

Introduction générale

La distinction entre le droit public et le droit privé remonte au droit romain. [Ulpien](#) : *Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*. (Le droit public considère le statut de la république romaine, le droit privé, l'utilité des personnes privées). Le droit public était donc le droit en tant qu'il rendait compte des modes d'organisation de la puissance publique romaine, de l'Empire. Cette distinction ne fit cependant pas l'objet de développements théoriques parmi les Romains. Le Moyen âge européen la redécouvrit (XI-XIIe siècles) avec la redécouverte du [Digeste](#), c'est-à-dire de la principale source des doctrines romaines.

Mais c'est véritablement à partir du XVIe siècle que cette distinction prendra de l'importance notamment du fait de l'introduction, dans les Facultés de droit allemandes surtout, d'enseignements spécifiques de droit public. Toutefois, ce droit public avait un tout autre visage que celui que nous enseignons aujourd'hui.

Ce dernier s'est constitué au cours du XIXe siècle avec ses divisions modernes :

- 1/ La distinction entre droit public interne et droit international public (autrefois « droit des gens »)
- 2/ La distinction dans le droit public interne de deux parties : le droit constitutionnel, d'une part ; le droit administratif, de l'autre.

On peut dire, pour une première approche, que le droit public interne est l'étude des règles qui régissent **l'organisation, les formes et l'exercice des pouvoirs constitués dans un Etat donné**. Il est le droit de la domestication des pouvoirs **publics** dans l'État, c'est-à-dire de leur structure et de leurs limites. Sa condition est l'État (§ 1) ; son objet est le pouvoir (en tant que pouvoir « public ») (§ 2).

§ 1. L'État, condition du droit public

On définit traditionnellement l'Etat par ses trois éléments constitutifs : une population, un territoire, une puissance originaire de commandement. On expliquera ces trois éléments en récapitulant rapidement la manière dont cette forme particulière d'organisation politique s'est lentement formée en Europe au sortir du Moyen âge.

A – Formation historique de l'Etat : sa gestation

a) La sortie de la féodalité

Le système féodal (IXe/XIIIe siècles) : le contrat féodo-vassalique comme lien personnel. La pyramide féodo-vassalique : Suzerain/Vassal/Arrière-Vassal/hommes libres/serfs. La place des villes.

La mise en cause progressive des principes féodaux (XIIIe/XVe siècles) : de la suzeraineté à la souveraineté. Centralisation du pouvoir aux mains d'un prince supérieur : le cas du Roi de France.

Progrès de l'indépendance de ce Prince : indépendance vers l'extérieur (« Le roi est empereur en son royaume ») ; indépendance vers l'intérieur (la lutte contre les « Grands Vassaux »).

Système de la Monarchie absolue. La « société des ordres » (Noblesse, Clergé, Tiers-état). Recul progressif du servage (l'homme attaché à la « glèbe »).

Sens général de cette évolution :

- La puissance royale n'est plus empêchée par les droits de son vassal sur son fief, il peut, sur toute partie des territoires rattachés à la couronne, directement ou indirectement, exercer des prérogatives incontestables (prérogatives régaliennes). La puissance du roi n'est donc plus limitée par le système féodal des relations interpersonnelles, elle s'étend sur un territoire sur des parties duquel les vassaux n'exercent plus qu'une puissance limitée. (Territorialisation de la puissance de l'Etat, émergence de la notion de « frontière »).
- Dans le même mouvement, les droits du vassal n'empêchent plus les droits du roi de s'exercer à l'égard des personnes inférieures (arrière-vassaux, hommes libres, et même serfs). Sa puissance est supérieure à toute autre puissance : elle est suprême. Il y a une certaine unification de la population du royaume : tous sont « sujets du roi », même si les ordres et les privilèges subsistent.
- Enfin, le roi se considérant indépendant vers l'intérieur comme vers l'extérieur, il ne tient son pouvoir « de nul », de personne (terrestre). Son pouvoir, il le tient directement de Dieu, une dévolution confirmée par la coutume du royaume qui attribue la couronne à la famille de Capet, de mâle en mâle et par ordre de primogéniture. Sa puissance est donc originaire. Originaire et suprême, sa puissance peut donc être dite *souveraine*.

On voit donc par ce court rappel comment l'Etat s'est établi en tant que forme particulière de domination et en tant que puissance originaire exercée sur une population établie sur un territoire déterminé.

Il faut cependant ajouter un autre phénomène historique décisif pour la formation des Etats.

b) L'institutionnalisation du pouvoir

L'institutionnalisation du pouvoir signifie que le pouvoir de domination se détache de la personne individuelle de son titulaire pour s'attacher à une entité abstraite, une « institution » qu'on appellera, de façon courante à partir du XVI^e siècle, l'Etat.

Dans son célèbre livre *Les deux corps du roi*, l'historien Ernst Kantorowicz a bien montré comment la question du pouvoir, à partir de la fin du Moyen âge, se trouvait compliquée par une représentation des choses à deux étages (voir le [résumé de l'ouvrage](#)) : il y a d'un côté la personne individuelle, physique et mortelle du titulaire du pouvoir, du roi, son « corps mortel » donc, dont les doctrines juridiques commencent de distinguer vers les XIV^e/XV^e siècles, un corps immatériel, mystique et immortel, la Couronne indépendamment de celui qui la porte. Cela signifie : la personne physique passe, la Couronne demeure permanente et parfaite. On dira en France : « Le roi est mort, vive le roi ». La Couronne, c'est-à-dire le pouvoir d'Etat se transmet immédiatement au successeur sans solution de continuité. L'Etat (et son pouvoir) ne réside pas essentiellement dans la personne du roi, mais dans le corps mystique de la Couronne. L'institutionnalisation signifie donc d'abord la continuité du pouvoir.

Tombeau de l'archevêque Henry Chichele, Canterbury :



Si la transmission se fait de cette manière immédiate, il faut bien qu'il y ait une règle de transmission supérieure même au pouvoir institué du roi. Ce point est capital. Car il signifie qu'une règle de droit précède et institue le pouvoir : la règle de dévolution de la Couronne. Cette règle est coutumière (coutume = règle résultant d'un usage répété et constant tenue par ceux qui s'y soumettent pour obligatoire, pour une règle de droit, de ce fait elle est véritablement une règle de droit obligatoire). Au XVII^e siècle on prit l'habitude de désigner cette règle, accompagnée de quelques autres : la « Constitution (coutumière) du Royaume de France » ou de « Lois fondamentales du Royaume ». C'était notamment le vocabulaire des Cours de justice supérieures qui s'appelaient « Parlements », à ne pas confondre avec les Parlements modernes. C'est ici qu'est née l'idée de Constitution comme règle supérieure instituant la Couronne elle-même et dont, par voie de conséquence, la Couronne n'avait pas la

disposition (elle ne pouvait changer ces règles, aussi absolue que puisse être la monarchie).

Telle est la conséquence logique et historique de l'idée d'institution qui faisait son chemin : le roi était en quelque sorte, durant son voyage terrestre, le *représentant* de la Couronne, mais il n'était pas lui-même la Couronne, le Royaume, l'Etat. La Couronne, l'Etat le dépassent infiniment. Alors il y a des règles impersonnelles et permanentes qui doivent garantir cette continuité institutionnelle de l'Etat. Ces règles, on leur donna, à partir du XVIIe siècle, le nom de « constitution ». Elles n'étaient voulues par personne en particulier, mais venaient d'une tradition qui, ne l'oublions pas, traduisait la volonté divine initiale. D'ailleurs, on se bornera à mentionner ici, que toute cette construction théorique décisive de l'Etat, fut préparée par la doctrine chrétienne de l'Eglise (ecclésiologie) qui voyait dans l'Eglise catholique le corps mystique du Christ.

Cette institutionnalisation du pouvoir eut d'autres aspects que ceux de la continuité et de la constitutionnalisation de l'Etat. On se bornera ici aux deux points suivants :

1/ La « **bureaucratization** » du pouvoir. Comme l'a montré le grand sociologue allemand Max Weber, dans *Economie et société*, un phénomène important dans la formation de l'Etat moderne fut la séparation progressive, chez les serviteurs du prince, entre leurs affaires privées, personnelles et les affaires publiques, celles de l'Etat. Cette séparation prit plusieurs formes dont la plus simple et la plus évidente, fut la séparation spatiale entre les lieux de vie, les appartements privés, et les lieux du pouvoir, le « bureau ». Ici, l'aspect public et l'aspect privé se séparent l'un de l'autre.

2/ La « **dépatrimonialisation** » du pouvoir. Il s'établit une distinction (très progressive) entre affaires privées et affaires publiques comme on vient de le dire. Cela va emporter une conséquence juridique majeure : la puissance publique doit être distinguée de la puissance privée. Le modèle fondamental, en droit privé, de « puissance privée », c'est la puissance qu'exerce un propriétaire sur sa chose. Mais puisque la puissance publique est autre que la puissance privée, il en résulte que cette puissance publique (droit de gouverner par la justice, la loi et l'administration) doit être considérée comme étant autre chose qu'un droit de propriété et que la puissance des gouvernants est autre chose qu'une puissance propriétaire (explication orale). Les droits de gouvernements sont des droits spécifiques qui se détachent des droits privés et là se trouve la source de cette naissance de la distinction entre droit public et droit privé, une distinction dont j'ai dit qu'elle devenait à partir du XVIe siècle et surtout aux XVIIe et XVIIIe siècles une distinction fondamentale : la *summa divisio* de l'ordre juridique (contrairement à la distinction très relative qu'avait connue le droit romain et le Moyen âge). Or, l'on dit que les choses dont un individu a la propriété font partie de son *patrimoine* (voir cette notion dans le cours de droit civil). Séparer le droit de gouvernement du droit de propriété, c'est donc **dépatrimonialiser la puissance publique**.

Or la conséquence est fondamentale : dans tout ce long et lent processus, la contestation de plus en plus forte du caractère patrimonial du pouvoir royal introduit une dynamique dont le but est de ne plus considérer les « sujets du Roi » (*Untertanen*, en allemand) comme des « choses » (sur lesquelles le monarque exercerait les mêmes prérogatives qu'un propriétaire sur ses biens), mais comme des « personnes », c'est-à-dire des êtres dotés de volonté et d'intérêts propres que la puissance publique, quelle que soit l'étendue de sa domination, doit respecter. Le pouvoir n'est plus conçu comme la relation d'un homme (le monarque) à des choses ou des « objets » (les « sujets » du monarque), mais comme la relation d'un homme (et de l'appareil qui l'entoure, l'Etat) à d'autres hommes, auxquels il faut bien reconnaître des « droits », c'est-à-dire des **citoyens**. D'où le thème qui monte dans la littérature politique des XVIIe et XVIIIe siècles, celui des « droits de l'homme », c'est-à-dire des droits que l'individu soumis à un gouvernement peut, en tant qu'homme et citoyen, **opposer à l'Etat**.

D'où la question fondamentale du droit public moderne : comment penser la relation de domination politique comme une relation juridique entre personnes (ce que l'on appelle un **rapport de droit**) ? Cela ne veut pas dire qu'il ne devrait plus y avoir de domination, mais que cette domination n'est pas comme dans le cas de la propriété privée une « maîtrise **absolue** » de la chose (la population et le territoire serait sinon la « chose » du gouvernant conçu comme propriétaire), mais une maîtrise **relative**, c'est-à-dire enserrée dans les limites du droit, un droit reconnaissant **des droits** aux individus. Une telle maîtrise, domination canalisée et domestiquée par le droit caractérise ce que l'on appelle ordinairement un **Etat de droit**. Elle signifie qu'en face des droits de gouvernement, il y a des droits de liberté dont sont titulaires les individus et que ceux-ci doivent pouvoir opposer leurs libertés à l'action de l'Etat (« droits de l'homme et du citoyen » ou « droits fondamentaux »).

Il faut le répéter : tout ceci n'est qu'un très lent processus qui n'est pas achevé, loin s'en faut, à la fin de l'Ancien régime. Les monarques font de la résistance. Mais la société, face à lui, conteste de plus en plus ses prétentions à la domination absolue. Cette résistance se traduira par les mouvements révolutionnaires essentiels de l'époque : tout au long du XVIIe siècle d'abord en Angleterre jusqu'à la chute du dernier monarque absolu, Jacques II et 1689 ; puis à la fin de l'Ancien régime, avec la formation progressive (entre 1776 et 1787) de cette entité nouvelle qui s'appelle les Etats-Unis d'Amérique, avec le grand mouvement qui arrache la France à l'Ancien régime et à la « monarchie absolue », les dix années de la Révolution française (1789-1799).

En France, la Révolution française parachève ce long processus, elle est une rupture dont la signification est fondamentale pour comprendre le droit constitutionnel et, plus généralement, le droit public moderne. C'est à la signification politique et

constitutionnelle de la Révolution française qu'il s'agit maintenant de s'attacher, car on peut dire qu'avec elle l'État moderne est définitivement né.

B – Le moment révolutionnaire et la consécration de l'Etat

Il ne s'agit pas de faire ici l'histoire constitutionnelle de la Révolution française. On rappelle qu'elle a complètement échoué à donner des institutions politiques stables à la France : L'assemblée constituante (1789-1791) donne une Constitution qui ne dure pas un an (3 septembre 1791 – 10 août 1792) ; la Convention, réunie en septembre 1792 proclame la République et finit par faire adopter par le peuple une Constitution (Constitution montagnarde du 24 juin 1793) qui est aussitôt suspendue pour laisser place à un « Gouvernement révolutionnaire » (Grande Terreur) qui prend fin avec la mort de Robespierre guillotiné le 28 juillet 1794 ; la Convention, épurée des éléments terroristes, fait adopter par plébiscite une nouvelle Constitution (Constitution du 5 fructidor an III = 22 août 1795 : régime du « Directoire ») qui ne durera que jusqu'au coup d'Etat fomenté par Napoléon Bonaparte le 18 Brumaire an VIII (9 novembre 1799). La Révolution est alors terminée et débouche sur un régime autoritaire (Consulat puis Empire).

Pourtant, même si la Révolution française n'a pas su donné des institutions politiques viables, elle a définitivement modifié l'Etat, la signification de sa constitution et son rapport à la société civile. On expliquera donc en quoi consiste la nouvelle notion de « Constitution » (a), comment la Révolution introduit un principe de **séparation entre Etat et société** (b) et enfin (c) on verra comment et pourquoi cette vision nouvelle de l'Etat a déterminé à consacrer, bien plus tard, le statut **juridique** de l'Etat en tant que « personne morale ».

a) Repenser la « Constitution » de l'Etat

Aux XVIIe-XVIIIe siècles, l'expression de « Constitution » est apparue pour désigner les « Lois fondamentales du Royaume » (voir *supra*). C'était une constitution **coutumière** : elle était consacrée par le temps, la **tradition**. Mais c'était déjà une notion « normative » (juridique) de la Constitution. Distinction entre notion « normative » et notion « descriptive » (ou « institutionnelle ») de la Constitution. Voir le manuel de droit constitutionnel d'Elisabeth Zoller aux PUF (« La notion normative de Constitution »). Voir l'article « Constitution » d'Olivier Beaud au *Dictionnaire de philosophie politique* dirigé par S. Rials et P. Raynaud (PUF).

Pourtant, les membres révolutionnaires de l'Assemblée nationale constituante réunie en 1789 affirment tous, à l'unisson, que la France n'a point de Constitution (voir déjà les « cahiers de doléances »). Pourquoi ?

Parce qu'ils estiment qu'une **vraie** Constitution doit prendre la forme d'une **loi**, d'une loi particulière, supérieure, fondamentale. La **Constitution** ne peut être, pour eux, qu'une **loi constitutionnelle**.

Qu'est-ce que cela signifie ?

Que la Constitution doit être **écrite**. C'est-à-dire accessible à tout homme qui sait lire, à tout homme qu'on peut reconnaître comme **citoyen** et pas « sujet » de l'Etat. La lisant, il la comprend, il peut en surveiller l'exécution, il peut même la critiquer.

Qu'elle doit être écrite **par une autorité légitime**. Elle ne peut venir ni de Dieu, ni de la nuit des temps. Elle ne peut venir que d'une autorité **actuelle** et qui émane du **peuple** actuel. On y reviendra : elle doit être écrite soit par les représentants légitimes (élus) du peuple, soit par le peuple lui-même. Cette autorité populaire (directe ou représentative) légitime est toujours actuelle ce qui veut dire que soit elle continue d'accepter la Constitution existante, ce qui continue de légitimer celle-ci, soit elle décide qu'il faut la modifier, la modifier dans le détail (**révision de la Constitution**), ou bien la changer de fond en comble (**changement de Constitution**). Il existe un **pouvoir constituant** (on reviendra plus tard sur cette notion et ses difficultés). L'Etat doit avoir une Constitution, mais il peut modifier, plus ou moins, sa Constitution. Et il faut un pouvoir permanent pour cela (« pouvoir constituant »).

Cela signifie surtout que la Constitution doit être **voulue**. La loi est un acte de volonté. La Constitution doit l'être aussi. Or, on veut pour l'avenir, pas pour le passé. Une soi-disant « coutume constitutionnelle » n'est pas une Constitution pour les révolutionnaires car elle est tournée vers le passé. C'est pourquoi il faut s'en débarrasser et établir le point de départ de Constitutions tournées vers l'avenir. La volonté peut donc **créer de toutes pièces** l'Etat à travers sa Constitution (idée de la « table rase »).

On peut faire une hypothèse pour expliquer un peu plus profondément qu'on ne le fait généralement ce passage d'une Constitution « coutumière » à une Constitution « légiférée ». Car cela correspond à une mutation profonde de la mentalité, de l'être même de l'homme occidental (une mutation **anthropologique**) : c'est le passage entre une civilisation épiméthéenne (Epiméthée : celui qui réfléchit vers le passé, rétrospectivement : la sagesse est donc dans la tradition) à une civilisation prométhéenne (Prométhée, celui qui donne le feu aux hommes et leur permet ainsi de construire leur monde).

Le doute cartésien : révoquer en doute toute la tradition et penser à partir de soi-même. *Cogito ergo sum*. Je pense donc je suis et donc je suis parce que je pense à partir de moi-même, pas parce que je suis le récepteur des pensées traditionnelles. Il faut dit Descartes se libérer des coutumes. Le sujet est projeté vers l'avenir : il est le fondement (*fundamentum inconcussum*) de la pensée et de l'action humaine. Sa volonté est donc libre, pas liée par la tradition et il doit se considérer « comme maître

et possesseur de la nature ». Il est donc aussi maître et possesseur de son destin : il se fonde lui-même.

La notion moderne de Constitution, qui apparaît un siècle et demi après Descartes, dit la même chose : l'homme politique est libre, il est le maître et possesseur de son destin politique, il peut vouloir librement, libéré du passé et des coutumes, son modèle politique. Il est vouloir, tourné vers l'avenir et doit donc vouloir la Constitution nouvelle pour l'avenir, indépendamment des coutumes, mêmes dites « constitutionnelles ».

La constitution doit donc être « Loi », disposant pour l'avenir et non coutume, liant la génération actuelle aux traditions des générations passées. Il s'agit d'**une autre idée de la Constitution**. L'Etat doit être désormais conçu comme constitué par la volonté des hommes, de ceux qui forment le peuple. Son origine ultime n'est pas divine, son origine prochaine n'est pas la coutume des hommes, elle est ce que les hommes actuels veulent pour l'avenir et elle est essentiellement modifiable.

La loi est donc la **forme** de la Constitution. Mais la **Constitution** n'est pas seulement « formelle » pour les hommes de la Révolution. Elle doit aussi avoir un certain contenu, quelque chose sur lequel elle doit statuer.

Cette dernière idée est exprimée à l'art. 16 de la DDH : « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution. »

Explications :

1/ « Garantie des droits » : la DDH précède la Constitution qui la garantit. Comparaison avec les « Bill of Rights » des premières Constitutions américaines. On voit qu'il est fondamental pour qu'un Etat ait une Constitution que cette Constitution garantisse l'autonomie des personnes privées.

2/ « Séparation des pouvoirs » : influence de Montesquieu. Séparation ou « balance » des pouvoirs ? Le pouvoir ne doit pas être concentré en un seul organe (monarque, assemblée ou peuple tout entier). Explication.

Précision importante : la distinction entre « définition **formelle** » et « définition **matérielle** » de la Constitution. Il existe ou a existé bien des Constitutions dans le monde qui n'obéissent ni à la conception formelle, ni à la conception matérielle de la Constitution proclamée par la Révolution.

Du point de vue matériel : on doit évidemment penser aux Constitutions des Etats autoritaires qui, soit ne contiennent aucune garantie des droits, soit contiennent des garanties purement factices (Constitutions de l'URSS, Constitution de la République populaire de Chine de 1982 révisée en 2004).

Du point de vue formel : On distingue

1/ **Coutume constitutionnelle** et **loi constitutionnelle** selon la **source** juridique des règles constitutionnelles. On peut envisager une constitution exclusivement coutumière (Ancienne France) ; aujourd'hui il existe des constitutions essentiellement coutumières mais complétée et amendée par des lois de caractère constitutionnel (au sens matériel) : Royaume-Uni. Il existe en revanche beaucoup de constitutions légiférées (France, RFA, Belgique etc.) La question se pose de savoir si la « coutume » peut compléter la Constitution légiférée.

2/ **Constitutions souples** et **Constitutions rigides** : est « rigide » la Constitution d'un Etat qui ne peut être modifiée que par une loi adoptée par une procédure différente de celle suivie pour l'adoption des lois ordinaires et ayant donc vocation à occuper un rang plus élevé que la loi ordinaire dans l'ordre juridique de l'Etat considéré. Distinction **loi constitutionnelle/loi ordinaire**. Est une Constitution « rigide », la constitution qui prévoit dans son texte une procédure spéciale de révision (**loi de révision constitutionnelle**). Aller voir l'article 89 de la Constitution française.

b) La séparation entre l'Etat et la « société civile »

Marx (*La question juive*, 1844) : La société d'Ancien régime avait quelque chose d'immédiatement politique.

Explication : elle était composée d'ordres et de corps qui déterminaient le statut de chaque individu. Les libertés qui pouvaient s'exercer l'étaient sur la base d'une concession unilatérale du pouvoir politique (généralement du monarque : système de « franchises »). Le pouvoir était premier et la liberté seconde, dérivée du pouvoir. Idéologie monarchiste : le corps de la nation n'est pas séparé du « corps du Roi » (séance de la Flagellation, 1766, Louis XV : « L'ordre public tout entier émane de moi et les droits et intérêts de la nation, dont on ose faire un corps séparé du Monarque, sont nécessairement unis avec les miens et ne reposent qu'en mes mains ». [Texte et commentaire](#)). L'Etat précède la société qui en émane et n'existe que par lui.

Retournement révolutionnaire : La société précède l'Etat qui en émane et n'existe que par elle. Ce n'est plus l'Etat qui accorde ses franchises aux corps sociaux, mais c'est la société, non plus formée de « corps » mais d'« individus » (libres et égaux en droit) qui établit l'Etat et lui concède des droits de gouvernements limités. C'est le sens nouveau de la « Constitution ». L'Etat est « constitué » par la société des individus.

Ce sens nouveau se focalise dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen adoptée le 26 août 1789 par l'Assemblée nationale constituante (voir le [texte de la Déclaration](#)).

1/ Il s'agit, dans l'esprit de 1789, d'une « déclaration » et non, à proprement parler, d'une loi. Différence entre textes déclaratifs et textes constitutifs.

2/ La déclaration précède la « Constitution » (dont le titre 1 porte « garantie des droits »). Sens de cette préséance.

3/ Les droits déclarés sont des « droits naturels » de l'homme. « Jusnaturalisme » : explication.

4/ Ces droits sont strictement individuels, ils ne reconnaissent aucun « groupe », aucun « corps » (les « corps intermédiaires »).

La Déclaration déclare que la société, comme ensemble d'individus, existe par nature et précède donc le Gouvernement, l'Etat qui doit être institué, constitué par cette société. Par nature, c'est donc cette société qui seule peut se donner sa forme politique, c'est pourquoi c'est elle qui peut être dite, en tant que « nation », « souveraine » : « **Article 3** - Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément. » « Essentiallyment » = par essence, naturellement. « Expressément » = par la loi écrite de la nation (la Constitution adoptée par elle).

La « liberté » n'est donc plus une « concession » de l'Etat, mais elle en est le principe même (naturel) : « **Article premier** - Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ». L'Etat ne saurait donc, sauf à supprimer son propre fondement, supprimer ces libertés : « **Article 2** - Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression. »

L'Etat a donc **en face de lui** et non plus **en** lui, une société d'individus essentiellement libres et sa fonction se limite à assurer l'harmonie, la conciliation de ces libertés individuelles : « **Article 4** - La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi. **Article 5** - La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société. Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas. »

La DDH qui est fondatrice de l'Etat moderne garantit donc à la société son autonomie par rapport à l'Etat. Fondement d'une tradition des constitutions libérales et démocratiques : la garantie des droits passe avant l'organisation de l'Etat (distinction « constitution sociale » et « constitution politique » chez Maurice Hauriou).

c) Conséquence : La notion de « représentation »

La société civile précède l'Etat et doit le constituer. En ce sens elle est première et supérieure à l'Etat. Mais elle est aussi une population soumise au pouvoir d'Etat et

en ce sens elle est inférieure ou soumise à l'Etat. Paradoxe de la politique moderne. Et les individus composant la société est à la fois « citoyen » de l'Etat (droits politiques de participation, actif) et « sujet » (assujetti, passif) de l'Etat, est à la fois actif et passif (voir Rousseau, *Du contrat social* (1762), L. I, chap. 6 : « A l'égard des associés, ils prennent collectivement le nom de *peuple*, et s'appellent en particulier *citoyens* comme participants à l'autorité souveraine, et *sujets* comme soumis aux lois de l'Etat. »).

La loi, qui fixe les règles de conduite en société et donc les bornes nécessaires à l'exercice de nos libertés naturelles, s'adresse donc aux « sujets » de l'Etat, mais elle doit être légitimée, dans cette logique, par les « citoyens ». Déclaration 1789 : « Art. 6. - La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. »

Tel est le fondement de la « **démocratie** ».

« Concourir **personnellement** » à la formation de la loi : **démocratie directe**

« Par leurs **Représentants** » : démocratie représentative.

Difficultés de la démocratie dite « directe ».

Problème fondamental de la « démocratie représentative » : Rousseau la volonté ne se représente point, car elle ne peut se « transmettre » (*Contrat social*, II, 1).

Les deux idées de la « représentation » :

1/ la représentation-reflet (ou représentation mimétique) : les représentants devraient vouloir ce que veulent les représentés.

2/ La représentation-autorisation : les représentants sont autorisés à vouloir en lieu et place, au nom et pour le compte des représentés. Voir Hobbes, *Léviathan* (1651), chap. 16. Raymond Carré de Malberg (*Contribution à la théorie générale de l'Etat*, 1920/1922) : « vouloir pour la nation ».

Si l'on entend par démocratie le régime dans lequel il y aurait **identité** entre la volonté exprimée par la loi et la volonté de l'ensemble des citoyens, un régime représentatif ne peut être « démocratique ». Il existe des régimes représentatifs non démocratiques (les monarchies constitutionnelles du XIXe siècle).

Conditions pour qualifier un système représentatif de « démocratique » :

1/ **L'élection** : **transmission** du **pouvoir** (au moins législatif) aux représentants au moyen d'une **votation** dont l'objet est de désigner des personnes auxquelles ce pouvoir est **temporairement** confié. L'élection permet le contrôle par les citoyens de leurs représentants. L'élection doit être **libre** et la condition de cette liberté du suffrage est le **secret** du vote.

2/ L'**universalité du droit de suffrage** : cette universalité est toujours relative (mineurs, la question du droit de vote des femmes, les « incapables » majeurs privé du droit de vote. Le droit de suffrage est le premier des **droits politiques** du citoyen.

3/ La **libre discussion** :

- a) L'organe législatif doit être une **assemblée**. Notion de « **parlement** ». Le principe de libre discussion au sein des assemblées parlementaires. Principe de publicité des débats parlementaires. Notions de « **mandat représentatif** » (par opposition au « **mandat impératif** »)
- b) Une **opinion publique**. Notion d' « **espace public** » (Jürgen Habermas, *L'espace public*, Payot). Nécessité d'une garantie effective de la liberté d'expression et des libertés connexes : presse, association, réunion. Problème de la démocratie dans l'Union européenne : existe-t-il une « opinion publique européenne » ?

4/ Un **contrôle parlementaire** suffisant sur la désignation et l'action des organes non élus (exécutifs).

On appellera « démocratie représentative » :

Le régime politique qui garantit effectivement à la plus grande partie des citoyens (universalité) un pouvoir de désignation et de sanction des membres de l'organe législatif (parlement) au moyen d'élections libres et régulières, qui donne des moyens suffisants à l'organe parlementaire pour contrôler les autorités non élues et garantit effectivement l'existence d'une libre opinion publique.

C'est le système qui n'assure pas l'identité entre volonté des citoyens et volonté des représentants mais les conditions nécessaires et suffisantes d'un *feed-back* entre représentants et représentés. Voir : Robert A. Dahl, *Qui gouverne ?* (1961).

Une Constitution représentative sera dite « démocratique » si elle proclame les principes de la démocratie représentative et établit des garanties effectives de ces principes.

§ 2. Le pouvoir public, objet du droit public

Le pouvoir peut être dit « public » lorsqu'il est institutionnalisé dans la forme politique et juridique de l'État. On peut parler aussi de « puissance publique » (en allemand : « Staatsgewalt » : puissance de l'État ou pouvoir d'État). Le droit public peut donc être dit le droit de cette puissance spécifique qu'est la puissance publique, l'étude des règles d'organisation et d'exercice de cette puissance.

Pour la comprendre davantage, il est nécessaire de préciser comment le droit conçoit l'État (A) et en quoi consiste cette puissance publique (B).

A – La notion juridique de l'Etat : l'Etat « personne morale »

a) **Théorie de la « personnalité morale »** : le droit est un système de règles qui organisent la vie sociale c'est-à-dire l'action des acteurs sociaux. Distinction des **actes** et des **faits** juridiques. Il s'agit toujours de d'abord **imputer** correctement, selon les règles du droit, un acte ou un fait à son auteur juridique. Un acte ou un fait juridique fait naître des **droits subjectifs** (droit subjectif = **intérêt juridiquement protégé**). Les acteurs juridiques peuvent donc être dits les **sujets** de ces droits, c'est-à-dire des **personnes auxquelles l'ordre juridique reconnaît la possibilité de défendre ces droits avec les moyens du droit**. Depuis longtemps (droit romain), l'on considère que ces « personnes » ne peuvent pas être seulement des individus. Il existe en effet des groupes dont on considère qu'ils ont des intérêts collectifs légitimes et auxquels il convient de reconnaître des capacités d'agir, des droits, **en tant que groupes**. Ceux-ci pourront ainsi faire valoir des droits collectifs, des intérêts communs. Par fiction, le droit constitue ces groupes, à certaines conditions qu'il fixe, comme des **personnes**, des **personnes dites morales**. On unifie ainsi les intérêts communs et l'on peut imputer des actes, des faits ou des droits à ces personnes collectives (la personne morale comme « centre [fictif] d'imputation », Hans Kelsen). (Association, société commerciale etc.).

b) **L'Etat comme « personne morale »**. **Les autres « personnes publiques »**. Aujourd'hui, dans l'Europe continentale du moins, c'est autour de cette notion de personnalité morale » qu'est construite la définition juridique de l'Etat. L'Etat est un centre unifié d'imputation d'actes, de faits et de droits. Il est une personne collective de droit public, une **personne publique**. Il n'est pas la seule personne publique. Vers la fin du XIXe siècle, on a considéré que d'autres groupes ou collectifs, qui remplissent des missions publiques et qui exercent pour ce faire une certaine puissance publique, devaient être unifiées autour de leurs intérêts spécifiques. Exemple : un intérêt public **local**. C'est ainsi que les communes et les départements (puis aujourd'hui les régions) ont été reconnus comme des personnes publiques (« collectivités territoriales ou locales »). Notion de **décentralisation**. Même si elles doivent être contrôlées par l'Etat, garant de l'ordre juridique et de l'intérêt public national, ces collectivités territoriales doivent pouvoir défendre leur intérêt spécifique. Il y a d'autres personnes publiques et notamment celles que l'on appelle les **établissements publics**. Ils ont pour fonction de mettre en œuvre un intérêt public sectoriel, par exemple : le développement de la culture (musées publics, théâtres publics), du tourisme (offices du tourisme), la régulation économique et financière (Autorité des marchés financiers), l'éducation

(établissements scolaires), l'enseignement supérieur et la recherche (Universités). Renvoi au cours d'institutions administratives.

c) La notion d' « organe » de l'Etat. Les personnes morales doivent pouvoir agir. Or, elles ne peuvent agir que par le truchement d'individus. Une personne morale doit donc avoir un **statut** qui détermine qui (individu seul ou assemblée) peut agir au nom et pour le compte de la personne morale, dans quelles limites et selon quelles procédures (le président de l'association, son secrétaire général, son trésorier, son bureau, son assemblée générale). Ces individus, agissant parfois seuls, parfois en groupe, en tant qu'assemblée ou comité, sont les **organes de la personne morale**. Quand ils agissent selon les procédures et les limites du statut, ces organes n'agissent pas **en leur nom propre**, mais **au nom et pour le compte de la personne morale**. Leurs actes et faits doivent alors être imputés à la personne morale. Il n'en va pas autrement des personnes publiques. On se limite à l'Etat : lorsque que chef de l'Etat prend une décision conformément au statut de l'Etat (sa « constitution »), cette décision doit être imputée à l'Etat ; même chose d'un ministre ou d'un assemblée parlementaire. La loi votée par le Parlement n'est pas une loi de ce Parlement, mais une « loi de l'Etat ». C'est alors le « corps mystique » de l'Etat qui parle et agit et non pas le « corps mortel » des individus formant les simples organes de l'Etat.

d) La distinction entre « compétence » et « droit subjectif ». Les « organes » d'une personne morale ne doivent donc pas agir en vue de leur intérêt propre, mais en vue de l'intérêt collectif de la personne morale. On a dit : un droit subjectif est un intérêt juridiquement protégé. Le droit protège cet intérêt en offrant au titulaire de ce droit des prérogatives, c'est-à-dire certains pouvoirs juridiques. Les personnes individuelles exercent ces prérogatives dans leur intérêt propre, dans le but de satisfaire ce qu'elles considèrent être leur intérêt individuel. Ces prérogatives peuvent être dites « droits subjectifs ». Les personnes morales agissent elles aussi en vue de leur intérêt spécifique, mais les organes de la personne morale ne doivent pas agir en vue de leur intérêt individuel, seulement en vue de l'intérêt collectif de la personne morale. Les personnes publiques agissent en vue de l'intérêt public. Les organes des personnes publiques ne peuvent donc pas agir au nom et pour le compte d'un intérêt privé, mais seulement au nom et pour le compte des intérêts publics confiés à la personne publique dont ils sont les organes. Leurs prérogatives juridiques ne sont donc pas des « droits subjectifs », mais ce que l'on appelle des « compétences ». Les « compétences » sont donc des prérogatives juridiques (des capacités d'agir juridiquement) exercées par les organes des personnes publiques dans l'intérêt public dont ces personnes ont juridiquement la charge.

Les « pouvoirs **publics** » sont donc les pouvoirs exercés par les organes de l'Etat (et des autres « personnes publiques ») sur la base d'une compétence attribuée par les dispositions statutaires qui organisent la personne publique considérée.

Le **droit public** est donc l'étude de ces pouvoirs du point de vue de l'organisation des institutions publiques (droit public **institutionnel**) et des conditions d'exercice de ces pouvoirs (notamment de leurs limites) (droit public **matériel**).

Le droit **constitutionnel** est l'étude de ces pouvoirs en tant qu'ils sont organisés et limités par la Constitution de l'Etat.

B – Le principe de « séparation des pouvoirs »

La puissance publique n'est pas **indifférenciée**. L'on considère traditionnellement à travers trois **fonctions** distinctes de l'Etat : la **fonction législative**, la **fonction exécutive** et la **fonction juridictionnelle**, à savoir **établir les règles générales, impersonnelles et abstraites applicables à la population de l'Etat** (nationaux, même résident à l'étranger : loi d'application personnelle) et sur **le territoire de l'Etat** (y compris les étrangers résidents sur le territoire de l'Etat : loi d'application territoriale) ; **mettre en œuvre concrètement ces lois** par des actes individuels ou concrets, mais aussi par l'action diplomatique, les pouvoirs militaires, l'organisation et le fonctionnement des administrations et services publics ; **trancher les litiges** c'est-à-dire **dire le droit** avec force obligatoire (autorité de chose jugée) lorsque s'élève un conflit (un « contentieux ») entre deux ou plusieurs acteurs juridiques.

Séparer les pouvoirs, c'est attribuer à des organes distincts de l'Etat l'exercice de ces fonctions distinctes.

Cela suppose, traditionnellement, de **spécialiser les organes** et donc d'attribuer la fonction législative à un ou deux organes (assemblées législatives), d'attribuer la fonction exécutive à d'autres organes (chef de l'Etat, chef du gouvernement, gouvernement et bureaucratie ministérielle), d'attribuer enfin la fonction juridictionnelle à d'autres organes encore (en France, les juridictions de l'ordre judiciaire et les juridictions de l'ordre administratif).

Mais **séparer** les pouvoirs, cela implique aussi d'assurer l'**indépendance** de ces organes, dans l'exercice de leurs fonctions, par rapport aux autres organes, c'est-à-dire d'empêcher que les organes exécutifs, par exemple, puissent exercer une influence ou un pouvoir sur les organes législatifs, d'assurer la plus rigoureuse indépendance de la justice par rapport aux pouvoirs législatifs et judiciaires.

Le principe de la **séparation des pouvoirs** est affirmé par la Révolution française par opposition au régime de **confusion des pouvoirs** qui, selon les révolutionnaires,

régnait dans la France d'Ancien régime. Les régimes totalitaires du XXe siècle furent des régimes de confusion des pouvoirs : le principe fondamental du « droit constitutionnel » nazi était que l'ensemble des pouvoirs législatifs, exécutifs et juridictionnels résidaient dans la personne du Führer et que même s'il ne pouvait les exercer tous immédiatement au quotidien, non seulement les organes du régime devaient les exercer dans la plus stricte fidélité au Führer, mais encore, ce dernier pouvait à tout moment « évoquer » une question et la trancher lui-même personnellement : il n'y avait aucune indépendance. Les révolutionnaires voyaient dans la séparation des pouvoirs le principe essentiel permettant d'éviter le **despotisme** et de garantir la liberté politique. Cette idée était attribuée aux philosophes antérieurs et notamment à John Locke (*Deuxième traité du gouvernement civil*) et à Montesquieu (*De l'Esprit des lois*, notamment le fameux Livre XI et son chap. 6).

Les choses étaient cependant dès cette époque plus complexes. Car s'il faut vraiment éviter la confusion des pouvoirs si l'on veut éviter le despotisme, il faut tout de même assurer l'unité suffisante du pouvoir d'Etat, c'est-à-dire l'unité nécessaire dans l'exercice des différentes fonctions. Que serait un Etat dans lequel le législatif, l'exécutif et le judiciaire seraient tellement indépendants l'un de l'autre qu'ils pourraient n'en faire qu'à leur tête, chacun de son côté. L'exécutif ou le judiciaire, par exemple, pourraient appliquer des règles qui n'ont pas été celles voulues par le pouvoir législatif. L'indépendance ne peut donc être que relative et, par conséquent, la spécialisation ne saurait qu'être elle aussi relative. Il faut en effet que les organes puissent exercer les uns sur les autres des **pouvoirs de contrôle nécessaires et suffisants pour assurer l'unité de l'Etat**. On peut donc bien séparer relativement les pouvoirs, la **souveraineté** elle, comme le dit Rousseau, **est indivisible**.

On peut imaginer diverses modalités de contrôle entre ces organes relativement séparés. Ils sont essentiellement de deux types : le « contrôle sur les personnes », le « contrôle sur les actes ». Par le premier, un organe peut demander des comptes à un autre organe de son action (missions d'information, commissions d'enquête), peut même mettre un terme à ses fonctions (censure, dissolution). Par le second, un organe peut bloquer l'acte d'un autre organe (droit de veto, « faculté d'empêcher » dans le vocabulaire de Montesquieu). On peut combiner toutes ces possibilités d'actions réciproques des organes les uns sur les autres. Cas particulier des organes juridictionnels, pour lesquels l'indépendance doit être plus forte pour permettre l'exercice serein de la justice. On distingue cependant, de ce point de vue du contrôle, deux types de régimes libéraux : celui qui privilégie le contrôle sur les personnes (« régime parlementaire ») et celui qui privilégie le contrôle sur les actes (« régime présidentiel »). Cette distinction n'est cependant que « relative ». Il s'agit non pas d'une distinction stricte, mais de la construction de deux « idéaux-types » au sens du sociologue Max Weber. Il y a dans tous les régimes démocratiques et libéraux actuels plus ou moins de contrôles sur les personnes, plus ou moins de contrôles sur les actes.

Plutôt que de parler de « séparation des pouvoirs », les anglo-saxons préfèrent l'idée de « *checks and balances* » (freins et contrepoids). Cette idée est plus juste. Elle dit que les organes auxquels sont confiés des fonctions distinctes doivent cependant exercer, avec des moyens suffisant, un contrôle sur les autres organes pour pouvoir en prévenir ou en sanctionner les abus. C'est d'ailleurs l'idée fondamentale de Montesquieu, inspiré par la « Constitution anglaise » : il faut que par la disposition des choses (l'organisation constitutionnelle de l'Etat), le pouvoir arrête le pouvoir (que le pouvoir se limite lui-même à travers les diverses attributions de ses organes).

Ces remarques préliminaires sont indispensables à la bonne compréhension du droit constitutionnel.