé de sénateurs inamovibles et à vie le Sénat était une chambre très élitaires composée de cardinaux, maréchaux, amiraux et citoyens que l'Empereur élevait à la dignité de sénateur. Il exerçait un contrôle a priori - avant la promulgation - de la loi. Il pouvait s'auto-saisir et s'opposer à la promulgation des lois contraires à la constitution. Il exerçait également un contrôle a posteriori car pouvant maintenir ou annuler tous les actes qui lui sont déférés comme inconstitutionnels par le gouvernement ou énoncés par les pétitions des citoyens (art. 19 de la Constitution de 1852).

¹⁶³ Aucune décision d'inconstitutionnalité ne fut prise par le Sénat de l'An VIII alors que Napoléon 1er n'avait aucun respect exagéré pour la Constitution dont les violations impériales furent fréquentes. Au demeurant, loin de garder la Constitution à des moments difficiles, le Sénat s'empressa de prononcer le 3 avril 1814 la déchéance de l'Empereur.

Théorie constitutionnelle

La Constitution ne doit pas être "la chose" mais la norme d'action des autorités politiques qui ne peuvent être juge et partie. Or le contrôle exercé par les instances politiques est souvent factice. Il n'est qu'un simulacre de contrôle dans les régimes autoritaires et ne joue que de façon trop limitée et surtout tendancielle dans les régimes démocratiques.

La faiblesse d'un tel contrôle trouve son origine dans la dépendance dans laquelle se trouve généralement le contrôleur. Tenant ses pouvoirs du contrôlé, le contrôleur est, dans les faits, un obligé ou même un subordonné du premier.

Une telle situation n'est pas dangereuse lorsqu'il s'agit seulement de relever des inadvertances du législateur qui, involontairement, n'a pas respecté la Constitution. Mais, en présence d'un véritable coup de force du législateur les gardiens de la Constitution n'auront pas la liberté, l'autorité et le courage nécessaires pour s'y opposer.

II : LA SUBSTITUTION DU CONTROLE D'OPPORTUNITE

Un autre inconvénient du contrôle politique est qu'il n'est pas sûr que l'instance de contrôle se limitera toujours à statuer en droit, c'est-à-dire vérifier la conformité de la loi à la Constitution. Au contraire, il peut être tenté de glisser vers l'appréciation de l'opportunité de la mesure envisagée si bien que le sort de la loi ne sera plus lié à sa constitutionnalité mais à la conformité de son contenu aux choix politiques des censeurs.

PARAGRAPHE II : LE CONTROLE JURIDICTIONNEL

Le contrôle juridictionnel est la meilleure garantie technique de l'application d'une norme juridique car le juge dit le droit avec l'autorité de la chose jugée qui en découle. Il représente, à cet effet, une avancée sans conteste dans la protection de la Constitution dans la mesure où il offre une garantie de compétence, d'impartialité, en un mot, de crédibilité du contrôle.

Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois soulève deux questions majeures: la détermination du juge compétent et sa saisine.

A : LA DETERMINATION DU JUGE COMPETENT

L'organe juridictionnel de contrôle peut être un tribunal ordinaire ou une juridiction spécialisée.

I : LES JURIDICTIONS ORDINAIRES

Ce système est le plus naturel et le premier à faire son apparition (¹⁶⁴). Il confère aux juridictions de droit commun compétence pour vérifier la régularité des textes qu'ils sont chargés d'appliquer et, en cas de besoin, d'en contrôler la constitutionnalité.

¹⁶⁴ La première forme historique est américaine avec l'arrêt *Malbury c/ Madison* de 1803. Toutefois on retrouve ce type de contrôle au Canada ou au Japon entre autres.

Théorie constitutionnelle

Cette technique de contrôle offre aux justiciables une présomption **d'impartialité** (indépendance des juges) et **d'efficacité** (compétence et garanties de la procédure). Ce contrôle est incident car il peut être mis en œuvre devant n'importe quelle juridiction (¹⁶⁵) à l'occasion des différends opposant deux citoyens.

II : LES JURIDICTIONS SPECIALISEES

Ce modèle européen de contrôle (¹⁶⁶) confie la connaissance du contentieux constitutionnel à une juridiction spéciale.

a) Les avantages du système

La formule évite effectivement certains des inconvénients révélés par la pratique américaine.

1) Elle permet de dessaisir les juridictions de droit commun de la vérification de la constitutionnalité des lois en les obligeant à renvoyer, sous forme de question préjudicielle, toute difficulté sérieuse d'interprétation de la Constitution assurant ainsi une homogénéité de la jurisprudence constitutionnelle. Le juge constitutionnel jouit d'un prestige, d'un statut et d'une compétence technique supérieurs à ceux du juge ordinaire.

2) Elle permet d'obtenir une confirmation ou une annulation définitive et opposable à tous (*erga omnes*) de la disposition législative contestée. Un tel résultat est plus satisfaisant que l'effet relatif de la chose jugée pour la clarté de l'ordonnancement juridique.

3) Elle permet d'enserrer dans un cadre plus strict le recours en inconstitutionnalité: saisine restreinte et délai plus ou moins long de manière à réduire l'insécurité juridique qu'entraîne tout contrôle juridique ouvert indéfiniment.

b) Le statut des juridictions constitutionnelles

¹⁶⁵ Il peut s'agir d'une juridiction fédérale ou fédérée d'instance, d'appel ou supérieure.

¹⁶⁶ Dans l'entre-deux-guerres, plusieurs constitutions européennes avaient institué un tribunal spécialisé.

- en Tchécoslovaquie existait une Cour constitutionnelle (Constitution du 29 février 1920, préliminaire, art. 2 et 3 et loi du 9 mars 1920) ;
- en Autriche, une Haute Cour constitutionnelle (Constitution du 1er novembre 1920, art. 137 à 148) ;
- en Espagne, un Tribunal des garanties constitutionnelles (Constitution du 9 décembre 1931, titre 9, art. 121 à 125).

Mais, c'est après 1945 que s'est développé ce qu'il est désormais convenu d'appeler un "modèle" européen de justice constitutionnelle fondé sur la distinction entre le contentieux constitutionnel et le contentieux ordinaire. L'institution connaît un temps fort après la 2ème guerre mondiale avec l'installation des cours constitutionnelles de Karlsruhe en RFA, en Italie et surtout en France avec la création d'un Conseil constitutionnel en 1958. Les Etats africains de tradition juridique français vont s'inspirer du modèle français de contrôle de constitutionnalité des lois en instituant un Conseil constitutionnel (Sénégal, Burkina Faso) alors que d'autres vont franchir un palier supplémentaire en mettant en place une Cour constitutionnelle (Bénin, Mali, Togo, RDC).

En marge de la hiérarchie judiciaire, les juridictions constitutionnelles ont soulevé des controverses relativement à leur nature juridique et aux compétences qui leur sont conférées.

1 : La nature des juridictions constitutionnelles

La composition (¹⁶⁷), le recrutement (¹⁶⁸) et le statut de leurs membres (¹⁶⁹) interpellent la nature juridique même de ces instances.

De prime abord, ces cours ont une nature politique du fait de la dépendance dans laquelle se trouvent leurs membres vis-à-vis des autorités investies à leur égard du pouvoir de nomination.

Toutefois, des garde-fous ont été aménagés afin de leur permettre de s'acquitter des missions qui leur sont confiées. Il en est ainsi des procédures régissant la désignation des membres (¹⁷⁰) qui peuvent compenser les inconvénients résultant de la nomination des membres par des autorités politiques. De même, le statut des membres de la cour les place à l'abri de toute subordination ou dépendance vis-à-vis des acteurs politiques (¹⁷¹).

Ceci étant, il faut souligner que les Cours constitutionnelles ont presque toujours fait montre d'une indépendance (¹⁷²) qui ne cède en rien à celle des Cours suprêmes (¹⁷³).

¹⁶⁷ Elle comprend, en effet, selon les pays :

- de cinq au Sénégal à vingt-quatre (Allemagne) en passant par neuf (France et au Mali); douze (Espagne), quatorze (Autriche) et quinze (Italie) ;

- désignés pour un mandat de 6 ans non renouvelable au Sénégal, 7 ans renouvelable une seule fois (Mali), 9 ans (France, Espagne, Italie) et 12 ans (Allemagne, Autriche).

¹⁶⁸ Les juges constitutionnels sont en général nommés par des autorités politiques (Chef de l'Etat, Chef du gouvernement, Présidents des assemblées parlementaires, etc.) qui auront tendance à désigner des sympathisants de leur propre orientation politique. Ce mode de recrutement n'était pas sans susciter certaines suspicions relativement à l'indépendance souhaitable des juges vis-à-vis des autorités investies du pouvoir de nomination à leur égard.

¹⁶⁹ Si les membres des cours ou conseils constitutionnels sont rarement des magistrats et souvent des experts de la constitution ou de la politique, 7 sur 9 membres de la Cour constitutionnelle du Mali sont choisis parmi les juristes, en particulier les Professeurs de droits, les Avocats et les Magistrats ayant au moins quinze ans d'activité (article 91 de la Constitution).

¹⁷⁰ Choix libre et direct, désignation sur propositions d'instances qualifiées, choix à effectuer sur des listes d'experts et de spécialistes, renouvellement total ou partiel, etc.

¹⁷¹ Durée plus ou moins longue du mandat souvent non renouvelable, régime d'incompatibilité ou d'immunité, traitement, etc.

¹⁷² Originellement, le Conseil constitutionnel se rangeait sous cette rubrique, dès lors que la mission qui lui était attribuée, s'intégrait dans le cadre de la rationalisation du parlementarisme par un contrôle du domaine de la loi. Longtemps considéré comme un "chien de garde de l'exécutif" ce fleuron du

Les cours constitutionnelles statuent selon la procédure en cours dans les juridictions. Elles rendent des décisions investies de l'autorité de la chose jugée. Elles sont donc des juridictions qui interviennent généralement en premier et dernier ressort pour trancher les différents portés à leur connaissance.

2 : Les compétences des juridictions constitutionnelles

Les compétences des juridictions constitutionnelles sont nombreuses et très diversifiées. Elles peuvent aller du contentieux des élections nationales (¹⁷⁴) à la vérification, à l'occasion du contrôle de constitutionnalité des lois, que l'organe législatif n'est pas sorti de son domaine lorsque la Constitution lui en assigne un (¹⁷⁵). En définitive, elles sont chargées de la régulation du régime politique en veillant au respect par les pouvoirs publics au respect des compétences qui leur sont confiées par la Constitution (¹⁷⁶).

B : LA SAISINE DU JUGE

La saisine pose la question de savoir qui en droit peut saisir le juge aux fins de contrôler et éventuellement de sanctionner une loi qui violerait la Constitution. Cette faculté peut être reconnue à tous les citoyens ou à certains organes institutionnels.

I: LA SAISINE POPULAIRE

La saisine populaire est plus conforme à l'idéal démocratique. Elle consiste à ouvrir cette compétence à tous les sujets de droit - personnes physiques ou morales - pour donner des chances maximales d'extirper la loi inconstitutionnelle de l'ordonnement juridique.

parlementarisme rationalisé allait toutefois connaître une évolution rapide au cours de la décennie 1970.

Préoccupé des risques découlant du fonctionnement des régimes majoritaires, le Conseil constitutionnel devait se démarquer de sa fonction classique de régulation pour se transformer en organe de protection des droits fondamentaux de l'opposition et des citoyens. Il allait se transmuter en conscience de la constitution.

Le Mali a mis en place une Cour constitutionnelle qui est une institution à part entière. Elle n'intègre pas l'appareil judiciaire classique qui relève de l'autorité du pouvoir judiciaire. Cette cour reste cependant une véritable juridiction tant en ce qui concerne le statut de ses membres que la procédure suivie devant elle.

¹⁷³ Tel est le cas, par exemple, en Allemagne fédérale, en Italie, en France et au Sénégal entre autres.

¹⁷⁴ Il en est ainsi du Conseil Constitutionnel qui est le juge des élections nationales en France et au Sénégal.

¹⁷⁵ Article 34 de la Constitution française de 1958 et 56 de la constitution sénégalaise de 1963.

¹⁷⁶ Les cas du Tribunal constitutionnel Allemand de Karlsruhe, du Conseil constitutionnel sénégalais ou français, etc.

Théorie constitutionnelle

Cette saisine, ouverte à tous, présente un intérêt public pour la garantie des droits fondamentaux proclamés par la constitution, les déclarations et préambules auxquels elle renvoie. Elle permet à tout citoyen de faire constater l'éventuelle violation de ses libertés constitutionnelles par la loi et de tenir cette dernière en échec.

Mais, cette saisine peut entraîner des conséquences perverses notamment une action populaire de nature à affecter la stabilité des situations juridiques nées des lois. En effet, la loi étant susceptible de porter atteinte aux intérêts généraux ou particuliers des citoyens, ceux-ci risquent d'assaillir l'organe de contrôle de recours abusifs. La facilité des recours est de nature à affaiblir l'autorité et la majesté de la loi.

C'est pourquoi en dehors de quelques exceptions - en RFA ou en Suisse notamment ⁽¹⁷⁷⁾ - la saisine est souvent l'apanage exclusif des organes institutionnels.

II: LA SAISINE INSTITUTIONNELLE

La stabilisation des situations juridiques nées des actes du législateur conduit légitimement à une certaine limitation de la saisine qui peut être réservée à des autorités politiques ou judiciaires.

a) La saisine politique

Le droit de saisir l'organe de contrôle peut être réservé à des autorités politiques: exécutives ou législatives; personnalités ou organes délibérants. Cette saisine peut être plus ou moins large.

1 : La saisine ouverte

En RFA la faculté de saisir le juge constitutionnel est largement ouverte au Gouvernement, au Bundestag et au Bundesrat et même aux Länder et aux Communes lorsqu'est en cause l'organisation fédérale ou communale.

2 : La saisine restreinte

En France la saisine est exclusivement réservée à l'exécutif et au législatif. Jusqu'à la révision constitutionnelle du 29 octobre 1974 la saisine était limitée au Président de la République, au Président du Sénat au Président de l'Assemblée nationale et au Premier Ministre ⁽¹⁷⁸⁾. Tout en limitant la saisine aux organes exécutif et législatif la réforme de 1974 étend à soixante députés ou soixante sénateurs le droit de saisir le juge constitutionnel ⁽¹⁷⁹⁾.

¹⁷⁷ Le recours est ouvert à tous les citoyens qui sont les principaux intéressés lorsque la loi litigieuse met en cause un droit fondamental. Toutefois un filtre préalable est prévu car les citoyens doivent avoir complètement épuisé jusqu'à la dernière instance les recours ouverts devant les tribunaux (cf. art. 93. I. 4° de la loi fondamentale de la RFA). En Suisse les citoyens peuvent - sous diverses conditions - saisir directement la Cour suprême fédérale.

¹⁷⁸ L'inconvénient de cette saisine est que seul le courant majoritaire agissant par l'intermédiaire des organes qu'il contrôle pouvait exercer le recours en inconstitutionnalité. L'effectivité du contrôle de constitutionnalité était hypothéquée par le fait que la majorité qui, par hypothèse, a voulu et voté la loi, ne

Le Mali s'est inspiré du système français en réservant la saisine en matière de contrôle par voie d'action à des autorités limitativement déterminées par l'article 88 de la Constitution, à savoir : le Président de la République, le Premier ministre, le Président de l'assemblée nationale, un dixième des députés, le Président du Haut Conseil des Collectivités ou un dixième des Conseillers nationaux, le Président de la Cour Suprême.

b) : La saisine judiciaire

Les tribunaux peuvent, lorsqu'ils sont confrontés à la constitutionnalité d'une loi dont l'application commande la solution d'un litige, saisir l'organe chargé du contrôle pour lui demander de trancher sur la conformité de la loi à la Constitution. Ce procédé fait échapper la saisine aux considérations politiques car l'intervention du juge constitue une garantie sérieuse de protection des droits des citoyens.

Cette possibilité existe par voie d'action en Allemagne ⁽¹⁸⁰⁾ et par voie d'exception au Sénégal et en France depuis la révision constitutionnelle de 2008 ⁽¹⁸¹⁾.

SECTION III : LES TECHNIQUES DE CONTROLE

La constitutionnalité d'une loi peut faire l'objet d'un recours par voie d'action ou par voie d'exception. Ces deux techniques de contrôle peuvent être combinées et engendrer des systèmes mixtes.

PARAGRAPHE I : LE CONTROLE PAR VOIE D'ACTION

Le contrôle par voie d'action, qui a cours en France, s'avère être un bon produit d'exportation car il a été repris dans les pays de l'Europe post-communiste ou d'Afrique pluraliste ⁽¹⁸²⁾. Il permet de saisir directement le juge de la constitutionnalité d'une requête aux fins de lui

peut logiquement la déférer au juge constitutionnel pour la faire annuler.

¹⁷⁹ Cette extension de la saisine profite largement à la minorité parlementaire qui pourra ainsi déplacer sur le champ purement juridique le débat politique qui l'oppose à la majorité parlementaire.

¹⁸⁰ Le contrôle est ouvert aux juges s'ils doutent de la constitutionnalité d'une loi qu'ils doivent appliquer (art. 100 de la loi fondamentale de R.F.A).

¹⁸¹ La saisine du Conseil Constitutionnel relève de la compétence de la Cour suprême au Sénégal alors qu'en France l'exception d'inconstitutionnalité ne peut être soulevée que devant le Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation.

¹⁸² Les Etats-Unis ont adopté le système du contrôle par voie d'exception. Toutefois deux techniques complémentaires qui se rapprochent de la voie de l'action sont aménagées:
- l'injonction : un particulier demande au juge d'enjoindre aux fonctionnaires de s'abstenir d'exécuter une loi prétendue inconstitutionnelle;
- le jugement déclaratoire : permet d'obtenir du juge et préventivement une appréciation sur la constitutionnalité d'une loi.

Théorie constitutionnelle

faire vérifier la conformité d'une loi à la constitution. Son avantage est de réduire au minimum la période d'incertitude des lois adoptées par le législateur.

La voie d'action présente un double caractère: c'est un contrôle objectif et absolu.

A : Un contrôle objectif

La voie d'action, en vigueur au Mali, est un contrôle préventif s'analyse comme un procès intenté contre une loi qu'on estime contraire à la Constitution.

I : UN CONTROLE PREVENTIF

Le caractère préventif de la voie d'action résulte de ce que ce type de contrôle intervient **a priori** après l'adoption de la loi votée par le Parlement et avant sa promulgation ⁽¹⁸³⁾. L'intervention du juge constitutionnel se situe en amont car il ne peut plus être saisi une fois la loi promulguée.

Le contrôle par voie d'action apparaît alors comme une étape de la procédure législative car l'organe de contrôle joue un peu le rôle d'une chambre spécialisée dans une dernière vérification de la loi sous l'angle de sa conformité à la Constitution.

Ce contrôle présente ainsi l'avantage de rétablir la constitutionnalité d'une loi au cours même de la procédure législative. Il dissipe les incertitudes et évite que l'ordre juridique ne soit altéré par la mise en vigueur d'une loi inconstitutionnelle et, peut être, bouleversé ensuite par son annulation résultant d'un contrôle a posteriori.

II : UN PROCES CONTRE LA LOI

Le contrôle par voie d'action est un véritable procès intenté à l'encontre d'une loi dont il est demandé l'anéantissement pour inconstitutionnalité. L'objet principal du recours est l'annulation la loi. Ce **contrôle est abstrait** dans la mesure où il porte sur la conformité de la loi aux normes qui composent le bloc de la Constitutionnalité.

Toutefois, en raison de ses conséquences politiquement graves et en vue d'en éviter les abus, la voie d'action est rigoureusement organisée par la Constitution. Elle est souvent enfermée dans des conditions assez strictes:

- la saisine du juge ou de la Cour n'est possible que si elle est prévue par un texte; elle ne saurait être présumée;

- la saisine sera étroite et les citoyens en seront le plus souvent exclus ⁽¹⁸⁴⁾ ;

¹⁸³ La promulgation est l'acte qui rend la loi "parfaite", et autorise sa mise en application.

¹⁸⁴ Voir les exceptions allemande et suisse.

Théorie constitutionnelle

- il faut une base juridique à toute action en justice; on demande au juge de confronter la loi aux conditions de validité posées par la constitution et d'en tirer les conséquences.

b) Les effets du recours

Le contrôle par voie d'action débouche, si la loi est jugée inconstitutionnelle, sur son annulation. Une telle loi ne saurait être promulguée car elle est frappée d'une **nullité absolue**. La loi ainsi sanctionnée est réputée n'avoir jamais existé. La déclaration d'inconstitutionnalité est investie de l'autorité absolue de la chose jugée. Elle vaut "erga omnes", c'est-à-dire à l'égard de tous: gouvernants et gouvernés.

En dépit de ses difficultés pratiques, le contrôle par voie d'action a le mérite d'aboutir à une situation claire, la loi inconstitutionnelle est éliminée de l'ordre juridique.

PARAGRAPHE II : LE CONTROLE PAR VOIE D'EXCEPTION

Le contrôle par voie d'exception est né aux Etats-Unis de façon tout à fait prétorienne. Il a été ensuite formellement repris par plusieurs Constitutions, notamment celles du Sénégal (¹⁸⁵) du Canada, du Brésil, de l'Argentine et du Japon (¹⁸⁶). Lié à l'opération juridictionnelle courante, ce système de contrôle s'articule autour de mécanismes et débouche sur des conséquences spécifiques.

A : Les mécanismes de la voie d'exception

La voie d'exception présente des caractéristiques et emprunte des formes variables.

I : LES CARACTERISTIQUES DE LA VOIE D'EXCEPTION

La voie d'exception est un procédé défensif qui présente les caractéristiques d'être un contrôle **a posteriori, incident, concret, largement ouvert et décentralisé**.

a) Un contrôle a posteriori

Le contrôle par voie d'exception intervient après la promulgation de la loi. Il ne tend pas à empêcher la mise en vigueur d'une loi inconstitutionnelle, mais à s'opposer à son application dans un cas d'espèce et peut-être pour l'avenir. Dans son principe ce type de contrôle remet en cause une loi déjà intégrée dans l'ordre juridique.

b) Un contrôle incident

¹⁸⁵ La loi 92-22 du 30 Mai 1992 portant révision de la Constitution devait introduire le contrôle par voie d'exception dans le dispositif juridique sénégalais.

¹⁸⁶ C'est le système qui avait été envisagé et repoussé en France en 1990 puis repris en 1993 mais finalement introduit dans le dispositif constitutionnel en 2008.

Théorie constitutionnelle

Le contrôle par voie d'exception ne pose pas à titre principal la question de la constitutionnalité de la loi. Celle-ci n'est soulevée qu'incidemment à l'occasion d'un procès et à titre de défense, c'est-à-dire d'exception soulevée par l'un des plaideurs.

Ce type de contrôle permet à une partie à un procès en cours d'instance d'exciper l'inconstitutionnalité de la loi sur laquelle s'appuie la partie adverse. L'exception d'inconstitutionnalité se présente comme un incident de procédure. Elle n'est pas "un procès fait à la loi" mais en quelque sorte comme "un procès dans le procès".

c) Un contrôle concret

Le contrôle par voie d'action est pratiquement posé à l'occasion d'un procès au cours duquel l'un des plaideurs s'oppose à une loi qui sert de fondement au litige. Si l'exception est soulevée, le juge, saisi au fond, est alors appelé à se prononcer sur la régularité constitutionnelle de la loi. Il devra surseoir à statuer, c'est-à-dire suspendre le cours du procès et se prononcer d'abord sur la constitutionnalité de la loi en question. S'il considère la loi constitutionnelle, le procès reprend sur le fond et la loi pourra éventuellement être appliquée. Si elle est jugée inconstitutionnelle, elle est **écartée** du procès.

d) Un contrôle largement ouvert

L'exception se présente comme un moyen de défense offert aux citoyens. Il n'est donc pas nécessaire que cette possibilité soit prévue par les textes. La saisine sera largement ouverte afin de permettre à tout justiciable poursuivi devant un juge de soulever l'exception s'il estime qu'on veut lui appliquer une loi inconstitutionnelle. Ce contrôle garantit effectivement la protection des droits de tous les citoyens car l'inconstitutionnalité d'une loi peut être invoquée à tout moment, quelle que soit son ancienneté.

e) Un contrôle décentralisé

Si l'on se réfère à la pratique américaine qui reste le modèle en la matière, la voie d'exception peut être soulevée devant n'importe quelle juridiction (¹⁸⁷). Il s'ensuit que :

- toutes les juridictions (aussi bien fédérales que fédérées) sont compétentes pour se prononcer sur la constitutionnalité des lois fédérales ou des Etats fédérés.
- la Cour Suprême n'exerce qu'un rôle régulateur en intervenant en dernier ressort dans les affaires les plus importantes et qu'elle sélectionne de façon discrétionnaire.

II : LES FORMES DE CONTROLE PAR VOIE D'EXCEPTION

L'exception d'inconstitutionnalité peut emprunter deux formes procédurales différentes: préjudicielle ou préalable.

¹⁸⁷ En dépit de la tendance à l'unification du contentieux constitutionnel au profit d'une juridiction constitutionnelle comme c'est le cas du Sénégal où le Conseil Constitutionnel connaît de la constitutionnalité des lois par voie d'action ou par voie d'exception.

a) La question préjudicielle

Cette hypothèse qui a cours en Allemagne, en Italie et au Sénégal implique l'existence d'un juge constitutionnel. L'exception soulevée devant le juge ordinaire au cours d'un procès l'oblige à surseoir, à saisir le juge chargé de la constitutionnalité des lois et à attendre sa réponse pour appliquer ou écarter la loi litigieuse.

b) La question préalable

C'est le cas américain qui repose sur l'idée que **le juge du fond est juge de l'exception**. En d'autres termes si au cours d'un procès une partie soulève devant le juge l'exception d'inconstitutionnalité, ce dernier devra, avant de juger le conflit au fond, apprécier la constitutionnalité de la loi qui sert d'argument à la partie adverse. Si la loi est conforme à la constitution il l'applique; le cas échéant il l'écarte et tranche le différend sur d'autres bases.

B : LES EFFETS DU CONTRÔLE PAR VOIE D'EXCEPTION

La voie d'exception n'aboutit pas à une annulation de la loi inconstitutionnelle mais à sa neutralisation. La décision d'inconstitutionnalité est simplement revêtue de l'autorité de la chose relative.

I : LA NEUTRALISATION DE LA LOI INCONSTITUTIONNELLE

Dans l'éventualité de son inconstitutionnalité, la loi n'est pas annulée mais écartée du différend. La décision rendue ne vaut pas erga omnes mais son application est simplement écartée dans le litige considéré. Elle ne vaut que les parties concernées par le procès, le juge statuant **inter partes**.

La loi inconstitutionnelle ne disparaît pas mais subsiste dans l'ordonnancement juridique. Elle est simplement gelée ou neutralisée pour le cas d'espèce. Dans l'avenir, elle est susceptible d'être appliquée ou servir de base à un autre litige. Les justiciables devront soulever chaque fois l'exception d'inconstitutionnalité pour faire écarter son application.

II : LA RELATIVITE DE LA DECISION D'INCONSTITUTIONNALITE

La déclaration d'inconstitutionnalité rendue dans le cadre du contrôle par voie d'exception est revêtue de l'autorité relative de la chose jugée. Elle ne vaut que pour le procès en cause et non pour les litiges ultérieurs résultant de la loi écartée.

Laissé à l'initiative des plaideurs et de leurs conseils qui devront toujours l'invoquer, le contrôle par voie d'exception présente un caractère aléatoire. Qui plus est, il peut déboucher sur une contrariété de jurisprudences dans la mesure où soulevé devant un autre juge, ce dernier n'est pas théoriquement lié par la décision du juge antérieur. Il peut en résulter une insécurité permanente des relations juridiques.

Théorie constitutionnelle

Seulement en pratique, les requérants pourront toujours invoquer "le précédent" constitué par le premier jugement. si la décision est prononcée- en raison du jeu de l'appel - par une Cour suprême, elle fait jurisprudence qui a peu de chance d'être transgressée par les juridictions inférieures. Ainsi, par le phénomène dit de "jurisprudence" la loi déclarée inconstitutionnelle est tenue en échec aussi sûrement que si l'annulation en était prononcée (¹⁸⁸).

SECTION IV : LE BLOC DE LA CONSTITUTIONNALITE

L'efficacité du contrôle de la constitutionnalité des lois dépend pour une large part de la quantité et de la qualité des normes auxquelles sont confrontées les lois litigieuses. Ces normes de référence de la conformité d'une loi à la constitution constituent **le bloc de la constitutionnalité** qui excède la constitution écrite proprement dite dans la mesure où il intègre le préambule de la Constitution, les déclarations de droit, les principes à valeur constitutionnelle ainsi que certains apports de la coutume.

De nos jours, toutes ces normes ont une même valeur que le texte de la constitution dès lors qu'est prévu un contrôle de constitutionnalité en garantissant le respect.

PARAGRAPHE I : L'ASSISE TEXTUELLE

Elle s'identifie avec le corps même la constitution écrite. Celle-ci concerne non seulement le texte lui-même, ce qui va de soi, mais aussi de les textes d'application de la Constitution, notamment les lois organiques qui en sont le prolongement nécessaire. Ces textes s'imposent au législatif et à l'exécutif.

Le contrôle peut revêtir une double dimension: formelle et de fond.

A : LE CONTROLE FORMEL

La Constitution pose souvent des règles de procédure déterminant les moyens d'action des organes du pouvoir d'Etat et aménageant les rapports que ceux-ci entretiennent entre eux. Ces règles sont relatives à l'agencement technique des pouvoirs tel par exemple le statut des gouvernants, le domaine de compétence des pouvoirs législatif et exécutif, la procédure d'élaboration des normes, etc.

Le contrôle de la constitutionnalité des lois est alors purement **formel** car se réduisant à la simple vérification de procédures constitutionnelles. En France le contrôle de la constitutionnalité des lois était pendant longtemps considéré comme une technique de rationalisation du parlementarisme (¹⁸⁹).

¹⁸⁸ Sous ce rapport, l'Italie, l'Allemagne et le Sénégal s'efforcent de pallier la difficulté en faisant en sorte que loi inconstitutionnelle ne puisse jamais faire l'objet d'une application ultérieure. On n'est pas loin de l'effet absolu.

¹⁸⁹ Ce qui a été le cas en France de 1958 à 1971, c'est-à-dire tant que le Conseil constitutionnel n'a pas eu l'occasion ou n'a pas osé s'appuyer sur le préambule et la déclaration des droits de 1789 pour sanctionner l'action du législateur.

B : LE CONTROLE DE FOND

La Constitution définit les règles du jeu politique en déterminant les rapports que les gouvernants entretiennent avec les gouvernés. Elle proclame des droits fondamentaux que les citoyens peuvent opposer à la puissance publique qui doit les prendre en considération dans l'exercice du pouvoir politique (¹⁹⁰).

Le juge constitutionnel est alors amené non pas à veiller à la régulation formelle du régime politique mais aussi à la protection des droits constitutionnels des citoyens. Le contrôle de la constitutionnalité des lois prend une toute autre ampleur car il constitue pour les citoyens une réelle garantie contre les abus d'une majorité gouvernante. Il dépasse la répartition des compétences étatiques pour prendre en compte l'esprit de la Constitution ainsi que les principes qui sous-tendent le régime tout entier.

PARAGRAPHE II : LE PREAMBULE DE LA CONSTITUTION

Le préambule est une déclaration préliminaire placée en tête du corpus constitutionnel par laquelle le constituant proclame son attachement à des valeurs et principes qui constituent la doctrine officielle du régime. Il proclame des principes et des droits fondamentaux qui ne sont pas formellement intégrés dans le corpus constitutionnel.

Le contenu du préambule est variable (¹⁹¹). Sa valeur juridique avait fait l'objet de nombreuses controverses doctrinales avant d'être définitivement tranchée par la jurisprudence Constitutionnelle.

A : LA CONTROVERSE DOCTRINALE

La juridicité du préambule opposait deux courants de pensée.

I : LE COURANT DEFAVORABLE A LA JURIDICITE DU PREAMBULE

Ce courant déniait tout caractère de supra-légalité au préambule en invoquant deux séries d'arguments :

¹⁹⁰ C'est ainsi que la Constitution américaine de 1787 est complétée par une déclaration de droits constituée par les dix premiers amendement alors que la Constitution du Sénégal prévoit un titre II expressément consacré aux droits fondamentaux.

¹⁹¹ Le préambule de la Constitution française de 1958 est bref. Il se contente de renvoyer au préambule de la Constitution de 1946 qui comporte trois éléments :

- une réaffirmation solennelle des droits et libertés inscrits dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1798,
- une référence aux principes fondamentaux reconnus par les Lois de la République et
- une proclamation de principes " particulièrement nécessaires à notre temps".

a) **Un argument tiré de l'exclusion du préambule du bloc de la constitutionnalité**

Sous la IV République, le Comité Constitutionnel, dont la mission était de résoudre les contradictions entre la loi et la constitution, n'était pas compétent pour connaître du préambule. En conséquence, le contrôle de constitutionnalité excluait la conformité de la loi aux préceptes contenus dans le préambule.

b) **Un argument tiré de la nature des dispositions du préambule**

Ces dispositions sont d'inégale valeur. Certaines sont **des dispositions-règles** susceptibles de recevoir une application immédiatement (¹⁹²). D'autres en revanche sont formulées en des termes trop vagues qu'elles requièrent l'intervention du législateur pour leur donner un contenu concret. Ce sont **les dispositions-programmes** (¹⁹³).

II : LE COURANT FAVORABLE A LA JURIDICITE DU PREAMBULE

Ce courant mettait en exergue deux séries d'arguments : de texte et subjectif

a) **Un argument de texte**

Le préambule est placé après la formule de promulgation et non avant. Il aurait dès lors le même impact juridique que le texte de la constitution qu'il précède.

b) **Un argument subjectif**

Cet argument prend en considération l'intention du constituant. Les pères-fondateurs du régime ont entendu reconnaître une importance certaine aux déclarations et affirmations de principe contenues dans le préambule.

B : LA CONSECRATION DE LA JURIDICITE DU PREAMBULE

Après quelques fluctuations jurisprudentielles le Conseil Constitutionnel français devait intégrer le préambule dans le bloc de la constitutionnalité.

I. LES FLUCTUATIONS JURISPRUDENTIELLES

La jurisprudence est constituée de l'ensemble des règles dégagées par le juge statuant au contentieux à la suite des différends dont il a été saisi. Sur la controverse, la jurisprudence a effectivement admis la valeur juridique du préambule mais avec des nuances.

a : **Les tribunaux judiciaires**

¹⁹² Il en est ainsi par exemple de l'égalité, du droit de grève, du droit syndical.

¹⁹³ Il en est aussi par exemple du droit à la santé, à l'emploi ou de l'appel pour la réalisation de l'unité africaine contenu dans le préambule de la constitution sénégalaise.

Les cours et tribunaux soumis à l'autorité de la Cour de cassation considéraient que le préambule possède la force juridique d'une loi ordinaire. La jurisprudence judiciaire avait sanctionné la violation d'une disposition du préambule (¹⁹⁴).

b) Le Conseil d'Etat

Le Conseil d'Etat qui est placé au sommet des juridictions de l'ordre administratif rangeait les principales dispositions du préambule dans la catégorie des principes généraux de droit. Ces principes sont des règles non écrites, constatées par le juge à partir d'une interprétation du préambule, des déclarations de droits ou même de la tradition républicaine et qui s'imposent à l'activité normative du pouvoir exécutif (¹⁹⁵).

II : LA CONSTITUTIONNALITE DU PREAMBULE

Les incertitudes doctrinales et jurisprudentielles relatives au préambule et aux déclarations de droits seront définitivement tranchées grâce à la politique jurisprudentielle du Conseil Constitutionnel.

a) La position du problème

Le constituant français de 1958 instituait un véritable système de contrôle de la constitutionnalité des lois. Désormais les lois parlementaires pouvaient être censurées par le Conseil Constitutionnel dès lors qu'elles sont en contrariété avec la constitution. Le juge constitutionnel était alors amené à circonscrire le domaine du contrôle. Devait-il se limiter uniquement au corpus constitutionnel, comme ce fut le cas pour le Comité Constitutionnel de la IV^e République, ou bien élargir le contrôle en prenant en considération d'autres normes de référence ?

b) L'élargissement du bloc de la constitutionnalité

Dans une décision historique en date du 16/07/1991 - Liberté d'association - (¹⁹⁶) le Conseil Constitutionnel consacre formellement la valeur constitutionnelle du préambule. En citant le préambule dans ses visas et en se référant aux principes "solennellement réaffirmés par le préambule de la constitution" pour motiver sa décision, le Conseil entend intégrer le préambule dans le bloc de constitutionnalité lequel s'impose au législateur dans la mise en œuvre de son pouvoir normatif. De nos jours la juridicité du préambule n'est contestée ni en France ni dans les pays africains de tradition juridique française.

¹⁹⁴ C'est ainsi qu'un jugement du tribunal civil de la Seine en date du 22/01/1947 devait annuler la disposition d'un testament révoquant un legs au cas où son bénéficiaire épouserait un juif. Cette disposition était contraire à l'alinéa 1 du préambule de la constitution de 1946 qui proclamait que tout être humain a des droits inaliénables et sacrés, sans distinction de race, de religion ou de croyance.

¹⁹⁵ On peut citer parmi ces principes généraux de droit le principe d'égalité sous toutes ses manifestations, le principe du respect des droits de la défense, etc.

¹⁹⁶ Cons. Const. 16 Juillet 1976 - Liberté d'association - G.D.C.C., 7^e éd., Paris, Sirey, 1993, p. 242

PARAGRAPHE III : LES DECLARATIONS DE DROITS

A l'instar du préambule, la valeur juridique des déclarations de droits avait longtemps opposé deux courants doctrinaux avant de recevoir une réponse positive de la jurisprudence constitutionnelle.

A : LA CONTROVERSE DOCTRINALE

Elle avait opposé deux courants défavorable et favorable à la positivité des déclarations de droits.

I : LE COURANT DEFAVORABLE

Certains auteurs (¹⁹⁷), ne reconnaissaient aucune force juridique aux déclarations de droits qui ne seraient que des énoncés de principes philosophiques et moraux sans valeur juridique. A l'appui de cette thèse ils faisaient valoir le caractère vague de la plupart des principes qui y sont énoncés et le fait que plusieurs constitutions reprennent certaines dispositions des déclarations de droits qui seules auraient une valeur juridique.

II : LE COURANT FAVORABLE

Une opinion opposée (¹⁹⁸) estimait que les déclarations de droits devraient être considérées comme des textes juridiques ayant une valeur constitutionnelle. Trois séries d'arguments avaient été mises en avant.

a) un argument historique

Les déclarations de droits se situent dans la mouvance du grand mouvement constitutionnel de la fin du 18^e siècle.

b) Un argument de texte

Aux Etats-Unis les dix premiers amendements à la constitution constituent une véritable déclaration de droits. Ils sont annexés à la constitution de 1787 et intégrés dans le bloc de la constitutionnalité. Le contrôle exercé par le juge s'étend au regard du texte constitutionnel et de ces amendements.

c) Un argument de doctrine

Il repose sur la distinction établie par Maurice HAURIUO entre la constitution politique et la constitution sociale. La première régit le fonctionnement des organes ou pouvoirs de l'Etat alors que la deuxième pose les bases de l'ordre social. Si on considère la constitution politique

¹⁹⁷ Eismein, Carré de Malberg

¹⁹⁸ Léon Duguit, Maurice Hauriou

Théorie constitutionnelle

comme un document juridique ayant une valeur supra-légale ; il doit en être de même pour la constitution sociale dont l'élément principal est la déclaration de droits.

B : LA CONSECRATION DE LA JURIDICITE DES DECLARATIONS

Le juge constitutionnel devait élargir davantage le bloc de la constitutionnalité en y intégrant expressément les déclarations de droits. La décision du Conseil. Constitutionnel du 27/12/1973 - Taxation d'office - constitue la première application de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen comme texte de référence destiné à juger de la constitutionnalité d'une loi⁽¹⁹⁹⁾.

Toutefois la décision de principe du 16 Janvier 1982 - Nationalisations -⁽²⁰⁰⁾ consacre la pleine valeur constitutionnelle des dispositions et principes contenus dans la Déclaration en faisant des 17 articles de ce texte le complément nécessaire des 92 articles de la Constitution.

PARAGRAPHE IV. LES PRINCIPES DE VALEUR CONSTITUTIONNELLE

La jurisprudence n'est pas investie d'un pouvoir normatif. Les tribunaux jugent des cas d'espèce et leurs décisions n'ont que l'autorité relative de la chose jugée.

Pourtant, dans la réalité, il en va autrement. La jurisprudence joue un rôle déterminant dans la formation et le développement du droit. En effet, les juges sont dans l'obligation d'appliquer et, par conséquent, d'interpréter la Constitution et, sous ce couvert, de la préciser, voire de la compléter.

Le juge constitutionnel ne rend pas des arrêts de règlement. Il se prononce au coup par coup. Seulement il se voit reconnaître la possibilité d'énumérer et définir des principes que la constitution se borne à viser collectivement. Les **principes à valeur constitutionnelle** qu'il consacre à cet effet sont une manifestation de son pouvoir normatif⁽²⁰¹⁾.

Ces principes sont des règles non écrites revêtues d'un caractère obligatoire pour le législateur. Ils sont dégagés par le juge à partir d'une interprétation du préambule, des déclarations de droits, des principes fondamentaux reconnus par les Lois de la République qui en impose le respect au législateur. La violation par une loi d'un principe à valeur constitutionnelle peut être à l'origine de son invalidation car ces principes font partie intégrante du bloc de la constitutionnalité⁽²⁰²⁾.

¹⁹⁹ Cons.Const. - 27/12/1973 Taxation d'office - , in G.D.C.C., p.274. Dans cette décision le juge censure une loi portant atteinte au principe d'égalité devant l'impôt qui est une manifestation du principe d'égalité devant la loi proclamé par l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.

²⁰⁰ Cons. Const. 16 Janvier 1982 - Loi de nationalisation - G.D.C.C., op. cit., p. 462.

²⁰¹ Il convient de distinguer les principes à valeur constitutionnelle et les principes généraux du droit qui sont l'expression du pouvoir normatif de fait du juge administratif qui les impose à l'activité normative de l'Administration.

²⁰² Cons.Const. 15/01/1975 - Interruption Volontaire de Grossesse ; G.D.J.C., p. 295.

Si le juge rattache souvent ces principes non écrits à des textes, dans les faits il dispose d'une grande latitude pour indiquer ces principes et de leur donner un contenu précis.

PARAGRAPHE V : LES APPORTS EVENTUELS DE LA COUTUME

La coutume occupe une place très modeste dans le bloc de la constitutionnalité. En matière constitutionnelle il est admis que la coutume ne peut être que supplétive ou interprétative. Elle accède rarement à la dignité de règle constitutionnelle dans les Etats de tradition juridique latine fondée principalement sur l'écrit pour deux raisons :

- la difficulté de satisfaire aux exigences d'une suffisante continuité dans une matière fluctuante par excellence ;

- la nature de la coutume fait qu'elle ne peut être protégée ni par la procédure de révision ni par la procédure de contrôle de constitutionnalité et que sa méconnaissance est rarement sanctionnée.

Actuellement on assiste à une extension du bloc de la constitutionnalité qui intègre le corpus constitutionnel, le préambule de la constitution, les droits et libertés proclamés en 1789, les principes à valeur constitutionnelle ainsi que les lois organiques. Cette évolution profite aux citoyens qui voient les droits qui leur sont reconnus plus rigoureusement protégés par un juge constitutionnel devenu le principal protecteur des libertés publiques.