



*Que
sais-je ?*



LE DROIT CONSTITUTIONNEL

Denis Baranger

puf

QUE SAIS-JE ?

Le droit constitutionnel

DENIS BARANGER

Professeur à l'Université Paris-II

(Panthéon-Assas)

Membre de l'Institut Universitaire de France

Sixième édition mise à jour

18e mille



Introduction

Il n'y a pas toujours eu de droit constitutionnel, et peut-être un jour n'y en aura-t-il plus. Son trait distinctif réside dans l'intention de faire advenir par des moyens humains – et spécialement par l'exercice de la volonté – l'ordre politique idéal. Il n'y avait pas de « droit constitutionnel » tant que l'on s'en remettait à la volonté divine, ou aux prescriptions de la nature, pour régler la question politique. Avant d'employer couramment ce terme, on a parlé de « droit politique ». Il y avait à cela certaines raisons. De premier abord, la politique se présente comme une action humaine – celle qui vise, pour simplifier, à résoudre les problèmes de la vie collective – et, comme les autres actions humaines, elle peut être soumise à des règles. Cependant, la politique est loin d'être seulement *soumise* au droit. La constitution est l'espace où se déroule l'action politique telle que le droit la met en forme, mais aussi le lieu où sont fixées les conditions de création du droit.

Et, de fait, plusieurs données de base du droit constitutionnel sont déterminées par l'idée de politique, telle que la raison humaine peut en saisir les caractères. La première de ces données tient dans la manière dont l'action politique place les individus les uns vis-à-vis des autres dans des positions différentes : les uns sont appelés gouvernants, parce qu'ils peuvent, dans l'intérêt commun, exercer une contrainte sur d'autres qui sont appelés gouvernés. Une autre propriété importante de l'action politique, telle qu'elle a été analysée par la philosophie classique, a joué un rôle majeur dans la formation du droit constitutionnel : du gouvernant qui ne recherche pas le bien des gouvernés, on considère qu'il cesse de mériter son nom. « Le véritable gouvernant, écrit Platon dans *La République*, n'est point fait, en réalité, pour chercher son propre avantage, mais celui du gouverné » (I, 347 d). En conséquence, les gouvernés ne sont pas des sujets entièrement passifs du pouvoir exercé sur eux, comme le sont les soldats de plomb entre les mains d'un enfant jouant à la guerre. La supériorité du gouvernant n'est pas celle du maître sur l'esclave ou de l'être conscient et raisonnable sur la chose inanimée. Il est presque impossible de définir par avance ce qui fait le bon et le mauvais gouvernement. Mais le pouvoir politique est

toujours soumis à l'impératif de réalisation du bien commun. Si une telle finalité n'existait pas, quel que soit le contenu qu'on lui donne, jamais l'on n'aurait confié au droit la mission de donner forme au pouvoir politique. Et, si cet impératif du bien commun est énoncé, c'est que nul n'ignore la possibilité d'un gouvernement détourné de ses fins, c'est-à-dire corrompu. La mise en forme du pouvoir politique par le droit ne suppose pas que soit connu le critère du mauvais gouvernement ; mais il faut admettre qu'il existe comme un point de rupture où le détenteur du pouvoir ne méritera plus le nom de gouvernant : du prince se comportant en tyran, on considère qu'il abdique ou qu'il a mérité d'être déposé.

L'Occident s'est représenté le pouvoir politique comme une domination légitime. Si l'on pouvait dissoudre l'édifice du droit constitutionnel et considérer les forces qui l'ont composé, on verrait à l'œuvre ces deux principes de domination (c'est-à-dire de pouvoir) et de légitimité. Mais ils sont réunis d'une manière qui distingue le droit constitutionnel des mises en ordre du pouvoir politique qui l'ont précédé. La conception du pouvoir propre au droit constitutionnel est le fruit d'un effort considérable de structuration de l'autorité, qui lui est antérieur, et dont le

résultat est l'État. Si le droit constitutionnel moderne ne conteste pas la nécessité du pouvoir, il place ses espoirs dans la réalisation du bien commun par la volonté des gouvernés. Cette espérance est apparente dans les deux dimensions que doit explorer une étude du droit constitutionnel : celle du pouvoir tel qu'il est établi en droit et qu'il déploie ses effets sur les personnes (première partie) ; celle de la légitimité, c'est-à-dire de la justification de la détention et de l'exercice du pouvoir (deuxième partie).

Première partie

Le pouvoir

Le pouvoir politique est une contrainte exercée pour le bien commun par certaines personnes et selon certaines formes. Le droit constitutionnel moderne réalise cette idée simple en attribuant à des *institutions* le pouvoir d'édicter et de mettre en œuvre des *règles de droit* (chap. I). Le propre du droit constitutionnel est d'organiser la coexistence de ces institutions dans un ensemble plus large, appelé État. Comprendre ce qu'est l'État suppose d'appréhender le type de mise en ordre du pouvoir qui lui est propre : la souveraineté (chap. II). Sous cette même dénomination d'« État », plusieurs formes d'unité politique sont envisageables (chap. III).

Chapitre I

Les institutions et le droit

Le pouvoir constitutionnel, qui est une mise en forme du pouvoir politique par le droit, est exercé par des institutions (I) et suppose la formulation de règles juridiques (II).

I. Les institutions politiques

Une institution n'est autre qu'une action humaine dissociée de son auteur et considérée en elle-même. On raisonne en termes d'institutions lorsque l'on se fait une représentation abstraite d'une action et que cette représentation survit au changement de l'individu qui en a la charge. Dagobert est roi. Mais, lorsque Dagobert meurt, celui qui lui succède devient roi à son tour. L'institution royale survit à celui qui est « roi » à un certain moment.

1. L'existence des institutions

Dans la vision traditionnelle de l'ordre politique qui fut celle des anciens régimes européens, il y avait des institutions en charge du pouvoir politique. Leur existence n'était pas vue comme le résultat d'une décision d'origine humaine. Elle était un legs de l'histoire et, de manière plus ou moins marquée selon les cultures nationales, était vue comme se conformant à la volonté divine. L'existence de ces institutions était, comme celle de toute chose, soumise à des lois supérieures : celle de Dieu, celle de la nature. S'agissant de préciser comment ces institutions devaient agir pour la réalisation du bien commun, on raisonnait très fréquemment en partant des institutions elles-mêmes, de manière à déduire les règles les régissant d'une contemplation de leur nature propre. De la dignité spéciale du roi, de ses cours, de ses conseils, de la relation éminente qui l'unissait à son peuple, on pouvait tirer les maximes qui régissaient le royaume.

Ce type de raisonnement est caractéristique de ce que l'on appellera (rétrospectivement, pour l'essentiel, hormis le cas spécifique de l'Angleterre) les constitutions coutumières. Le mot ne convient guère. Peut-être vaudrait-

il mieux parler d'un ensemble institutionnel coutumier, car il y avait avant tout des institutions, dont l'existence juridique était fondée sur l'ancrage dans un passé très lointain, et auxquelles étaient reconnues en droit des qualités qui ne sont pas de nature. Au monarque, on reconnaît ainsi la capacité de ne pas mourir. Personne ne pense que le roi échappe effectivement à la mort, mais une distinction est opérée en droit entre son corps naturel et mortel, d'une part, et, d'autre part, son corps « mystique », ou « politique », qui ne l'est pas. Le résultat, incarné dans la fameuse maxime de la monarchie française : « Le roi est mort, vive le roi », est que la continuité de l'ordre politique était assurée. Ce qui doit attirer l'attention n'est pas que l'on ait inventé la fiction du corps mystique, parce qu'à toutes les époques le droit fait appel à la fiction (c'est-à-dire à la méthode juridique consistant à affirmer la réalité de certains faits, en contradiction avec les données de l'expérience, pour produire certaines conséquences de droit). L'important ici est que la fiction ait été greffée sur une personne, dont elle a visé à étendre les capacités naturelles. Lorsque l'on commença (assez tard) à employer le mot de « constitution », ce fut au sens d'une représentation de cet ensemble d'institutions et de règles déduites de leur nature. La constitution n'était pas à

proprement parler composée de lois ni « inscrite » dans des textes. En France, à qui demandait où la trouver, on répondait qu'elle était inscrite « *ès cœur des sujets* ».

La constitution écrite. Ensuite – et c'est encore l'époque à laquelle nous nous trouvons –, les choses se sont en quelque sorte inversées : loin de croire que les règles se déduisaient de la nature des institutions, on a pensé que des règles de droit, fruits de la volonté humaine, pouvaient engendrer des institutions politiques. C'est l'ensemble de ces règles que désigne le terme (non moins maladroit) de « constitution écrite », qui signifie que la constitution est désormais assimilée à une loi (v. *infra*). La frontière entre la constitution « coutumière » et la constitution « écrite » n'est pas nette du point de vue historique : on trouve très tôt (dès le *xvi^e* siècle) des tentatives pour mettre par écrit des règles fondamentales d'organisation politique. À l'inverse, on rencontre encore très tard des documents qui ne visent qu'à aménager ou réformer le pouvoir d'institutions coutumières. Ce fut le cas des constitutions octroyées par les rois, telles que la Charte française de 1814. Mais, du point de vue des notions, rien ne fut plus comme avant, dès lors qu'il fut pensé et énoncé avec clarté que « la constitution est, en fait, une loi fondamentale et

doit être considérée comme telle par les juges » (A. Hamilton, lettre n° 78 du *Fédéraliste*). Ce qui force l'impression dans l'expérience américaine, et que résume la formule précitée d'Hamilton, c'est que l'on y trouve d'un seul tenant ou presque toutes les facettes de l'idée moderne de constitution.

La constitution coutumière n'était autre qu'un ensemble d'institutions. Et la prétention centrale (autant que le premier effet) de la constitution écrite, c'est de créer des institutions. En énonçant que « le Président de la République veille au respect de la Constitution », l'article 5 de la Constitution française de 1958 fait – à parts égales avec les autres articles s'y référant – naître l'institution du président de la République. On ne peut pas dire qu'elle existait auparavant. On ne peut pas nier qu'elle existe à la suite de cette proclamation de volonté, puisque les articles suivants déterminent son statut et ses compétences, et que personne ne trouve absurde de dire ensuite : M. X... est président de la République. Au lieu de greffer des capacités surnaturelles sur une personne physique, la fiction a consisté à susciter des autorités instituées, entièrement tournées vers la réalisation d'une certaine finalité. Cette institution issue de la volonté qu'exprime la constitution

est (en quelque sorte) endossée provisoirement par des personnes physiques : un homme (comme dans le cas de l'institution « président de la République ») ; un groupe d'hommes (comme dans le cas des assemblées). La constitution ne se borne pas à créer des institutions : elle les dote de règles relatives à leur « statut », par exemple celles qui indiquent combien de temps quelqu'un peut être président, et comment on le désigne. Elle énonce aussi leurs « compétences », c'est-à-dire les pouvoirs de droit dont elles sont dotées pour accomplir leur mission.

La constitution écrite donne vie aux institutions. Mais ces dernières font partie des choses du monde. Elles ont un ancrage concret (ce qui fait qu'on peut parler d'elles à l'indicatif : le président « veille au respect de la Constitution » – art. 5 ; ou bien « accrédite les ambassadeurs » – art. 14). Et force est de reconnaître qu'elles ne puisent pas dans la loi constitutionnelle l'intégralité de ce qui est nécessaire à leur existence. La connaissance que l'on peut en avoir est informée par la pratique et par les données de l'histoire. Il n'est pas difficile de voir, par ailleurs, que la même institution présente une figure différente selon les êtres humains qui en ont la charge.

2. Le rôle des institutions : les fonctions juridiques

Rien n'est plus périlleux que d'entreprendre de définir le droit, mais on peut essayer d'en saisir une propriété importante : le droit appartient au domaine de l'obligatoire, en tant que celui-ci pourrait être distingué d'un domaine de la nécessité. Ce qui est nécessaire se réalise de soi-même. Ce qui est obligatoire pourrait ne pas être réalisé, et c'est précisément pourquoi il faut l'exprimer sous forme d'impératifs et l'assortir éventuellement de sanctions si ces impératifs ne sont pas obéis. Les modes d'énonciation du droit sont définis comme des « fonctions » juridiques assignées aux institutions. Cette distribution des rôles existe dans les ensembles institutionnels coutumiers, mais elle est particulièrement explicite dans la constitution écrite. Celle-ci ne crée pas les institutions dans l'absolu, mais en vue de leur assigner une tâche spécifique. On dit qu'elle « habilite » telle institution à réaliser telle opération juridique. Ces fonctions sont diverses, mais on peut les appréhender comme autant de relations établies entre les institutions et les règles de droit.

On distingue, de manière traditionnelle, trois grandes « fonctions juridiques ». L'une est l'édiction des lois ou fonction législative. La deuxième est la « fonction exécutive ». S'agissant enfin d'« appliquer » le droit lors de différends intervenant entre des sujets de droit, on parle de « fonction juridictionnelle ». Cette terminologie semble reposer sur un modèle simplifié de la création et de la mise en œuvre du droit. La législation consiste à adopter des règles générales. Ces règles appellent des mesures d'application qui relèvent de la fonction exécutive et des organes auxquels cette fonction est confiée. Enfin, lorsqu'un litige intervient, les organes attributaires de la fonction juridictionnelle appliquent le droit à l'occasion de ce litige. Ce modèle simplifié peut permettre de se faire une première idée de l'état des choses, mais il présente plusieurs inconvénients.

Tout d'abord, l'édiction des règles de droit est loin d'être le monopole du législateur. De manière plus large, la constitution habilite les institutions à édicter telle ou telle catégorie de règle de droit. La constitution joue ce rôle vis-à-vis de la loi : elle énonce l'existence de règles appelées « lois », puis habilite telle institution pour les édicter, en précisant de manière plus ou moins approfondie la manière

dont cette édicition devra se faire (la « procédure législative »). Mais la constitution habilite aussi d'autres institutions à adopter d'autres types de règles. Par exemple, la Constitution française de 1958 habilite certaines autorités exécutives à adopter des règlements, c'est-à-dire des actes à caractère général qui ont une valeur inférieure à celle de la loi. De la même manière, elle prévoit l'existence de « traités ou accords internationaux » et spécifie comment ces actes sont adoptés.

En second lieu, la « fonction exécutive » porte mal son nom : elle est loin de se limiter à la mise en application des lois. On s'en rend compte en faisant l'énumération des activités qui sont celles des organes habilités pour exercer la fonction exécutive sous la V^e République. L'exécutif est bel et bien l'exécutant des lois. Mais beaucoup de lois ne lui donnent pas des instructions qu'il faut directement mettre en œuvre sans aucune marge de manœuvre. Souvent, les lois donnent à l'exécutif des moyens qu'il utilise assez librement ou des obligations dont il peut s'acquitter de diverses manières. Ensuite, il y a ce qui est au cœur même de son existence et que l'on pourrait appeler l'activité gouvernementale ou, selon le terme de J. S. Mill, le « pouvoir immédiat ». Il s'agit de prendre pour

la collectivité les décisions exigées par les circonstances. S'il y a une inondation dans un pays où il n'y a pas de loi sur les inondations, le gouvernement devra néanmoins intervenir.

Des difficultés de définition comparables existent s'agissant de la fonction juridictionnelle. Il est important, d'abord, de remarquer qu'il existe des cas où une « juridiction » est amenée à se prononcer alors qu'il n'existe aucun litige, c'est-à-dire aucun désaccord de nature juridique entre deux parties ou plus. C'est le cas lorsque la fonction juridictionnelle consiste à examiner la conformité d'une règle « inférieure » à une règle « supérieure », c'est-à-dire dotée d'une « valeur juridique » plus grande (sur ce terme, v. p. 17). C'est ce que font couramment les juridictions administratives françaises quand elles vérifient si les actes de l'administration sont en conformité avec les lois. Une autre erreur à ne pas commettre au sujet de la fonction juridictionnelle consiste à penser qu'elle revient à « appliquer » mécaniquement un droit auparavant édicté de manière définitive par d'autres institutions. Avant d'appliquer le droit, le juge doit établir quel droit il applique, c'est-à-dire ce qui est obligatoire dans telle ou telle situation. Les juridictions doivent toujours interpréter

les règles applicables. Cette interprétation les conduit à en donner une formulation spécifique qui en affecte (plus ou moins fortement) le sens. Le juge doit, avant toute chose, énoncer « quel est le droit » du point de vue de la décision qu'on lui demande de prendre et en donner sa propre formulation. Loin de n'être qu'un simple automate appliquant sans réflexion les articles de loi à des situations de fait ; il prend sa place parmi les institutions qui créent le droit. Mais sa relation avec le droit est différente de celles d'autres institutions. Au contraire du législateur, ou de toute autorité pouvant « édicter » des règles de droit, le juge n'est pas habilité à manifester sa volonté. L'idée que le juge est « soumis au droit » est une directive fondamentale qui indique les limites de son pouvoir créateur, mais qui ne le supprime en aucun cas.

II. Les règles de droit

Les fonctions juridiques sont autant de manières pour les institutions d'énoncer le droit, sous une forme générale et impersonnelle ou, au contraire, dans le cadre de situations particulières. Ces modes d'expression du droit doivent faire l'objet d'une coordination. Autrement, les institutions

agiraient dans une totale liberté, laquelle serait rapidement source d'anarchie : les passions des hommes en charge du pouvoir viendraient à se confronter ; les règles pourraient se contredire. L'irruption de telles contradictions est toujours possible. Mais on peut parler de « système juridique » du moment que des mécanismes de coordination sont mis en place pour les éviter. Une telle coordination résulte notamment des principes d'ordre régissant les relations entre les institutions (qui seront pour l'essentiel abordées lors de l'étude du concept de souveraineté : v. chap. II) ou entre les fonctions assumées par ces institutions. Ainsi en est-il du principe de soumission des juridictions aux mesures générales adoptées par le législateur (encore appelé, en France, « principe de légalité »).

1. Le projet constitutionnel moderne : l'assujettissement de la loi à la constitution

Un autre facteur important de coordination réside dans l'assignation aux différentes règles de droit de « valeurs »

différentes. Ce terme est difficile à comprendre pour le non-juriste, auquel il semble très abstrait. Mais il vise simplement à assigner à chaque type de règle (la loi constitutionnelle, la loi ordinaire, les règlements administratifs...) des degrés de « force » (un peu comparables à des valeurs monétaires) qui les placent les unes vis-à-vis des autres dans des positions de supériorité ou d'infériorité. La « supériorité » d'une règle vis-à-vis d'une autre a plusieurs significations. Selon la théorie juridique moderne, elle a pour effet de soumettre la règle inférieure à deux séries d'obligations. La première est une obligation dite de « validité », c'est-à-dire que la règle inférieure doit être adoptée de la manière prescrite par la règle supérieure. Par exemple, la Constitution française prescrit que « le Parlement vote la loi » (art. 24). En conséquence, si le seul Sénat adopte une mesure, celle-ci ne peut être appelée « loi ». L'autre est une obligation dite de « conformité » : le contenu de la règle ne doit pas entrer en contradiction avec celui de la règle supérieure.

La loi. Comment présenter l'ensemble des relations entretenues par ces règles de droit affectées de différents coefficients de valeur normative ? L'important est de comprendre qu'au centre de cette construction se trouve la

loi. C'est par elle que doit être commencée l'étude du système que forment les règles de droit. Œuvre du souverain, proclamation de sa volonté, posée une fois pour toutes et connaissable dès lors par tous, la loi n'était pas inconnue des régimes prémodernes européens. Elle a même tendu à y devenir le mode central de formulation du droit. Dans les régimes modernes, elle conserve ce statut. C'est par rapport à elle que la force obligatoire des autres règles est établie. Certaines sont définies par leur supériorité vis-à-vis de la loi : c'est spécialement le cas des constitutions écrites. D'autres se voient assigner une valeur équivalente ou inférieure à la loi. C'est autour de la loi, et par référence à elle, que s'est construit l'édifice complexe et diversifié de la production normative dans les États modernes.

La raison de cette position centrale est à rechercher dans un paradoxe propre à l'idée de loi. On peut voir en elle la preuve que les hommes peuvent faire des choix qui ne leur sont pas dictés du dehors et, par là, qu'ils sont libres. Il est de l'essence de la loi de procéder de l'exercice d'une libre volonté. C'est pourquoi elle doit émaner, parmi les éléments du corps politique, du plus libre d'entre eux : le souverain (v. chap. II). Mais cette liberté semble immédiatement réduite à néant : il ne faut guère de longues

méditations pour comprendre que la loi n'a de sens et d'effectivité que pour réaliser des principes supérieurs. Ces principes peuvent être divinement inspirés ; ou bien l'on peut considérer que la loi ne peut exprimer que des rapports résultant de la nature des choses ; ou bien encore la loi peut être vue comme l'expression de la raison. En tout cas, sauf à devenir tyrannique, la volonté du législateur ne peut pas être un pur arbitraire. Cette conception n'a jamais été absente des régimes traditionnels. Elle reste au cœur du droit constitutionnel moderne. Ce ne sont que les moyens et les principes garantis qui diffèrent. Le « constitutionnalisme » (le mouvement historique qui a conduit à l'édiction de lois constitutionnelles écrites) repose sur la conviction que le pouvoir du législateur doit être assujéti à des principes supérieurs, inscrits dans des textes servant de fondement à l'ordre politique tout entier.

La loi constitutionnelle. De fait, on comprend beaucoup de choses sur la constitution écrite en cherchant à appréhender la relation qu'elle entretient avec la loi. Il s'agit de placer la loi dans une position d'infériorité et de limiter la liberté de son auteur. Mais comment y parvenir ? La formule fut trouvée par les révolutionnaires américains :

en 1787, ils consignérent la représentation de l'ordre politique qu'ils édifiaient dans une constitution dont il fut dit qu'elle avait la nature d'une loi suprême. Cette assimilation de la constitution à une loi (au sens générique de manifestation de volonté d'une personne ayant autorité) revêtit une importance extrême. La constitution écrite est une loi en ce sens, d'abord, qu'elle s'impose en tant que commandement. Un commandement établit une relation entre une personne qui énonce l'obligation et une autre personne qui est tenue de l'exécuter. Le commandement est « édicté » : cela signifie qu'il est une proclamation de la volonté de son auteur. L'assimilation à une loi indique que la constitution ne peut plus être comprise ni comme un ensemble d'institutions prenant racine dans l'histoire (comme la constitution coutumière) ni comme un accord de volontés entre plusieurs parties (un « traité » entre plusieurs nations ou une « charte » entre le roi et son peuple). La constitution, qui semble ne s'adresser à personne en particulier, est pourtant la loi la plus générale : elle s'adresse à la fois aux gouvernés, ou sujets de droit, c'est-à-dire ceux qui n'exercent pas d'autorité, et aux gouvernants, détenteurs d'une autorité qui trouve désormais en elle seule sa fondation. Et le reste du droit – notamment les « lois » au sens ordinaire du terme – voit sa

force obligatoire subordonnée à cette « constitution » qui, semblable aux lois de par sa forme, s'en démarque radicalement par l'autorité supérieure qu'on lui attribue.

Si la constitution écrite peut être assimilée à une loi, c'est parce qu'elle appelle une exécution. Le but supérieur qui préside à l'existence de la constitution (un gouvernement libre et dépourvu d'arbitraire) doit être réalisé par le droit. La section II de l'article VI de la Constitution américaine dit ainsi des lois qu'elles sont adoptées « pour l'application » de la constitution. C'est à cet effet que la constitution désigne au législateur des principes supérieurs qu'il lui appartient de réaliser ou de maintenir (sous forme, par exemple, de « droits » qu'il ne peut pas méconnaître et doit promouvoir, tels que les Droits de l'homme). Les commandements ainsi adressés (et en premier chef ceux qui visent le législateur) peuvent ne pas être obéis, et la loi constitutionnelle peut en conséquence être sanctionnée. Aux États-Unis, l'idée a jailli presque naturellement que cette sanction devait être trouvée dans la mise à l'écart de la loi non conforme à la constitution. La Cour suprême des États-Unis, tirant les conséquences de l'idée selon laquelle la constitution était une loi voulue par le peuple, a décidé en 1803 (arrêt *Marbury v. Madison*) de se reconnaître

compétente pour examiner la conformité des actes du législateur ordinaire, le Congrès et les législatures étatiques, à cette loi suprême. Le contrôle de la constitutionnalité des lois est désormais une donnée fondamentale du régime. En Europe, la constitution écrite est longtemps restée sans mode de sanction spécifique. Le type de garantie de la conformité des lois à la constitution qui a fini par s'imposer dans la plupart des pays est un contrôle par une institution spécialisée. Le modèle en a été établi par la Constitution autrichienne de 1920.

2. Loi et constitution : les enseignements de l'expérience française

Dans la République américaine, il semble (en simplifiant largement le récit) que tout se soit fait sinon d'un seul mouvement, du moins dans un seul élan : la formation d'une république, l'adoption d'une loi constitutionnelle écrite, le contrôle par les juges de la conformité de la loi « ordinaire » avec la constitution. En France, l'histoire des relations entre la loi et la constitution écrite semble plus

hésitante, la clarification de leurs relations plus difficile. On peut lire ces difficultés comme autant de hoquets d'une histoire qui peine à s'accomplir, autant de résistances à une évolution inéluctable. Mais peut-être l'expérience française est-elle, au contraire, l'occasion de se convaincre que la loi n'est pas seulement un instrument de réalisation d'une « loi » constitutionnelle qui la surplombe, sous le contrôle étroit d'un juge qui se bornerait à réprimer les erreurs de réalisation par le législateur d'un programme constitutionnel prédéfini.

Le statut traditionnel de la loi. La Révolution française a mis en avant la loi, et on parle à ce sujet de légicentrisme. Il s'agissait de modeler une nouvelle société, en faisant apparaître ce que les contemporains appelaient « la nation » comme le détenteur du pouvoir ultime. La loi devait jouer un rôle central dans l'accomplissement de ce programme, comme le reconnaît la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC). La loi « est l'expression de la volonté générale » (art. 6), ce qui veut dire au moins ceci, qu'elle ne saurait être l'acte d'un pouvoir subordonné. Seule la loi peut fixer les bornes de la liberté et des droits naturels de chaque homme (art. 4). Mais la déclaration fut aussi comprise comme un « guide » établi à l'intention des

législateurs futurs. Tout en comportant certaines indications sur ce que la loi ne doit pas faire, on sent que la déclaration s'en remet au législateur pour mener à bien un programme de garantie des droits naturels (v. sur ce point : S. Rials, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Hachette, 1988, p. 369-370). La déclaration exprime à la fois une solide confiance dans la loi et la conviction que la loi doit réaliser quelque chose qui la dépasse, et ne doit pas outrepasser certaines limites. Ces deux éléments sont les pôles entre lesquels on voit évoluer, entre 1789 et 1958, la conception française de la loi. Là où les Américains ont assez vite identifié la nécessité de contrôler l'œuvre du législateur au regard de la constitution, la France a depuis longtemps (1791) adopté des lois constitutionnelles écrites sans aboutir à la conclusion que leur respect par le législateur devait être sanctionné par le juge. Sollicités pour procéder à un tel contrôle, les juges français ont hésité à franchir le pas (CE, arrêts *Arrighi* et *Dame Coudert*, 6 novembre 1936, Dalloz, 1938. 3. 1).

Quel était le sens de cette idée de suprématie de la loi ? En lisant la Constitution de 1875, les juristes faisaient plusieurs observations : que seules les chambres pouvaient

faire des lois (« le pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées », art. 1 de la loi du 25 février 1875) ; que la loi pouvait intervenir dans tous les domaines ; que si la Constitution prenait la forme de trois « lois », la procédure pour modifier ces textes constitutionnels de 1875 n'était guère différente de celle concernant l'adoption des lois « ordinaires » du Parlement ; enfin que, en 1875, on n'avait ni habilité les juridictions existantes pour apprécier la conformité de la loi avec la constitution ni créé à cette fin une institution spécialisée. En résumé : là où, en tant que loi suprême, la constitution aurait dû prévaloir, on voyait la loi demeurer l'acte le plus important de l'ordre juridique.

L'évolution postérieure à 1958. À bien des égards, ce ne fut pas la Constitution de 1946 (IV^e République) mais celle de 1958 (V^e République) qui vint transformer cet état de choses. Ce texte semble établir, de manière désormais indiscutable, la suprématie de la constitution. En effet, le texte de 1958 développe de manière détaillée le statut de la loi dite « ordinaire », celle votée par le Parlement (art. 34). Elle énonce que cette loi ne peut pas porter sur toutes les matières, mais ne peut au contraire être adoptée que dans un domaine strictement délimité. Elle établit ensuite de manière précise les conditions dans lesquelles le Parlement,

sous le contrôle étroit de l'organe « exécutif », adopte la loi. Enfin – et, diront certains, surtout –, elle établit une institution nouvelle en France, le « Conseil constitutionnel » (CC), chargée, entre autres choses, de s'assurer de la conformité des lois à la constitution soit de manière systématique, soit à la discrétion (le terme juridique est celui de « saisine ») de certaines autorités (art. 61). Enfin, l'art. 61-1, issu de la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, prévoit que le CC pourra être saisi, sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, « lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit » (v. encadré p. 30). On serait donc en droit de dire que jamais la Constitution française n'a ressemblé plus fidèlement à une « loi suprême », et que jamais la loi du Parlement ne s'est apparentée aussi étroitement à un acte d'exécution de la constitution, nécessairement inférieur en force obligatoire à celle-ci. En effet : 1/ l'auteur de la loi n'est « que » le Parlement, un représentant du peuple, et non le peuple qui a adopté la constitution ; il est certes prévu que le corps électoral puisse adopter des lois par référendum, dans des domaines déterminés (art. 11) ; mais ces lois référendaires ont la même valeur que les lois du Parlement ; 2/ la

Constitution n'autorise l'édiction de lois par le Parlement que dans une série limitée de matières, le reste relevant d'actes appelés « règlements » qui sont des mesures générales adoptées par l'exécutif (art. 37) ; 3/ la loi doit, sous le contrôle du CC, être conforme à la Constitution, au double sens où elle doit respecter les règles établies par la loi fondamentale quant à sa procédure d'adoption et où elle ne doit pas méconnaître les principes dits « substantiels » que contient la Constitution et qui régissent, non pas la manière d'adopter les lois, mais leur contenu. Le CC, depuis une décision célèbre de 1985, résume cet état de choses en affirmant que « la loi votée [...] n'exprime la volonté générale que dans le respect de la constitution » (décision « Évolution de la Nouvelle-Calédonie », n° 197 DC, 23 août 1985).

Désormais, donc, la supériorité de la Constitution vis-à-vis de la loi semble garantie de manière efficace. Cependant, deux remarques importantes doivent être faites sur la nature de cette supériorité. Elles visent toutes deux à faire apparaître que la constitution n'est pas seulement une « loi » d'un genre supérieur qui s'imposerait à la loi « ordinaire » de la même manière que celle-ci s'impose (le cas échéant) aux autres règles de droit.

1/ D'une part, la notion juridique de constitution a connu sous la V^e République une évolution telle qu'il est devenu beaucoup plus difficile de se contenter de l'explication selon laquelle elle serait simplement une « loi constitutionnelle », tirant son autorité de la manifestation de volonté du souverain qui l'a édictée. Cela tient à la manière nouvelle dont les juges ont défini la constitution. Le 16 juillet 1971, à l'occasion du contrôle de la conformité à la constitution d'une loi visant à encadrer l'exercice de la liberté d'association, le CC a pris une décision déterminante. Avant 1971, le mot « constitution » n'était applicable qu'au texte adopté en 1958. Certes, le préambule de ce texte énonce que « le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le Préambule de la Constitution de 1946 ». Mais lors des débats ayant conduit à la rédaction du texte (qui fut ensuite soumis au vote du peuple pour que celui-ci en devienne l'*auteur*), il avait été exposé que cette référence ne visait pas à permettre au CC de contrôler les lois en prenant pour référence la Déclaration de 1789 et le Préambule de 1946 (v. l'intervention de R. Janot devant le Comité consultatif constitutionnel le 7 août 1958, in

Documents pour servir à l'histoire de la Constitution..., La Documentation française, 1988, t. II, p. 256). À ce stade, la seule « norme de référence » du contrôle de constitutionnalité était la loi constitutionnelle de 1958. Mais le CC étendit à partir de 1971 la liste de ces normes de référence, non seulement au Préambule de la Constitution de 1946 (qui pour le reste avait été abrogée par celle de 1958, et n'était plus en vigueur), mais encore à l'autre texte visé par le Préambule de 1958, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. La portée de cette décision ne peut être comprise qu'en examinant de plus près le contenu de ces textes historiques. Il faut remarquer que le Préambule de 1946 comporte plusieurs types de dispositions. D'une part, il annonce l'existence de *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* (PFR). C'est l'un d'eux qui a servi de base à la censure de 1971 (la liberté d'association, en vertu de laquelle, dit le CC, « les associations se constituent librement et peuvent être rendues publiques sous la seule réserve d'une déclaration préalable »). La liste de ces principes n'est pas *énoncée* : leur existence est seulement *annoncée* par le Préambule. Le Conseil constitutionnel jouit là d'une importante marge de manœuvre. Le Préambule de 1946 fait également référence à des *principes*

particulièrement nécessaires à notre temps (PPNT). Au contraire des PFR qui ne sont qu'*annoncés*, les PPNT sont bel et bien *énoncés*, énumérés par le Préambule. Le CC leur a reconnu une pleine valeur constitutionnelle depuis sa décision du 15 janvier 1975, *Interruption volontaire de grossesse* (la loi ne violait pas le principe « selon lequel la nation garantit à l'enfant la protection de la santé »). S'agissant de la Déclaration de 1789, sa valeur constitutionnelle a été également consacrée par le CC par une décision du 27 décembre 1973 dite « taxation d'office ». Cette décision censurait une disposition fiscale qui portait atteinte « au principe d'égalité devant la loi ». Il est enfin arrivé au CC de dégager des principes constitutionnels sans référence à aucun texte. Citons dans cette catégorie la continuité des services publics (décision du 25 juillet 1979). Désormais, donc, il y a des « normes à valeur constitutionnelle » qui ne sont pas inscrites dans le texte de la loi constitutionnelle de 1958. C'est une évolution majeure de notre droit. Il est possible, pour la justifier, de se réclamer de la volonté du constituant de « proclamer son attachement » aux Droits de l'homme « définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le Préambule de la Constitution de 1946 ». Il est aussi possible de faire remarquer que cette évolution a comblé

une lacune importante de la loi constitutionnelle de 1958, qui ne contenait pas (au contraire, par exemple, de la Loi fondamentale allemande) d'énoncé des droits fondamentaux. Et, de fait, la jurisprudence du Conseil constitutionnel a beaucoup fait évoluer le droit des libertés publiques. Mais, en France, cette évolution a retiré sa crédibilité à la position traditionnelle selon laquelle la constitution était le fruit d'une manifestation de la volonté du peuple souverain. La « constitution » au sens large du terme ne se compose plus seulement du texte adopté en 1958, mais aussi de tous les principes auxquels le CC a reconnu une valeur constitutionnelle. La voie a été ainsi ouverte à un nouveau mode de création de la Constitution.

2/ Un second constat vient compléter le premier : la loi ne peut être réduite au statut de mesure d'application de la Constitution. Certes, la loi est adoptée de la manière prescrite par la Constitution. Certes, également, la Constitution énonce les limites qui s'imposent au législateur, ou certaines finalités qu'il lui appartient de réaliser. En droit français, la méconnaissance de ces impératifs est sanctionnée, par le CC, s'il est saisi. Toutes ces restrictions n'ont pas pour effet, cependant, de faire du législateur un simple exécutant de la Constitution. La vérité

est que le législateur agit librement dans des limites fixées par la Constitution, et sous le contrôle du juge constitutionnel. Lorsque les circonstances évoluent, l'action du législateur se heurte à des problèmes que le texte constitutionnel initial n'avait pas envisagés. En France, la manière de faire face à ces évolutions a résidé dans la création par le CC de nouveaux principes constitutionnels dans un souci de cohérence avec la tradition républicaine et le texte de la loi constitutionnelle de 1958, mais avec une indiscutable part de créativité. À bien des égards, ce n'est pas la loi qui a mis en œuvre la Constitution, c'est le contenu de la Constitution qui a suivi les transformations de l'action législative.

Et de fait la loi conserve en droit français un statut qui ne peut pas être résumé, ou entièrement expliqué, par son statut d'infériorité vis-à-vis de la constitution. La loi, qui n'est plus en France, la règle de droit la plus élevée, n'en reste pas moins le mode central d'édiction du droit. Cela est vrai dans la pratique du gouvernement : « La loi seule peut apporter des réponses nuancées aux problèmes de société, après une discussion publique que ne remplacent ni un rapport ni des conclusions devant une juridiction » (D. Truchet). Cela est également vrai du point de vue des

relations qu'entretiennent les règles de droit les unes vis-à-vis des autres. La Constitution de 1958 a accompli un grand nombre de ses objectifs politiques en démembrant le pouvoir législatif au profit d'autres institutions que le Parlement. Au peuple, on a donné le pouvoir d'adopter des lois dites « référendaires » dans des domaines spécifiés à l'article 11. Mais leur force juridique a été considérée comme équivalente à celle des lois du Parlement. Aux autorités exécutives, on a reconnu le pouvoir d'adopter des « règlements » dits autonomes. Ces actes de valeur inférieure à celle de la loi sont habilités à intervenir dans tous les domaines qui ne sont pas spécifiquement réservés à la loi par l'article 34. Donc le « domaine » autrefois illimité de la loi est désormais l'objet d'un empiétement au profit du règlement (art. 37). Mais cette « révolution juridique » n'a finalement eu qu'un faible impact : le juge constitutionnel a fini par reconnaître que les lois (nombreuses) empiétant sur le domaine du règlement autonome n'étaient pas pour autant inconstitutionnelles. Tant que le gouvernement n'utilise pas les instruments que lui donne la Constitution pour le protéger, le législateur peut donc intervenir dans le domaine du règlement autonome.

Ce qui compte, plus encore que la tentative de restreindre le domaine de la loi, ce sont les pouvoirs que la Constitution de 1958 (v. le titre V) a conférés à l'exécutif dans le cours de la procédure législative pour contraindre les assemblées à adopter des textes conformes à la volonté du gouvernement. Mais ce pouvoir de l'exécutif, s'il limite la liberté des assemblées, ne fait que rendre plus apparente la nécessité de recourir à la loi pour gouverner. Il serait également possible de soutenir que cette centralité de la loi n'est pas démentie par la principale « contrainte » pesant sur le législateur contemporain, à savoir l'obligation de mettre en œuvre le droit international. La question des relations entre droit international et droit interne revient, en effet, à bien des titres, à savoir quelle règle (constitutionnelle ou internationale) s'impose vis-à-vis de la loi nationale. Ce qui est remarquable, à cet égard, est qu'il reste le plus souvent indispensable d'en passer par la loi.

La question prioritaire de constitutionnalité

L'article 61-1 de la Constitution, issu de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a attribué au CC une compétence nouvelle et importante : « lorsque, à l'occasion

d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État (CE) ou de la Cour de cassation (C. cass.) qui se prononce dans un délai déterminé ». Le CC peut désormais être saisi pour contrôler la constitutionnalité d'une loi déjà entrée en vigueur. L'importance de cette nouvelle procédure, dite de « question prioritaire de constitutionnalité » (QPC), ne saurait être sous-estimée. Il n'était plus possible de laisser en place un système dans lequel des lois inconstitutionnelles, mais ayant échappé au contrôle *a priori* du CC, restaient applicables. Il semblait également indispensable de permettre aux justiciables de remettre en cause de telles lois à l'occasion de litiges où elles étaient appliquées. Comment en effet accepter le « scandale » que constitue l'application d'une loi inconstitutionnelle, en particulier dans le domaine des libertés ?

1. Caractères essentiels de la QPC. – La QPC est une *question* de constitutionnalité qui déclenche, au terme d'une procédure de « filtrage », le contrôle *a posteriori* d'une disposition législative en vigueur. La question est

prioritaire, car la juridiction qui en est saisie (presque toutes peuvent l'être, à l'exception principale des cours d'assises) doit se prononcer par priorité sur sa transmission, avant de trancher un éventuel moyen tiré de la violation d'une disposition de droit international ou de droit de l'Union européenne. Le contrôle effectué est *a posteriori* (postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi) mais il reste pour l'essentiel, comme le contrôle *a priori* (antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi) de l'article 61, al. 2, un contrôle *abstrait*. (a) En vertu de l'art. 61-1, la QPC doit être posée « à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction » et il doit être « soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit ». Le juge ne peut soulever d'office la QPC. Il faut qu'elle émane d'une partie au litige. (b) Ce n'est pas n'importe quelle violation de la constitution qui peut déclencher une QPC. Il doit s'agir d'une « atteinte aux droits et libertés que la constitution garantit ». (c) Le CC n'est pas saisi du litige dans son entier, mais seulement d'une question de constitutionnalité, et cela sur le fondement d'un renvoi. Le juge du fond saisi d'une QPC doit vérifier si la disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites si elle n'a pas « déjà été déclarée

conforme à la constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du CC, sauf changement des circonstances », et si la question « n'est pas dépourvue de caractère sérieux ». Il doit aussi vérifier que la disposition législative n'a pas « déjà été déclarée conforme à la constitution » par le CC. Le juge du fond peut alors refuser la transmission ; il peut au contraire prendre la « décision de transmettre » la question au CE ou à la C. cass. Cela le conduit à surseoir à statuer. Le CE (s'il n'est pas d'ores et déjà juge du fond) ou la C. cass. sont alors saisis de la question d'inconstitutionnalité. Ils peuvent à leur tour décider de la renvoyer au CC s'ils constatent que les conditions que devait déjà vérifier le juge du fond sont réunies et que « la question est nouvelle ou présente un caractère sérieux ». Cela les conduit également à surseoir à statuer. CE ou C. cass. peuvent aussi rendre une décision de non-renvoi qui n'est pas susceptible de recours. Enfin, en cas de renvoi, le CC est saisi de la QPC. Il dispose de trois mois pour se prononcer. Les parties ainsi que certains organes constitutionnels (président, PM, présidents de l'AN et du Sénat) peuvent formuler devant lui des observations, et une procédure d'audience publique a été créée. L'art. 62, al. 2 C dispose qu'« une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'art. 61-1 est

abrogée à compter de la publication de la décision du CC ou d'une date ultérieure fixée par cette décision ». Ce terme d'*abrogation* signifie normalement que la disposition législative n'est anéantie que pour l'avenir. Toutefois, l'abrogation doit bénéficier au requérant, et doit porter ses effets sur les instances en cours à la date de la publication de la décision du CC. L'art. 62, al. 2 dispose d'autre part que « Le CC détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause. » La Constitution habilite donc le CC à moduler dans le temps les effets de cette abrogation. Elle dote le CC du pouvoir de repousser dans l'avenir les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité jusqu'à l'adoption d'une législation mise en conformité avec la constitution (ex. déc. n° 2010-14/22 QPC, « garde-à-vue »).

2. La place de la QPC dans le système constitutionnel français. – La QPC a permis de faire cesser des injustices (déc. n° 2010-1 QPC, « cristallisation des pensions ») ou de censurer l'imprécision de certaines rédactions législatives (déc. n° 2010-45 QPC sur les noms de domaine Internet ; décision n° 2012-240 QPC sur le harcèlement

sexuel). C'est déjà beaucoup. Mais elle reste un dispositif à bien des égards bridé. Le contrôle est limité par son objet (les seuls droits et libertés constitutionnels, même s'ils sont compris largement, au point d'inclure désormais, par exemple, la séparation des pouvoirs). Il permet certes de faire sortir une disposition liberticide de l'ordre juridique et non, comme le contrôle de conventionnalité, de la mettre seulement à l'écart à l'occasion d'un litige. Mais la liste des droits et libertés constitutionnels protégés n'est probablement pas beaucoup plus longue ni plus précise que celle résultant des engagements internationaux de la France. La procédure de filtrage est utile, mais elle limite sérieusement l'accessibilité de la QPC pour les justiciables (pour environ 4 000 questions posées depuis mars 2010, 250 seulement ont fait l'objet de QPC). Juges ultimes du renvoi, CE et C. cass. ont une large emprise sur les questions transmises et sur leur formulation. Le « filtre » pourrait bien devenir un « bouchon » (G. Carcassonne). Le CC n'est nullement saisi de l'intégralité du litige : il se borne à répondre à une question. Il n'y a donc pas réellement de « procès constitutionnel » devant lui, et son contrôle reste pour l'essentiel abstrait. Enfin, le CC n'a guère évolué ni en tant qu'institution ni par la méthode juridictionnelle qu'il emploie. Plus encore que les décisions

« DC » (contrôle *a priori*), les décisions « QPC » pèchent souvent par une insuffisance préoccupante de motivation. Le CC ne peut pas espérer rapprocher la constitution des citoyens par une jurisprudence aussi sèche, que même les techniciens peinent souvent à interpréter.

Avec la QPC, la constitution est mise en litige(s). Elle est rapprochée (non sans précautions) des justiciables, mais rien ne démontre qu'elle le sera des citoyens. Son impact politique sera limité : il n'y a pas à en attendre un surcroît de patriotisme constitutionnel. On ne voit pas non plus se profiler de révolution dans la protection des libertés. Son insertion dans notre système juridique est en train d'être régulée par une jurisprudence sélective et hautement technique. Au total, la QPC n'est ni anodine ni providentielle. Elle a rejoint le contrôle de conventionnalité parmi les outils qui complètent l'arsenal des avocats ; elle permet aux juridictions de piloter la mise à jour, désormais opérée en continuité, de la constitution. La QPC fait désormais partie du « confort moderne » de l'État de droit, même s'il s'agit d'un confort encore relatif.

Chapitre II

La souveraineté et l'État

L'action des institutions n'est pas entièrement compréhensible si l'on ne prend pas en compte leur appartenance à un ensemble plus large, dont la constitution est une représentation, et que l'on appelle l'État. On dit couramment des institutions évoquées précédemment qu'elles sont des « organes » de l'État, en ce sens qu'elles assument de manière coordonnée ses principales « fonctions », de même que les « organes » du corps humain en assument les fonctions vitales. Le droit que ces organes énoncent est, identiquement, imputé à l'État. Pour comprendre ce qu'est l'État, il est recommandable de passer par l'analyse d'une autre notion, celle de souveraineté. Certains lui accordent un rôle central. D'autres tendent au contraire à limiter son importance, voire à en nier l'existence. Cependant, s'il semble difficile de faire abstraction de l'idée de souveraineté, il paraît

néanmoins prudent d'admettre que sa signification et, par là, son rôle varient selon les systèmes constitutionnels. Dire que la souveraineté n'est pas telle que la décrivent ses théoriciens les plus fervents, ce n'est pas dire qu'elle n'existe pas.

La souveraineté présente un double visage : d'un côté, elle désigne le pouvoir qui est exercé au sein de la communauté politique, de manière à garantir son intégrité et celle des individus qui la composent. De l'autre, elle désigne le caractère de cette communauté politique saisie comme institution juridique, parce que la nécessité se fait sentir d'attribuer à ce « corps politique » des prérogatives et des obligations. On peut réunir ces différentes facettes dans une définition simple : *la souveraineté est une puissance de droit engendrant l'unité du corps politique*. Que l'on se concentre sur la puissance exercée, et l'on voit la souveraineté distribuée, selon différents principes d'ordre, à des institutions diversement organisées et dénommées (I) ; que l'on s'attache au résultat, et l'on voit un corps politique unifié, dénommé État, et méritant lui-même d'être dit souverain (II).

I. La souveraineté

1. La nature de la souveraineté

La souveraineté est autre chose qu'une force matérielle, ou un quelconque pouvoir de fait : elle est une puissance de droit. Parce que l'idée de droit a connu une évolution à travers le temps, la puissance impartie au souverain a elle-même été diversement conçue. D'abord, elle a pu recouvrir une qualité supérieure d'être, plaçant le souverain en dehors et au-dessus de la nature humaine : c'est la « dignité » ou « majesté » des souverains anciens. La digne nature des souverains était nécessairement accompagnée de droits et de prérogatives spéciales, différentes de celles des sujets. Une vaste littérature juridique fut, à la fin du Moyen Âge et pendant la Renaissance, consacrée à l'énumération des droits et des marques de souveraineté. La souveraineté était le propre d'une personne. Elle consistait en des droits qui étaient attachés à cette personne, et qui en étaient la marque, car on pouvait aller de ces droits à la dignité, ou souveraineté, de la personne. Inversement, l'on pouvait, une fois reconnue la dignité ou souveraineté de cette personne, en déduire qu'une série de

droits particuliers lui étaient attachés.

Très tôt, la puissance souveraine a été associée à l'exercice d'une volonté. Si la souveraineté, selon le mot de Bodin, « est de droit », c'est à la fois parce qu'elle est reconnue par le droit et parce qu'elle consiste en une capacité de produire du droit. C'est cette capacité de créer du droit à partir de rien que désigne le terme de « volonté ». Dès que la souveraineté a été identifiée comme la clé de l'ordre politique, elle a été associée à la puissance de faire les lois, ou pouvoir législatif. « Le point principal de la majesté souveraine, et puissance absolue, dit Bodin, gît principalement à donner loi aux sujets en général sans leur consentement » (*Id.*, I, 8, p. 204). La puissance législative est la marque du souverain. Mais l'autorité de la loi ne procède que de celle de son auteur. Préalablement au règne des constitutions écrites, il était évident que le souverain était libre de modifier les lois : il n'était pas lié par elles (*legibus solutus*). Dans le cas de la « loi » constitutionnelle démocratique, la même idée a été subtilement (mais décidément) infléchie : une fois la loi fondamentale adoptée, plus personne n'est intégralement libre vis-à-vis d'elle. Même le peuple ne détient plus que les prérogatives que la constitution lui attribue. En tant que législateur

souverain, c'est-à-dire pleinement libre, le peuple a épuisé son pouvoir en adoptant la constitution. S'il revient sur la scène, ce sera pour adopter une nouvelle constitution. En attendant, ce qui reste du peuple constituant, c'est l'acte qu'il a adopté, lequel est donc aussi souverain que son auteur. Il y a identité entre l'autorité de la constitution et l'autorité du souverain.

De la souveraineté comme puissance *de droit*, on semble passer alors à la souveraineté comme puissance *du droit*, impersonnelle, et s'imposant à tous. On en vient au même résultat lorsqu'il s'agit de consacrer des principes dont l'existence doit être indépendante de toute manifestation de la volonté humaine. C'est le cas par exemple des droits fondamentaux, parce que leur protection suppose que la volonté humaine ne puisse à proprement parler ni les créer ni les anéantir. Cependant, on ne peut en dernière analyse se reposer ni sur l'idée que la souveraineté se réduit toujours au pouvoir d'une personne ni sur la conception selon laquelle la puissance ultime doit revenir au droit et à lui seul. S'agissant des fondements du droit, il devient impossible de distinguer l'autorité personnelle et l'autorité du droit. D'abord, l'attribution de la souveraineté à une personne ne se réduit jamais au pouvoir brut d'un individu.

Elle est une puissance exercée dans les formes, pour les finalités, et selon les moyens du droit. On rencontre bien des situations où le pouvoir souverain est remis à un gardien, lorsque l'unité et la sauvegarde de la communauté politique sont en péril (v. l'art. 48 de la Constitution allemande de 1919 et l'art. 16 de la Constitution française de 1958). Et dans le silence des textes, le recours à un tel gardien (ou sauveur de la patrie) est aussi monnaie courante. Même dans de telles circonstances exceptionnelles, ce pouvoir de « dictature » concédé à un seul n'est pas un pouvoir de fait. Il reste gouverné par la finalité supérieure de sauvegarde de l'État, laquelle reste le dernier rempart du droit. Mais, là où se trouve ce qui sauve, là gît aussi le plus grand péril : plus aucune contrainte de droit ne retient alors le gardien de l'État, en dehors de l'obligation de sauver la patrie. En ce cas, la sauvegarde des sujets dépend ultimement de la vertu du sauveur.

À l'inverse, à supposer que l'on puisse la séparer de l'autorité de son énonciateur, la suprématie d'une règle (ou d'un ensemble de principes fondamentaux) n'a aucune portée juridique si elle n'est pas accompagnée de la désignation d'une ou plusieurs personnes chargées de la

faire respecter. Ce que font les textes qui affirment la supériorité du droit, c'est d'établir un lien entre des règles d'une importance particulière, énoncées par le souverain, et des institutions chargées d'en assurer la mise en œuvre. La Loi fondamentale allemande montre bien comment ce lien est établi : dans l'article premier, « le peuple allemand reconnaît à l'être humain des droits inviolables et inaliénables » (al. 2) qui « lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire » (al. 3). Quant à la Loi fondamentale elle-même, qui n'est pas reconnue mais édictée par le peuple allemand « en vertu de son pouvoir constituant » (Préambule), elle constitue un « ordre constitutionnel » qui « lie le pouvoir législatif » tandis que « les pouvoirs exécutif et judiciaire sont liés par la loi et le droit » (art. 20). Ce qui compte n'est pas tant la supériorité de l'homme sur le droit, ou du droit sur l'homme, que le lien profond qui les unit. Car l'histoire nous montre que l'on tend à restaurer l'autorité du droit quand il s'agit de faire cesser les abus du pouvoir personnel, et qu'inversement la volonté des hommes est nécessaire pour faire régner le droit. « Là où les lois ne peuvent plus être exécutées, a dit un grand philosophe, c'est comme s'il n'y avait plus de lois. » Et, pourrait-on ajouter, il faut des hommes pour faire les lois.

2. L'attribution de la souveraineté

De fait, la question du pouvoir n'est jamais une question abstraite. Du pouvoir, il faut avant tout se demander : à qui le confier ? Raisonner en termes de souveraineté, c'est répondre : à celui qui garantira l'unité et la sauvegarde de la communauté politique. L'idée de souveraineté a été mobilisée par des juristes et philosophes politiques (citons les noms du Français Jean Bodin et de l'Anglais Thomas Hobbes) qui ont considéré que, dans les temps de péril, la sauvegarde des individus (le fait d'échapper à la mort violente) dépendait de l'unité de la société politique. Celle-ci était, à leurs yeux, dépendante d'une unification rigoureuse du pouvoir entre les mains d'une seule autorité. Le souverain est cette autorité. Hobbes, qui a entrepris de fonder cette conception du pouvoir dans une réflexion philosophique, a fait de la souveraineté la condition même de l'existence de l'État. Il a mobilisé pour cela l'idée de représentation (v. aussi sur ce point : deuxième partie, p. 83 s.). Au sens que lui donne Hobbes, l'idée de représentation explique comment la totalité des individus se trouve unifiée dans une seule personne abstraite (ou «

morale ») dotée d'une seule volonté et agissant en son propre nom. En un mot : comment l'on passe d'un simple groupe d'individus à un État. Une manière de décrire la formation de l'État consiste à dire qu'il est créé lorsque tous les individus consentent à abandonner leur indépendance et leur « souveraineté » originelle (c'est-à-dire le pouvoir qu'ils détiennent sur eux-mêmes) au profit d'un souverain qui ne possède qu'une seule volonté et peut agir au nom de la collectivité. La souveraineté n'est plus dans les individus, mais dans la communauté politique qu'ils ont fondée.

La souveraineté démocratique. Pour la pensée classique, la souveraineté n'est absolue que si elle est unitaire, c'est-à-dire si elle réside dans une « seule » institution. Il n'est pas certain que cette unification complète du pouvoir politique dans le souverain absolu ait été réellement accomplie. Il n'est pas plus certain qu'elle soit indispensable pour garantir l'unité et la sauvegarde de l'État. Ainsi, en Angleterre, la souveraineté appartenait (et appartient toujours) au « roi en son Parlement » : trois institutions (monarque, Chambre des communes, Chambre des lords) se réunissent pour adopter un acte, lui-même qualifié (par extension) de souverain : la loi du Parlement. On peut en

déduire qu'il n'y a point de souverain. On peut aussi juger qu'il est abusif de ne reconnaître la souveraineté qu'à l'existence d'un titulaire unique de l'autorité politique : en Grande-Bretagne, il y a *unité du pouvoir souverain*, mais pas *unité du détenteur* de la souveraineté.

Dans la Constitution britannique, l'unité du détenteur de la souveraineté était rendue impossible par la diversité des représentations : celle du peuple par la Chambre des communes et celle de l'aristocratie et du clergé par la Chambre des lords. Si la Grande-Bretagne s'offrit très tôt comme un modèle de réalisation de la liberté politique, c'est précisément parce que les gouvernés étaient représentés par un peuple d'électeurs et par une institution, la Chambre des communes, qui participait à l'élaboration de la loi et au vote des impôts. Et de fait, dans les autres grands laboratoires du constitutionnalisme, les gouvernés se sont vu reconnaître progressivement une existence juridique et un rôle constitutionnel de plus en plus importants. La démocratie constitue l'aboutissement de ce processus. La définition la plus simple de la démocratie consiste à dire qu'elle est un régime de souveraineté du peuple. Celui qui était sujet du gouvernement devient détenteur de la puissance de

gouverner (v. deuxième partie, p. 72 s.). Cette attribution nouvelle de la souveraineté fait que la question de la représentation se pose en d'autres termes.

On peut tout d'abord s'interroger : si le peuple se gouverne lui-même, a-t-il besoin de représentants ? On prétend que la démocratie directe, c'est-à-dire un régime où le peuple se gouverne sans représentants, est possible. On la trouverait dans certains cantons suisses où tout le peuple se réunit pour voter les lois, ou bien, à l'époque où écrivait Tocqueville, dans les petites communes de Nouvelle-Angleterre où « la loi de représentation [n'était] point admise ». Certains la jugent aussi désirable, car, en démocratie, la représentation semble méconnaître l'exigence de donner le pouvoir aux gouvernés : n'établit-elle pas une distinction entre le représentant-gouvernant et le représenté-gouverné ? Sans avoir à se prononcer sur ce dernier point, on doit cependant douter de l'existence même de la démocratie directe. Même dans les assemblées de citoyens, les participants interviennent en tant que gouvernants, habilités à exprimer la volonté collective sous forme de mesures générales. Le citoyen qui a voté une loi de police à l'assemblée de son canton doit, dès que cette loi est adoptée, la respecter en tant que sujet. Il n'a pas le

pouvoir de lui désobéir en prétendant qu'il est un citoyen souverain dans une démocratie sans représentation. Les positions de gouvernant et de gouverné peuvent être exercées par les mêmes personnes, elles ne se confondent pas pour autant. La représentation n'est donc pas une option : tous les régimes démocratiques sont, à un titre ou à un autre, représentatifs. Démocratie et représentation ne sont plus jugées incompatibles, comme c'était le cas à l'époque des grandes révolutions (en France comme en Amérique, où Madison distinguait les « démocraties » des « républiques représentatives ») puis au début du xix^e siècle.

À la représentation souveraine succède, dans les démocraties modernes, le *gouvernement représentatif*. Le gouvernement représentatif repose sur une dissociation entre la souveraineté et le pouvoir de gouvernement. Le corps des gouvernés (« le peuple » de la Révolution américaine, la « nation » de la Révolution française) est censé y préexister à l'État. C'est lui qui, aux yeux du droit, l'a fondé. C'est lui le souverain. Par conséquent, il n'est pas question de dire que le gouvernant incarne seul l'État. Le gouvernement représentatif s'oppose à l'exercice direct du gouvernement par le souverain, que le grand juriste

français A. Esmein appelait le « gouvernement direct » et dont il affirmait qu'il était « le génie même de la monarchie pure ». Dans le gouvernement représentatif, le gouvernant n'est pas souverain. Il n'exerce la puissance de l'État que sur la base d'une habilitation.

La définition du souverain démocratique n'en soulève pas moins de grandes difficultés. Ces difficultés, qui sont essentiellement de *dénomination*, ne peuvent être mieux illustrées que par l'histoire de la souveraineté en France à la suite de la Révolution de 1789. L'idée dominante de la Révolution fut que l'ordre du pouvoir politique serait refondé de manière adéquate par une nouvelle attribution du titre de souveraineté. Dans la Constitution de 1791 se trouve l'énoncé selon lequel « Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément » (art. 3). De manière plausible, la finalité recherchée était, d'une part, d'esquiver le recours au terme de « peuple » pour désigner l'attributaire de la souveraineté ; d'autre part, de ne confier cette souveraineté ni au roi ni à l'Assemblée nationale législative. L'article 2 du titre III énonce que de « la nation [...] seule émanent tous les pouvoirs ».

Pour comprendre ce que recouvre ce mot de « nation », il faut prêter attention à la manière dont la Constitution de 1791 organise la désignation du « corps législatif », c'est-à-dire de l'Assemblée nationale. Elle est élue par un collège restreint de « citoyens actifs ». Peut-être les constituants de 1791 et leurs contemporains n'auraient-ils pas consenti à dire que ces citoyens actifs, sélectionnés selon un critère de revenu, « sont » la nation souveraine. Dans un système qui distingue ces citoyens des citoyens « passifs » qui n'ont le droit ni de voter ni d'être élus, les citoyens actifs sont, cependant, ce qui se rapproche le plus de cette nation souveraine. Les citoyens passifs n'ont aucune part à l'exercice de la souveraineté. Quant aux « électeurs » que désignent les citoyens actifs et qui, réunis en assemblées électorales, désignent les « représentants » qui eux-mêmes sont les membres de l'Assemblée nationale, ils exercent une fonction et ne peuvent être considérés comme les titulaires de la souveraineté. Tous ces indices ne conduisent pas nécessairement à conclure que la nation a été identifiée au corps des citoyens actifs. Mais le rôle qu'ils exercent dans le mécanisme constitutionnel est un des éléments à prendre en compte pour comprendre quelle était la conception de la souveraineté.

Si l'on examine la deuxième Constitution française, celle de 1793, et la Déclaration de droits qui la commence, on lit au contraire que « la souveraineté réside dans le peuple » (art. 25) et que « le peuple souverain est l'universalité des citoyens français ». Cela n'implique pas pour autant que la conception de la souveraineté a changé du tout au tout par rapport à 1789. Le corps législatif s'appelle « Assemblée nationale » et il est affirmé que « chaque député appartient à la *nation* entière », c'est-à-dire qu'il ne représente pas sa seule circonscription. Ces quelques éléments montrent la complexité du problème de la souveraineté dans la constitution « montagnarde ». Il semble difficile de faire apparaître une conception de la souveraineté qui se déduirait tout entière du seul fait que le mot « peuple » a été employé pour désigner son attributaire.

Il semble encore plus aléatoire de chercher à faire des Constitutions de 1791, d'un côté, et de 1793, de l'autre, les modèles de deux conceptions possibles de la souveraineté : l'une étant la « souveraineté nationale », l'autre la « souveraineté populaire ». C'est pourtant (comme l'a démontré G. Bacot, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, CNRS, 1985) ce qui a été fait par

beaucoup de spécialistes de droit constitutionnel français sous la III^e République. Là où la Constitution de 1875 ne procédait à *aucune* attribution explicite de souveraineté, beaucoup de juristes ont fait appel à une distinction élaborée sous la monarchie de Juillet, et selon laquelle on pouvait opposer à un « peuple » concret, composé d'individus ayant tous un titre à la souveraineté, et par conséquent atomisé, sans ordre ni cohérence, une « nation » abstraite, dissociable des individus, composée d'ailleurs, en plus de ces individus vivants, de ceux morts et de ceux restant à naître. Le recours à la distinction entre souveraineté nationale et souveraineté populaire ne peut donc pas trouver une justification suffisante dans l'histoire des constitutions révolutionnaires. Il n'en demeure pas moins qu'elle a été mobilisée de manière fréquente par les juristes français. On croit aussi en deviner l'écho dans le texte des deux dernières Constitutions écrites de la France : celle de 1946 et celle de 1958. L'article 3 de la Constitution de 1958 affirme ainsi que « la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum. Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice ». Malgré la proximité avec les formulations du passé, les finalités politiques et juridiques ont évolué. Il ne s'agit plus guère

de permettre une prise de distance vis-à-vis de l'opinion exprimée par le peuple, au nom d'une « nation » qui le dépasserait et ne se réduirait pas à lui. Et de fait, la formule de l'article 3 doit être lue en combinaison avec les dispositions du texte de 1958 qui attribuent au corps électoral des compétences autres que l'élection des représentants : par exemple celle de voter certains types de lois à l'occasion de votations référendaires (art. 11 C).

II. L'État

Tous ces débats, très complexes, sur la souveraineté montrent que la question centrale est de savoir qui détient le pouvoir de parler au nom de la communauté politique. Cette question est au cœur du problème de la représentation, et la réponse qui lui est apportée est formulée en termes de souveraineté. Le pouvoir souverain engendre ainsi l'unité du corps politique, et telle est la finalité ultime de l'idée moderne de souveraineté. Mais la souveraineté conduit à penser la communauté politique en des termes nouveaux : ses gouvernants et ses gouvernés ne font qu'un ; ils s'appartiennent mutuellement. Le droit appréhende cette unité supérieure sous le nom d'État. Il

est important de comprendre que l'État est à son tour désigné comme souverain, afin de résoudre différents types de problèmes juridiques.

1. L'appropriation des droits et la formation de l'État

Si l'on examine le passage à la conception moderne de la souveraineté, on relève qu'il s'est effectué par le moyen d'une appropriation de la puissance d'exprimer le droit (O. Beaud a parlé de « monopolisation » ; v. *La Puissance de l'État*, Puf, 1994). Dans le système juridique du Moyen Âge, plusieurs « droits » coexistaient, issus de la volonté de différentes personnes ou n'ayant pas leur source dans la volonté, comme il en est de la coutume. La souveraineté moderne a emporté la faculté de trancher définitivement au moyen de la loi toutes les questions, y compris celles touchant au bien et au mal et qui relevaient auparavant de ces prescriptions d'origines diverses. Mais cela n'a pas, dans un premier temps, impliqué la déchéance (sous la forme d'une perte d'autorité et de sens) du droit venu de Dieu ou de la nature. Le souverain ne pouvait se rendre maître du droit divin, mais il a revendiqué d'en être le

médiateur exclusif. Les princes temporels ont revendiqué une légitimité d'origine divine. Sur le fondement de cette légitimité, le souverain a en quelque sorte confisqué le pouvoir de dire le droit : c'est la formulation donnée par lui des prescriptions relatives au bien et au mal qui a autorité, à l'exclusion de toute autre. Le droit divin ou naturel, avant de cesser à l'époque moderne d'être vu comme du droit, a commencé par ne plus être opposable au souverain. Ce fut une étape préparatoire du processus de laïcisation du pouvoir.

À l'horizon de ce processus d'appropriation, on voit se dessiner un pouvoir si étendu qu'il a pu être qualifié d'absolu. Mais le terme le plus juste est celui de compétence universelle (ou, en dépit de son inélégance, d'« omniscience »). Tout ce qui pouvait être fait au moyen du droit a été reconnu comme étant de la compétence sans appel du souverain. En reconnaissant au souverain l'intégralité des compétences possibles, on s'est irrévocablement déplacé de l'énumération consciencieuse des « droits » ou « marques » de souveraineté vers une étape nouvelle, où les droits de souveraineté sont jugés inséparables les uns des autres. La souveraineté a été regardée comme un « faisceau indivisible de compétences

», un ensemble « indisponible » de pouvoirs que seul détient le souverain et par lesquels il se définit. Les droits et marques de souveraineté sont greffés sur le souverain, et on s'est habitué à deviner sa silhouette sous cette sorte de carapace qu'ils dressent autour de lui. À partir de « droits » – mais aussi de devoirs – fragmentaires, on arrive à une force homogène, de l'existence de laquelle ils ne sont que les multiples symptômes. Cette force homogène, conçue comme l'attributaire de l'intégralité des droits de domination nécessaires à l'accomplissement du bien public, c'est l'État. Plus qu'un ensemble de droits, de pouvoirs, de prérogatives, il a été compris comme une *institution* (la réunion de toutes les autres institutions) qui existe séparément de toutes ces marques, puisqu'elles lui sont attribuées. Pour marquer la cohérence de cette institution, on dira d'elle qu'elle est une *personne*. Et comme il ne s'agit manifestement pas d'une personne physique, on parle de personne « morale », ce qui veut dire « instituée ».

Si le corps politique peut être comparé à une personne, c'est en raison de la cohésion qu'établit la souveraineté entre les gouvernants et les gouvernés. La souveraineté consiste, dit-on, dans le fait de « n'être vis-à-vis d'aucune

autre autorité dans une position d'infériorité », ou encore de « ne pas reconnaître de supérieur ». Mais ces formules ne doivent pas abuser. La souveraineté n'est pas une puissance universelle, telle la plénitude de puissance que revendiquaient les papes médiévaux et qui était une autorité sur tous les hommes indistinctement, de quelque prince temporel qu'ils fussent les sujets. Le monopole de la puissance de droit entraîne au contraire la formation d'une société politique refermée sur soi. Le souverain n'est un « supérieur absolu » que vis-à-vis de ses « sujets ». La souveraineté est une forme que prend la relation entre gouvernant et gouverné, où sont distribuées avec netteté les positions possibles vis-à-vis du droit. Les rôles du supérieur et de l'inférieur sont répartis clairement et ne sont pas échangeables. Jusque sur l'échafaud d'où il prononça son dernier discours le 30 janvier 1649, le roi Charles I^{er} rappela que les sujets ne devaient pas être les titulaires du gouvernement, qui « n'est rien qui leur appartienne », car « un sujet et un gouvernement sont des choses clairement différentes » (*are clean different things*). D'un côté, le souverain est celui qui est libre vis-à-vis du droit : il n'y est pas soumis, il peut l'édicter, le modifier et le supprimer. De l'autre, le sujet est celui qui est soumis au droit, celui auquel s'adresse l'obligation énoncée dans la

règle de droit. Le terme de « peuple » désigne avant tout l'ensemble des sujets, au sens de destinataires du droit, considérés comme formant un corps. Le fait que la souveraineté ne porte que sur un groupe déterminé d'individus conduit à reconnaître au sujet un statut de droit, qui le distingue de l'étranger.

2. La souveraineté de l'État et ses conséquences juridiques

L'idée moderne de souveraineté entraîne dans la définition du pouvoir politique un changement irréversible, que l'on peut caractériser comme le passage à l'État. Le lien entre État et souveraineté se situe à plusieurs niveaux. D'une part, la souveraineté est le critère de l'État. D'autre part, l'appropriation sans partage par l'État des droits de domination fait qu'il est en quelque sorte le titulaire unique de la souveraineté, en ce sens que tous les actes juridiques réalisés dans le ressort de la puissance souveraine peuvent lui être imputés. La question devient celle de la répartition des droits de souveraineté à l'intérieur de l'unité ainsi réalisée. On ne parle plus guère alors de « droits » du souverain, mais de « compétences » juridiques à l'intérieur

de l'État. Enfin, l'État est souverain au sens où l'unité de son pouvoir doit être reconnue par les autorités politiques existant en dehors de son ressort territorial, en un mot, par les autres États. C'est la raison pour laquelle on parle parfois, pour évoquer les différentes attributions de souveraineté dans les constitutions écrites, de souveraineté « à l'intérieur de l'État ». Cette souveraineté est liée au fait que les institutions attributaires de la souveraineté peuvent valablement exprimer la volonté de l'État, ou que la règle à laquelle est accordée la suprématie est celle au moyen de laquelle est exprimée ladite volonté. Les autorités exprimant la volonté de l'État sous une forme juridique adéquate sont appelées ses *représentants*. D'une certaine manière, même le peuple des démocraties n'est « souverain » qu'en tant qu'il exprime une volonté qui est celle de l'État (v. l'art. 20 de la Loi fondamentale allemande de 1949).

La souveraineté peut cependant être attribuée directement « à l'État » afin de résoudre différentes catégories de problèmes. Paradoxalement, ces problèmes ne sont pas systématiquement traités par le droit constitutionnel, parce que celui-ci s'intéresse plus spécifiquement à la manière dont sont organisées les relations de pouvoir entre

les gouvernants et les gouvernés. Mais il y a, en droit constitutionnel ou dans d'autres « branches » du droit, des situations juridiques où il est nécessaire d'imputer des actes à la personne juridique la plus élevée, et par conséquent de se référer à elle comme souveraine. C'est le cas dans la vie interne de l'État, par exemple pour faire apparaître sa relation de supériorité vis-à-vis d'autres collectivités infraétatiques (telles que les collectivités territoriales en France). Faire de l'État une personne souveraine permet aussi de faire remonter à son niveau un certain nombre de droits et d'obligations. On peut alors parler de « responsabilité de l'État », de « dette publique », etc.

S'en rapporter à l'État plutôt qu'à des institutions particulières est enfin indispensable lorsque la communauté politique doit être appréhendée comme une totalité, ce qui est le cas dans la société internationale. Dans l'Europe de la sortie du Moyen Âge, la souveraineté accompagne la formation d'entités territoriales autonomes. Le souverain n'ayant aucun supérieur, mais ne prétendant pas à être le supérieur de tous (c'est-à-dire à un pouvoir universel), il se reconnaît des égaux. Se dégage ainsi une société d'États, dominée par un principe de stricte égalité.

Le gouvernant monopolise l'édiction du droit pour un certain nombre de gouvernés, d'une manière qui est propre à chaque État. La souveraineté entraîne donc la dissociation de droits « nationaux ». Sans cette distinction entre des sphères juridiques nationales, il ne serait pas possible de penser l'existence d'un droit « international ».

Chapitre III

Les formes de l'unité politique

Les mots d'« État » et de « souveraineté » (l'un décrivant la forme politique, l'autre le type de pouvoir qui en garantit l'existence) peuvent être employés pour décrire des ordonnancements assez divers. De fait, la tentation a toujours été grande de rechercher une forme politique ayant les avantages de l'État (unité et sauvegarde des sujets) sans avoir certains de ses inconvénients (manque de liberté des individus ou des minorités, centralisation excessive) (I). Au-delà de l'État se trouve la société internationale, espace où se déploient également des projets d'unification politique ; l'exemple de l'Union européenne permet d'examiner concrètement s'il est possible de concevoir un droit politique à l'échelle de plusieurs États (II).

I. État et fédération

Un rapide survol des constitutions des grands pays du monde fait apparaître deux formes privilégiées de réalisation de l'unité politique. Dans le premier cas, l'accent est mis sur l'« indivisibilité » de l'État (c'est-à-dire de la communauté politique). Cette indivisibilité est réalisée par une concentration aussi grande que possible du pouvoir politique. Le terme couramment employé est alors celui d'État « unitaire ». Dans le second cas, c'est une logique différente qui prévaut : il ne s'agit pas de mettre l'accent sur l'idée que l'État constitue un tout insécable, mais de prendre acte de l'existence d'entités politiques qu'il s'agit d'unifier sans les dissoudre. On parle alors de fédération.

1. L'État « unitaire »

n'est autre que l'État dans sa forme classique, rassemblant un seul peuple sur un territoire indivis. L'adjectif « unitaire » ne s'impose qu'en raison de l'apparition ultérieure d'États ayant à résoudre un problème plus complexe : celui de la coexistence en leur sein d'entités politiques

indissolubles. En un mot, le type abstrait de l'État « unitaire » procède avant tout d'une extrapolation à partir de l'expérience historique de la France. Même la splendide unité britannique (qui est aussi, territorialement, un splendide isolement : une insularité) ne se coule que malaisément dans cette forme spécifique : elle résiste à l'idée d'État, à la fois parce qu'elle ne l'atteint pas (l'autorité publique y reste une « couronne ») et parce qu'elle la dépasse (la Grande-Bretagne est avant tout un *Empire*).

Dans beaucoup de cas, la loi constitutionnelle écrite de l'État unitaire comporte une affirmation selon laquelle la communauté politique est « indivisible » (v. l'art. 1^{er} de la Constitution française de 1958 : « La France est une République indivisible »). Cette prescription est réalisée par l'attribution de la souveraineté à un détenteur unique. En France, depuis 1958, le juge constitutionnel a veillé à ce que l'attributaire de la souveraineté reste juridiquement unifié. Le CC a ainsi censuré une disposition qui tendait à faire reconnaître l'existence d'un « peuple corse, composante du peuple français » (décision 91-290 DC du 9 mai 1991). Mais il a, plus récemment, consenti à ce que l'on puisse distinguer le peuple français du peuple des

territoires d'outre-mer, motif pris de ce que « la Constitution de 1958 a distingué le peuple français des peuples des territoires d'outre-mer, auxquels est reconnu le droit à la libre détermination et à la libre expression de leur volonté » (décision n° 2000-428 DC du 4 mai 2000, *Loi organisant une consultation de la population de Mayotte*). Le principe d'indivisibilité du corps politique et celui d'unité du détenteur de la souveraineté ont un effet sur l'organisation institutionnelle de l'État « unitaire » : son territoire est unifié, en ce sens qu'il n'est soumis qu'à l'autorité d'un ensemble défini de pouvoirs publics. En un mot, il n'y a qu'un seul « État ». Cela n'exclut pas l'existence à l'échelon local de collectivités subordonnées, qui se définissent juridiquement par une compétence territoriale plus réduite (en France, par exemple : les régions, les départements, les communes...). Ces collectivités sont appelées « territoriales » par l'article 72 de la Constitution française. Elles ont une dimension politique, puisqu'elles procèdent le plus souvent de l'élection (v. le même art. 72), mais aucune part ne leur est reconnue dans l'exercice de la souveraineté.

Dans l'État « unitaire », la réalisation de l'unité politique au moyen d'une concentration du pouvoir souverain

conduit à une organisation juridique spécifique. Une fois de plus, c'est en portant son attention sur la loi et la manière dont elle est faite que l'on appréhende le plus adéquatement cette spécificité. Plus on est proche du modèle pur de l'État unitaire, plus le pouvoir législatif devrait être concentré entre les mains d'une seule autorité, habilitée et légitimée par le souverain. Ainsi, selon le texte adopté en 1958, le Parlement était en France le seul législateur pour toute la république. En vertu de l'article 72 de la Constitution, « dans les conditions prévues par la loi » les collectivités territoriales « s'administrent librement par des conseils élus ». C'est reconnaître une valeur constitutionnelle au principe de libre administration et à la nature « politique » (puisque élective) des collectivités territoriales. Mais c'est aussi s'en remettre à la loi pour organiser cette liberté et en fixer les limites. La France s'est engagée, depuis 1982, dans une ambitieuse réforme décentralisatrice qui vise à transférer, par des lois, des compétences limitativement énumérées et les moyens qui leur correspondent à des collectivités locales qui constituent des personnes juridiques distinctes de l'État. L'article 1^{er} de la Constitution, dans sa rédaction issue de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, dispose désormais que « l'organisation » de la république « est

décentralisée ». La décentralisation se distingue de la « déconcentration » qui est une méthode de distribution du pouvoir de décision au sein d'une même personne juridique. Lorsqu'une loi confère aux communes les compétences en matière de gestion des écoles primaires ainsi que des ressources fiscales, il y a décentralisation. Lorsqu'un ministère transfère un pouvoir de décision d'une de ses administrations centrales au profit, par exemple, d'un préfet ou d'une direction départementale, il y a déconcentration.

Le modèle unitaire, qu'il soit ou non décentralisé, repose sur l'unification du pouvoir législatif. Il est dans ces conditions difficile d'expliquer une évolution récente commune à beaucoup d'États dits « unitaires » et tendant au fractionnement du pouvoir législatif. Plus ce fractionnement est grand, moins il est pertinent de parler d'État unitaire. En France, le CC a longtemps fait obstacle à un tel fractionnement, jugé incompatible avec le principe d'indivisibilité de la république. Mais ce que le juge constitutionnel a interdit, des révisions constitutionnelles l'ont rendu possible s'agissant de territoires d'outre-mer. Adoptée à la suite de la révision constitutionnelle du 20 juillet 1998, la loi organique du 19 mars 1999 relative à la

Nouvelle-Calédonie habilite ainsi le Congrès de cette collectivité à adopter des « lois du pays » ayant « force de loi ». On peut certes dire que la France n'a transféré ce pouvoir de faire la loi qu'à des collectivités ayant vocation à l'indépendance. Mais il est beaucoup plus difficile de maintenir dans le cadre « unitaire » les États qui – tels l'Italie ou l'Espagne – ont mené à bien un processus approfondi de « régionalisation ». Pour ne prendre que le premier cas, la Constitution italienne dispose à la fois que la république est « une et indivisible » et qu'elle « favorise les autonomies locales ». Cette faveur s'est traduite par la création de « régions » dotées d'un pouvoir législatif. Ce pouvoir législatif est plus ou moins étendu selon le type des régions concernées (à statut spécial ou à statut ordinaire). Il n'est peut-être pas inutile de se rappeler que l'Italie ou l'Espagne n'ont, à travers leur histoire, jamais été aussi unifiées et centralisées que la France.

2. Fédération et État fédéral

Tout autre est le principe de la fédération : il s'agit de réaliser la coexistence d'entités politiques dont l'existence doit être préservée dans un ensemble plus large et

présentant, malgré tout, le plus grand degré d'unité politique possible. « La question ultime de la fédération est de savoir s'il est possible d'unir par un lien solide (le lien fédératif) des entités politiques différentes, qu'on appelle États, sans qu'elles perdent ce caractère d'États. Le problème fondamental posé par l'idée de fédération [est] celui de l'union ou de l'association de pouvoirs distincts » (O. Beaud, « Fédéralisme et souveraineté (notes pour une théorie constitutionnelle de la fédération) », *RDP*, 1998, p. 98). Le concept de « fédération » vise seulement à décrire cette situation de départ. Il ne va pas au-delà et ne renferme pas la promesse d'un cadre institutionnel entièrement défini. La fédération peut être réalisée dans un « État fédéral ». Elle peut demeurer à des stades moins aboutis (ou à des formes restant à répertorier) d'unification au sujet desquels parler « d'État fédéral » serait malmenager la réalité.

Qu'est-ce que l'État fédéral ? On a pu douter de la possibilité de réaliser l'ambition fédérative dans le cadre d'un État. L'État se reconnaît à l'existence d'un pouvoir souverain, dont l'identification est très difficile dans le cadre fédéral. La souveraineté n'appartient certainement pas aux collectivités (ou « États ») fédérées, du fait de leur

insertion dans un ensemble plus large, auquel elles reconnaissent des prérogatives essentielles. Mais la souveraineté n'est pas pour autant « transférée » explicitement à l'institution que les collectivités fédérées s'accordent à constituer (la fédération). En effet, cette fédération n'est pas totalement libre : elle doit respecter l'existence des « États fédérés ». Cependant, les constitutions fédérales ne sont pas sans procéder à certaines formes d'attribution de souveraineté. On retrouve par exemple dans la Constitution américaine de 1787, et de manière encore plus explicite dans la Loi fondamentale de la République fédérale allemande de 1949, la double affirmation de la souveraineté du peuple et de la suprématie de la loi constitutionnelle écrite. L'existence de ces principes, dont le rôle unificateur est indiscutable, fait qu'il est difficile de nier l'existence d'une souveraineté – au sens de pouvoir de droit réalisant l'unité du corps politique – dans les États fédéraux. Leur absence convaincrerait que l'on est encore dans un stade de rapprochement interétatique, tel que celui opéré par certains traités au moyen desquels des États « souverains » mettent en commun certaines compétences et créent éventuellement des organes communs. Mais la frontière entre ces institutions interétatiques et l'État fédéral n'est

pas nette : par exemple, le terme de « confédération » cache parfois de simples organisations internationales, parfois au contraire (comme dans le cas de la « confédération » américaine issue des « articles » de 1777) un État fédéral, inaccompli certes, mais dans lequel les États membres ont abandonné des compétences trop grandes (par exemple, le pouvoir de faire la guerre) pour que leur souveraineté demeure intacte.

Dans l'État fédéral, donc, l'unité politique est garantie, mais la souveraineté n'est pas clairement transportée dans le « gouvernement national », ni intégralement conservée par les États fédérés. Cela donne un rôle très important à la Constitution. Elle retrace l'engagement mutuel des États membres de constituer ensemble une nouvelle entité fédérative. Elle a vocation à préserver leur existence et leurs droits dans le cadre de l'État fédéral dont elle est le statut. Négativement, la Constitution fédérale garantit des prérogatives qui ne peuvent être retirées aux États membres par l'État fédéral et sa législation. Positivement, elle organise leur participation au fonctionnement de certains organes fédéraux parmi les plus importants. C'est notamment le cas de la seconde chambre dite fédérale (le Sénat américain, le *Bundesrat* allemand), qui assure ce rôle

de participation non seulement dans l'adoption de la loi, mais encore à travers les compétences exécutives, voire administratives (*Bundesrat*) que lui reconnaît la Constitution.

Le « pacte fédératif » (O. Beaud) peut être compris comme le dépôt de la volonté constituante du peuple (cf. le Préambule de la Constitution américaine ou l'art. 20 LF). Mais, que cela soit dit ou non, il scelle aussi le consentement exprimé par les États membres à la formation de l'État fédéral. La Cour suprême américaine a rappelé que « bien que la Constitution établisse un gouvernement national doté d'une autorité large, et souvent plénière, sur les matières reconnues de sa compétence, le document fondateur «reconnaît explicitement les États comme des entités souveraines» » (C. S., *Alden v. Maine*, 98-436, citant *Seminole Tribe of Fla. v. Florida*, 517 US 44 ; v. aussi les lettres 9 et 62 du *Fédéraliste*). Leur « souveraineté » n'est limitée que dans la mesure où la Constitution le prévoit. Même s'il ne reste de cette souveraineté qu'une trace infinitésimale, ladite trace demeure indélébile. Les États membres conservent une « constitution », qui est à l'origine de l'existence d'institutions propres, ainsi que d'un pouvoir législatif

initial. Le rôle du pacte fédératif est de faire apparaître la manière dont ces organes de l'État fédéré et ceux du gouvernement « fédéral » sont coordonnés. Il le fait d'abord en imposant certains principes communs. Par exemple l'article 28 de la Loi fondamentale allemande énonce que « l'ordre constitutionnel des *Länder* doit être conforme aux principes d'un État de droit républicain, démocratique et social au sens de la présente Loi fondamentale ». L'un de ces principes, qui est l'un des piliers de l'ordre juridique fédéral, est celui selon lequel le droit de la fédération prévaut sur le droit des États fédérés tant que la fédération agit dans le cadre de ses compétences : ce principe est ainsi affirmé explicitement dans l'article 31 de la Loi fondamentale de 1949 (reprenant l'art. 13 de la Constitution de Weimar). Le pacte fédératif répartit ensuite les compétences entre le niveau fédéral et le niveau fédéré. D'abord, la constitution va énoncer une clé de répartition, en établissant à quel échelon appartient la compétence de droit commun, c'est-à-dire à défaut de dispositions explicites : cette compétence peut-être reconnue aux entités fédérées. Ainsi, la Constitution des États-Unis énonce, dans son X^e Amendement, que « les pouvoirs non délégués aux États-Unis (c'est-à-dire à la fédération) par la Constitution, ni refusés par elle aux

États, sont réservés aux États respectivement, ou au peuple ». Une disposition d'effet comparable se trouve dans l'article 30 de la Loi fondamentale. C'est également le cas en Suisse. La compétence de droit commun peut, plus rarement, être attribuée à l'État fédéral. C'est le cas au Canada, où la fédération se voit dotée par la Constitution d'une compétence de droit commun (*peace, order and good government*). Ensuite, la Constitution va explicitement répartir des compétences entre les deux échelons. En Allemagne, par exemple, puisque la compétence de droit commun appartient aux *Länder*, il est inutile d'en énumérer les composantes : elle porte sur toutes les matières, sauf celles réservées à la fédération. Au contraire, du fait que la compétence de la fédération n'est pas le droit commun, elle ne peut intervenir que dans les cas prévus par la Constitution.

II. Un droit politique de la sphère internationale ? L'exemple de l'Union européenne

La pluralité des États conduit à envisager leur coexistence dans le cadre d'un « milieu international », qui peut aussi être appelé « société internationale » si l'on veut mettre l'accent sur le rôle joué dans sa formation par la volonté des États qui le composent. Ce milieu est régi par le droit international. La première prétention du droit international, c'est d'exister. Exister, pour le droit international, c'est s'imposer aux États, qui sont, en tant qu'unités de base de la société internationale, ses principaux sujets. Mais les États sont également les principaux créateurs du droit international, ainsi que ses agents d'exécution. Ayant à exprimer « la nature et les conditions d'existence du droit international » à l'occasion d'un litige entre la France et la Turquie, la Cour permanente de justice internationale (prédécesseur de l'actuelle Cour internationale de justice) avait dit en 1923 que « le droit international régit les rapports entre des États indépendants. Les règles de droit liant les États procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la coexistence de ces communautés indépendantes ou en vue dans la poursuite de buts communs » (aff. dite du Lotus, arrêt n° 9, rec. série A, n° 10, p. 18). Cette définition fait bien

apparaître le paradoxe des relations entre droit interne et droit international : l'un est indissociable de l'idée de souveraineté, qui fait des États à la fois les sujets et les auteurs (sinon toujours par une volonté expresse, du moins par un consentement) du droit international ; l'autre émet, malgré cette dépendance vis-à-vis de la volonté des États, une prétention à la primauté qui transformerait, si elle était intégralement accomplie, ces droits nationaux en ordres juridiques subordonnés, donc non souverains.

L'existence et le développement du droit international sont en effet indissociables d'une aspiration au développement d'une société politique internationale et d'un droit politique universel (cosmopolitique). Cette aspiration s'est concrétisée, au niveau mondial, à travers les expériences de la Société des Nations puis de l'ONU. Mais c'est dans l'expérience de la construction européenne que l'on peut voir le plus nettement les difficultés d'un droit politique à l'échelle internationale. Peut-on concevoir un corps politique qui réunisse plusieurs États dont la pleine souveraineté reste préservée ? Le fait même de poser ainsi la question exclut de définir l'Union européenne elle-même comme un État – et, en particulier, comme un État fédéral. Pour autant, à certains égards, l'Union européenne (UE)

s'apparente à un État : elle se compose d'un cadre institutionnel et d'un ordre juridique propre, le droit de l'UE. Il est aussi possible d'identifier au sein de cet ensemble l'existence de ces relations élémentaires du droit politique que sont la représentation et la responsabilité politiques.

Les traités constitutifs, constamment révisés et aménagés, ont créé un ensemble d'institutions qui assurent le fonctionnement de l'UE. Le cœur de ce système est composé, outre la CJCE, par le « triangle institutionnel » : le Conseil des communautés, qui est à la fois le législateur communautaire et l'exécutant de droit commun ; la Commission européenne, qui dispose du monopole de l'initiative de la législation communautaire et qui est, en pratique, le délégataire du pouvoir d'exécution ; le Parlement européen désigné au suffrage universel dans les États membres et qui représente les peuples de l'Union. Sans chercher à approfondir la description de cette machinerie institutionnelle, on peut certainement identifier en son sein comment se forme une volonté juridique proprement communautaire (qui ne se réduit pas à la somme des volontés exprimées par les États membres), et donc comment se noue cette relation constitutionnelle de

base qu'est la représentation. Cela est visible dans le processus législatif : certes, le législateur communautaire est le Conseil, un organe essentiellement intergouvernemental qui réunit les représentants des États membres. Mais l'initiative des mesures communautaires appartient à la Commission qui est indépendante des États membres et qui a pour mission de défendre le seul intérêt de la communauté, en tant que celui-ci dépasse les intérêts propres des parties constitutives. D'autre part, le Parlement, qui représente le peuple des États, prend une part croissante à la législation, à travers notamment les procédures de codécision. Enfin, de manière moins visible mais au moins aussi importante, le même résultat est atteint par la multiplication (grandement favorisée par l'Acte unique de 1986) des hypothèses où le Conseil peut voter une mesure à la majorité qualifiée et non à l'unanimité : dans ce cas, un État membre peut se voir imposer une mesure à laquelle il n'a pas formellement consenti. Sans diminuer le rôle (toujours prépondérant) des États membres dans la création du droit de l'UE, on voit ainsi comment se forme une volonté communautaire, elle-même à l'origine d'un droit spécifique. Le fondement le plus solide sur lequel s'est appuyée la construction de l'Europe (et en même temps, au bout du compte, le sol le

plus incertain pour la formation d'une union politique), c'est en effet le droit de l'UE. Les traités institutifs ont créé un corps de règles dites « dérivées » (spécialement des « règlements » qui sont directement applicables dans les droits nationaux, et des « directives » qui s'imposent par les objectifs qu'elles assignent – et qui doivent faire l'objet de mesures nationales de transposition). La Cour de justice des Communautés européennes a décidé, dans le silence des traités, que ces règles constituaient un « ordre juridique communautaire » dont les « caractéristiques essentielles [sont la] primauté par rapport au droit des États membres ainsi que l'effet direct de toute une série de dispositions applicables à leurs ressortissants et à eux-mêmes » (v. l'avis 1/91 de la Cour). La primauté interdit que l'État membre puisse faire prévaloir une disposition de son droit interne pour contourner ses obligations communautaires. L'effet direct est soit une propriété de base de la législation communautaire comme dans le cas des règlements, soit une mesure de sanction, comme lorsqu'un État ne s'est pas adéquatement acquitté de son obligation de transposer une directive. Les relations ainsi tissées entre l'ordre juridique communautaire et les droits internes des États membres montrent comment ces derniers, tout en conservant leur qualité d'État et leur « souveraineté », sont les principaux

agents d'exécution du droit de l'UE. Le contrôle du respect de ces obligations appartient en premier lieu aux juridictions nationales, mais la CJCE joue un rôle majeur de coordination et de formulation des règles principales du droit de l'UE.

Pourtant, la réunion de tous ces éléments (des institutions propres, un droit caractérisé par la primauté, une forme de représentation politique et, comme on pourrait le montrer, certaines traces de responsabilité politique) ne suffit pas à faire en sorte qu'il y ait un corps politique européen ni une véritable constitution de l'Europe. En 2005, une majorité de l'électorat français a refusé d'autoriser la ratification d'un « traité établissant une constitution pour l'Europe » (TCE) qui lui était soumis par la voie du référendum. Même si l'on peut discuter de sa signification, ce rejet n'est pas accidentel. Il sanctionne, entre autres choses, le fait que, malgré tous les efforts en ce sens (c'est-à-dire y compris si le TCE avait été approuvé), la construction communautaire n'a pas à ce jour trouvé les moyens de parvenir à cette « union politique » qui est son but explicite, tandis que le droit de l'UE, qui, en tant que « système de droit autonome », est l'originalité et le trait distinctif de cette construction, n'est pas parvenu à

devenir un droit politique. La cause essentielle n'en est pas l'absence, souvent déplorée, d'un peuple européen, car, hormis le fait que cela revient à reprocher à l'Union européenne de ne pas être un État (ce qu'elle ne peut pas être), il faut encore se demander pourquoi, s'il n'y avait pas de *demos* européen en 1957, il n'y en a pas un aujourd'hui.

De fait, le droit de l'UE n'a pas été en mesure d'aider à forger une communauté politique européenne. On peut en esquisser certaines raisons : dans sa situation historique présente, l'Europe est plongée dans le doute quant à son identité politique. Cette hésitation se trouve exprimée par l'insistance sur des valeurs universelles qui, aussi sublimes soient-elles, ne lui sont pas spécifiques (cf. l'art. I-2 du TCE) et n'ont même de sens que si elles ne le sont pas. S'ajoute à cela l'incertitude affectant la délimitation géographique de l'Union : il est significatif que la réflexion autour du TCE n'ait pas inclus la question politique par excellence, celle de l'élargissement de 15 à 25 membres, et que le processus de ratification du traité soit intervenu lorsque cet élargissement était un fait accompli, et avant d'accueillir de nouveaux États candidats. Ce doute sur les fins est d'ailleurs un trait historique de la construction

européenne : n'était-il pas déjà à l'œuvre dans la double stratégie d'unification par l'économie (plutôt que par la politique) et par le droit des juges (plutôt que celui voulu par les peuples) qui a été celle des pères fondateurs de l'Europe et de leurs successeurs ? Cette double stratégie a conduit le droit de l'UE à devenir le droit d'une « société civile » élargie à un groupe d'États, dont il est parvenu (souvent efficacement) à régler les rapports de bon voisinage. Il n'a pas trouvé en lui les moyens d'être le droit d'une véritable communauté politique, quelle qu'en soit la forme. Les grandes constructions qui jettent ensemble des peuples et les fondent en une totalité nouvelle ne sont jamais seulement l'ouvrage de la bonne volonté historique, de l'efficacité (économique ou autre) et de la pureté morale. Les Droits de l'homme et le marché ne font pas une constitution. Si elle parvient à provoquer un effort de recomposition institutionnelle, notamment dans le domaine de la politique économique, la crise financière menaçant depuis 2008 les fondements de la construction européenne fera peut-être plus pour l'Union que la commission Giscard lorsqu'elle avait rédigé le « traité constitutionnel ».

DEUXIÈME PARTIE LA LÉGITIMITÉ

Chapitre I

Les fondements de la légitimité

La légitimité est le plus obscur des phénomènes constitutionnels. La confiance des gouvernés peut se passer d'un principe clair. Un principe clair peut échouer à la faire naître. Si l'on cherche à apercevoir, non pas tous les visages possibles de la légitimité politique, mais seulement ceux qui ont joué un rôle dans l'histoire des formes constitutionnelles, on peut identifier trois sources. La légitimité peut d'abord être d'origine divine. Se référer à Dieu résout aussi fortement que possible le problème du pouvoir politique, parce que la religion est une explication complète du monde, et que l'autorité divine est la plus grande qu'un homme puisse concevoir. C'est le fondement sur lequel ont reposé les monarchies occidentales.

Plutôt que sur un fondement extérieur au monde, la légitimité peut reposer sur l'aptitude. Puisque le pouvoir suppose qu'il y ait deux positions, celle de gouvernant et celle de gouverné, une solution – celle des républiques de l'Antiquité ou de cités-États médiévales comme Venise – consiste à confier le pouvoir à un groupe dans la société, en justifiant cette attribution de la souveraineté par une raison valable. La raison la plus simple que l'on puisse imaginer est tout simplement la capacité : la détention du pouvoir est justifiée par l'aptitude à gouverner. Cette justification du pouvoir par l'aptitude est indépendante du nombre : on peut imaginer le gouvernement d'un seul, ou bien encore du plus grand nombre, sur une telle base. Mais cette sorte de légitimité a surtout été mobilisée dans les « aristocraties » traditionnelles, où cette aptitude était reconnue de manière stable à un petit nombre de personnes dans la société.

Il existe une dernière source de légitimité, qui ne repose pas sur la transcendance divine, ni sur la prétention d'une classe distincte à exercer le pouvoir parce qu'elle y serait plus apte que le reste de la société. C'est la démocratie. En tant que forme de la souveraineté, la démocratie consiste dans le fait de confier le pouvoir au groupe social tout entier : une formule célèbre caractérise la démocratie

comme gouvernement « du peuple, par le peuple, pour le peuple » (Lincoln). Mais la légitimité n'est démocratique que si le pouvoir est confié au peuple tout entier, non pas pour une raison qui lui serait extérieure, mais parce qu'il est le peuple tout entier. Imaginons un État où le peuple tout entier se gouvernerait lui-même, mais en se réclamant d'une légitimité qui lui soit extérieure (en prétendant, par exemple, qu'il agit au nom de Dieu). La souveraineté résiderait dans le peuple, mais la légitimité ne serait pas démocratique (dans l'exemple en question, ce serait une légitimité théocratique) puisque le peuple tirerait son titre à se gouverner lui-même d'une habilitation extérieure. Que le peuple soit souverain au sens où il est l'auteur des règles de droit dont il doit être le sujet ne suffit donc pas à ce que soit pleinement réalisée l'idée de la démocratie : encore faut-il que, ce faisant, le peuple ne se perçoive pas comme le délégataire d'une légitimité située à l'extérieur de lui.

Le statut de la démocratie n'est pas le même que celui des autres sources de légitimité. Cela tient d'abord aux conditions historiques de son avènement. Le xviii^e siècle a marqué le commencement de ce qu'Alexis de Tocqueville a appelé « une grande révolution démocratique », née de ce fait « providentiel » parce que « universel [...] durable » et

échappant « chaque jour à la puissance humaine » : le développement graduel de l'égalité des conditions sociales. La démocratie procède de la volonté de mettre sur pied un ordre constitutionnel qui prenne acte de cette profonde transformation sociale. Cette forme politique est aujourd'hui celle de la plupart des grands pays. Tel n'a pas toujours été le cas. La plupart des pays européens ont été, dans le passé, soumis à une autre forme de légitimité, le plus souvent celle d'un monarque de droit divin. Leur histoire politique se comprend comme celle d'un ralliement plus ou moins brutal, mais effectivement « providentiel », au principe démocratique. Certains pays, au contraire, ont adhéré dès leur fondation au principe démocratique. C'est le cas des États-Unis d'Amérique. La Constitution de 1787, qui est toujours en vigueur, commence par ces mots : « Nous le peuple des États-Unis [...] ordonnons et établissons la présente constitution pour les États-Unis d'Amérique. » Cela fait une grande différence, parce que alors, l'État ne reçoit pas le legs des formes antérieures de la souveraineté, et cette table rase, cette absence d'héritage, réduit le décalage entre l'ordre constitutionnel et le principe de la légitimité.

I. Le principe politique de la démocratie

L'État démocratique est régi par un principe simple et exigeant : les gouvernés doivent devenir les gouvernants. On a dit que la démocratie était « l'identité du dominant et du dominé, du gouvernant et du gouverné, de celui qui commande et de celui qui obéit » (C. Schmitt). Disons plus prudemment que la règle démocratique est qu'il faut rechercher une telle identification. La « démocratie pure » supposerait l'identité complète de celui qui commande et de celui qui obéit. Cette identité peut être vue comme source de liberté : la liberté politique du peuple est garantie lorsque personne d'autre que lui ne décide de ce qui le concerne. Ce résultat paraît impossible à certains, notamment parce que, une fois qu'un commandement est formulé, il suppose l'obéissance. D'autres considèrent au contraire que la démocratie pure est possible. Quoi qu'il en soit, le fait est qu'un régime demeure une démocratie même si cette finalité n'est pas atteinte, du moment qu'on tend vers elle, qu'on essaie de l'approcher de bonne foi. La grande caractéristique de l'époque moderne du point de

vue politique a été de considérer que ce principe était meilleur que les autres, par exemple le droit divin des rois, ou tout autre régime se croyant en mesure de désigner de manière stable et définitive les détenteurs légitimes du pouvoir, afin de les placer à part et au-dessus de leurs sujets. Pourquoi en est-il ainsi ? Certains font reposer le principe d'identification des gouvernés et des gouvernants sur une idée justificatrice que l'on peut formuler ainsi : l'intérêt du peuple ne peut être mieux réalisé que par l'accomplissement de sa propre volonté. Ce que veut le peuple est ce qui est bon pour lui. Les autres régimes plaçaient le peuple dans une sorte d'enfance : on peut admettre que l'intérêt d'un enfant, au moins jusqu'à un certain âge, n'est pas d'agir selon sa propre volonté, mais d'être assujetti à la volonté de personnes voulant son bien, telles que ses parents. Son intérêt ne coïncide pas avec sa volonté. Cette vision de la démocratie présuppose que le peuple est le mieux qualifié pour atteindre son propre bonheur. Cette idée a été consacrée par Jean-Jacques Rousseau à travers le concept de volonté générale. « La volonté générale, écrit-il dans *Le Contrat social* (II, 1), peut seule diriger les forces de l'État selon la fin de son institution, qui est le bien commun » et l'égalité, à laquelle elle tend. Cette idée de volonté générale jouera un rôle

important dans la formation de la démocratie moderne. Elle fait apparaître que la démocratie n'est juridiquement possible que si l'on érige l'universalité des citoyens en une entité unique, le peuple, qui, bien qu'abstraite, n'en est pas moins dotée de volonté. Pouvant vouloir, le peuple peut être une source de droit et peut donc être souverain dans l'État. C'est ce que comprirent très tôt les révolutionnaires qui, dans les colonies britanniques d'Amérique du Nord, entreprirent de s'émanciper et de former une entité politique nouvelle qui devait devenir en 1787 la fédération des États-Unis d'Amérique. Ainsi, un texte fondateur de la démocratie moderne, la Déclaration des droits de Virginie, énonçait dès juin 1776 que « toute autorité appartient au peuple, et par conséquent émane de lui ». Dans le contexte français, l'inspiration de Rousseau se retrouve dans les dispositions de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, lequel dispose que « la loi est l'expression de la volonté générale ».

II. Les valeurs démocratiques

1. Les déclarations de droits

Significativement, le moment historique où s'est décidé le passage à la démocratie moderne a coïncidé avec l'affirmation de principes et de valeurs morales devant présider à l'action des individus et des États. Cette affirmation s'est faite sous une forme juridique non pas absolument nouvelle, mais radicalement étrangère à l'esprit du passé. Avec les révolutions américaine et française de la fin du xviii^e siècle, les valeurs démocratiques sont affirmées dans des textes constitutionnels. La constitution écrite semble une garantie tangible contre l'abus du pouvoir : ce qui est écrit est jugé plus apparent, plus difficile à contourner que ce qui est coutumier, que chacun formule à sa guise, et sur lequel on se dispute sans fin. Mais l'esprit du constitutionnalisme ne conduit pas seulement à l'édiction de lois organisant l'État. Celles-ci sont encadrées par des déclarations de droits. Les Américains commencent et finissent leur révolution par des déclarations : on trouve l'affirmation du caractère « évident » et fondateur des Droits de l'homme dans la Déclaration d'indépendance de 1776, puis dans d'autres textes préparant celui de 1787. Mais ce n'est qu'en 1791, une fois achevée la construction

des institutions de la fédération américaine, que les Américains ajoutent à leur édifice un *bill of rights* (à ne pas confondre avec le texte du même nom qui clôt, en Angleterre, la « glorieuse révolution » de 1689 et jette les bases d'un partage de la souveraineté entre le roi et les deux chambres du Parlement) sous la forme de dix premiers amendements à la Constitution. En France, à l'été 1789, on n'hésite guère : la déclaration doit précéder la Constitution tout en en étant distincte et en lui servant de fondement. Elle sera adoptée à la fin du mois d'août 1789.

Que sont au juste ces « droits » qu'établissent les déclarations ? Ce sont des facultés reconnues à l'homme de par le seul fait qu'il est homme. Lorsqu'il s'agit de fonder ou de refonder la société, ces droits sont déclarés ; mais par là, on rappelle leur existence plutôt qu'on ne les crée. Le but est la « garantie des droits » : le devoir de l'État est de faire en sorte que ces facultés, dont on affirme qu'elles sont indissociables de la nature humaine, puissent s'exercer encore dans l'état social. Par « droits », on entend donc des facultés juridiquement protégées et dont le titulaire peut réclamer le respect. Il peut s'agir de libertés, c'est-à-dire de possibilités d'action. Il peut également s'agir de créances, c'est-à-dire de la faculté d'obtenir d'autrui une action.

L'une des premières libertés reconnues à l'époque moderne, la propriété, se situe au carrefour de ces deux catégories : elle ouvre à celui qui l'exerce une faculté d'action sur des objets ; mais elle contraint autrui à le laisser jouir paisiblement desdits objets. On parle au sujet de ces droits de « libertés publiques », non pas parce qu'elles s'exercent collectivement ou sous le regard d'autrui, mais parce que la personne publique (l'État) les a prises en charge, et doit les garantir. On parle aussi de « droits fondamentaux », en raison de leur importance, et du scandale que constitue leur violation, mais aussi parce que la reconnaissance de ces droits sert de base à la construction étatique. L'État moderne s'appuie sur une définition de l'homme comme individu libre, ne devant pas tout à la collectivité dans laquelle il vit.

Le contenu de ces textes, comme celui des autres listes de droits et de libertés, est riche et complexe, puisant à plusieurs sources. Entre l'Amérique et la France, on identifie une ligne commune qui consiste à identifier le bien commun et le respect des Droits de l'homme : « Les gouvernements sont établis par les hommes pour garantir ces droits... » (Déclaration d'indépendance américaine) ; « l'oubli ou le mépris des Droits de l'homme sont les seules

causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements » (DDHC, Préambule). La différence n'est cependant pas négligeable. La tradition anglaise et américaine insiste sur la garantie des droits. Elle ne craint pas les proclamations abstraites, mais ces dernières expriment leur défiance vis-à-vis des dangers que le pouvoir politique fait peser sur les droits naturels. Des garanties procédurales précises visent à contenir le penchant liberticide du pouvoir. La déclaration française, à l'inverse, imprégnée d'une plus grande foi dans la possibilité de concevoir un ordre politique parfait, confie cette tâche à un législateur que l'on guide en lui montrant le « ciel étoilé » des principes de droit naturel qui président à son action, mais dont la suprématie est affirmée (c'est la loi « expression de la volonté générale ») et que l'on n'embarrasse guère de contraintes formelles. Les préoccupations des Français de 1789 sont « davantage de compétence que de fond et davantage de fond que de procédure ou de forme » (S. Rials).

2. L'égalité, valeur fondamentale de la démocratie

La participation de tous au gouvernement, qui est le principe politique de la démocratie, repose sur une valeur fondamentale : l'égalité. La démocratie ne peut exister que si cette égalité est considérée comme étant, avant toute reconnaissance juridique, le propre de la nature humaine : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits » (DDHC). Mais la pensée démocratique constate que la société politique tend spontanément à ne pas respecter une telle égalité. Elle suppose donc que le devoir de l'État est de modeler la société, pour y restaurer une égalité fondamentale entre les hommes, que cette société n'a pas su préserver : « Partout l'homme est né libre, et partout il est dans les fers. » L'égalité est donc, dans les démocraties, à la fois une affirmation de fait et le principe du droit politique. Elle *est* et, en même temps, elle *doit être*. En effet, égalité et principe de la légitimité populaire sont strictement identiques. Si l'on considère que les gouvernés doivent être les gouvernants, cela veut dire que le seul titre de sujet du pouvoir politique justifie que l'on soit détenteur du titre à exercer ledit pouvoir. Donc, rien d'autre, aucune qualification d'aucune sorte, ne peut être requis. C'est la raison pour laquelle la constitution démocratique anéantit tout signe de supériorité qui, à l'intérieur du peuple, pourrait servir à établir une élite

gouvernante : « Les États-Unis assemblés en Congrès, ni aucun État en particulier, ne pourront conférer aucun titre de noblesse » (Constitution de 1787, art. 6 ; voir aussi *Fédéraliste*, n° 39). En France, la révolution commencera en 1789 avec la remise en cause, lors des États généraux convoqués par Louis XVI, du privilège de l'aristocratie et du clergé de siéger séparément du « tiers état », et avec des droits politiques égaux, malgré leur considérable infériorité numérique. Cette remise en cause était la condition préalable à l'acte fondateur par lequel le tiers état s'érigera lui-même en « assemblée nationale », c'est à-dire en représentant exclusif du corps politique de tous les gouvernés. Il faut préciser quelle est la nature de l'égalité démocratique : c'est une égalité au sein du corps politique. Elle n'a de sens qu'au sein du peuple, lequel se définit comme l'ensemble des citoyens égaux. La démocratie, c'est la souveraineté des citoyens du seul fait de leur citoyenneté.

Les implications de l'égalité du point de vue constitutionnel peuvent être présentées de manière à la fois positive et négative. Positivement, l'égalité requiert que tous les citoyens aient accès aux mêmes droits politiques, notamment le droit de vote. Il ne s'agit pas là de l'égalité

civile, encore que celle-ci découle, sous la forme du principe d'égalité devant la loi, de l'égalité politique. Négativement, elle a pour effet d'interdire les discriminations entre les citoyens, s'agissant de l'exercice des droits politiques. Ainsi, un régime où le droit de vote ou d'éligibilité est soumis à des exigences d'âge ou de richesse – régime censitaire – est imparfaitement démocratique. Le régime « parfaitement » démocratique ferait s'identifier le peuple, c'est-à-dire l'ensemble des détenteurs de droits politiques, et la population. Contrairement au peuple, la population n'est pas une notion juridique : c'est une réalité purement physique. Le recensement donne le chiffre de la population en France. Mais ce chiffre n'est pas celui du peuple au sens juridique : il y a sur le territoire français des étrangers ou des catégories de nationaux (mineurs...) qui ne votent pas. Cependant, la poussée égalitariste tend à faire peser le soupçon sur les restrictions juridiques à l'extension du corps électoral. L'âge de la capacité électorale est en baisse. De même, on s'accommode de plus en plus mal d'une distinction entre citoyens et étrangers, qui ne repose pourtant, aux yeux de ceux qui la défendent, que sur la nécessité pour tout État de délimiter son intérieur et son extérieur. Les démocraties modernes peinent à établir

nettement les frontières de leur citoyenneté. La suppression même de l'idée que la participation politique doit être réservée aux nationaux est une des priorités d'une partie du mouvement démocratique contemporain. C'est ce que montre, en France, le débat public sur la question du vote des étrangers. À l'heure qu'il est, le vote des étrangers n'existe en France que pour les ressortissants de l'UE, citoyens d'États qui ont engagé avec la France un processus d'unification politique. Encore cette participation est-elle réduite aux élections locales et européennes (art. 88-3 de la Constitution de 1958, issu de la loi constitutionnelle du 25 juin 1992).

3. Les libertés individuelles et les principes libéraux d'organisation politique

L'égalité constitue la clé de l'organisation politique de la démocratie. Les autres droits et libertés se situent sur un autre plan. Ils ont principalement pour objet de permettre le bonheur des individus, et cela, que l'utilité publique et le bien de l'État soient ou non intéressés à ce bonheur. À côté

du mouvement démocratique, un autre grand mouvement a contribué à forger les constitutions modernes : c'est le libéralisme. Le libéralisme voulait l'émancipation de l'individu, la reconnaissance pour lui d'une sphère d'autonomie où il pouvait conduire la vie qu'il s'était choisie sans encourir la désapprobation de la société ou de l'État. Le libéralisme n'a pas tant voulu la démocratie que la fin du despotisme. La liberté qu'il défend est avant tout celle de l'individu. Il ne se contente pas de la réalisation de la liberté collective du peuple qui est accomplie du moment que celui-ci est son propre gouvernant. Dans les constitutions démocratiques et leurs déclarations de droits, on trouve la signature de ce projet libéral. C'est lui qui inspire la plupart des « droits » et « libertés » individuels. La reconnaissance de ces droits et libertés possède une signification politique. Ainsi en est-il de la « libre communication des pensées et des opinions » (art. 11, DDHC). L'un des dangers de la démocratie réside dans ce que Tocqueville a appelé la « tyrannie de la majorité » : le peuple pourrait bien devenir un souverain tout aussi despotique que les précédents, vis-à-vis des individus ou des minorités. La garantie des libertés aspire à faire en sorte que tel ne soit pas le cas.

Dans les constitutions occidentales du xx^e siècle, la reconnaissance des droits fondamentaux a pris, pour ainsi dire, la première place. Dans nos États, la démocratie est réalisée comme principe politique, mais la mise en œuvre concrète des droits reconnus dans les déclarations – un projet beaucoup plus ambitieux à bien des égards – semble moins avancée. Le mouvement démocratique s'appuie sur une logique de revendication qui imprègne le système des droits fondamentaux pour faire reconnaître de nouveaux droits. Ainsi, dans la Loi fondamentale allemande de 1949, le premier titre est consacré aux « droits fondamentaux » et énonce que « les droits fondamentaux énoncés ci-après lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable » (art. 1). Les juridictions, et notamment celles qui ont en charge de vérifier le respect de la constitution par le pouvoir législatif, jouent un rôle important dans le processus tendant à la garantie effective des droits. Ce processus prend sa source dans les individus eux-mêmes, à travers une logique de revendication. Cette logique leur donne pour interlocuteurs privilégiés les juridictions qui ont pour mission de décider s'il faut ou non faire droit à des revendications de cette sorte.

Chapitre II

La légitimation des gouvernants

Les principes fondant la légitimité étant connus, il reste à comprendre comment ils sont mis en œuvre. La relation entre gouvernants et gouvernés est organisée par ce que le droit constitutionnel nomme la « représentation ». La représentation explique comment peut se former une volonté unique de l'État, à partir des volontés particulières de tous les sujets qui le composent. Quand cet État est une démocratie, une certaine correspondance est attendue entre la volonté exprimée par les représentants et l'opinion des représentés. La représentation doit permettre de légitimer les gouvernants (I). Mais le propre de la représentation démocratique est que cette légitimité n'est pas acquise une fois pour toutes. Un soupçon pèse sur les actes de celui qui agit à la place du peuple. La précarité est la marque du

pouvoir qu'il exerce. Appliquée à la personne des gouvernants, cette précarité se traduit par le fait que le titre à gouverner est en jeu dans chaque moment où s'exerce le pouvoir, avec comme conséquence ultime la révocation de ce titre. C'est ce que permettra de voir l'étude de la responsabilité politique (II).

I. La représentation

1. La représentation de l'État

L'idée de représentation est l'une des poutres maîtresses du droit constitutionnel. Représenter signifie, de manière générale, rendre présent ce qui est absent. Transposée à la question politique, la notion de « représentation » indique que le gouvernant a pour mission de rendre présent le gouverné dans l'exercice du pouvoir politique. Pour cela, la représentation est avant tout une manière de susciter à l'intérieur de l'État des organes capables d'exprimer la volonté souveraine (v. *supra*, première partie, chap. I).

L'élection – une méthode qui a la préférence des démocraties modernes, là où l'Antiquité jugeait que le

tirage au sort était le procédé le plus démocratique – nous semble la manière naturelle de désigner les représentants. Mais la représentation n'est pas indissolublement liée à l'élection, pas plus qu'à un autre mode de désignation. Pendant les débats de la Constituante (10 août 1791), Barnave avait dit : « Dans l'ordre et les limites des fonctions constitutionnelles, ce qui distingue le représentant de celui qui n'est que simple fonctionnaire public, c'est qu'il est chargé dans certains cas de vouloir pour la nation, tandis que le simple fonctionnaire public n'est jamais chargé que d'agir pour elle. » Partant de là, ce n'est pas le mode de désignation (élection ou autre) qui fait le représentant, c'est la fonction que lui assigne la Constitution. On en arrive à l'idée que celui qui participe à l'expression de la volonté nationale, spécialement en adoptant la loi, doit être appelé « représentant ». L'idée que certaines entités, que la théorie du droit constitutionnel appelle des « organes », jouent ce rôle de formation de la volonté de l'État a été parfois reconnue par les constitutions elles-mêmes. C'est ainsi que, dans la Constitution de 1791, le roi, qui n'était pas élu puisqu'il détenait son titre de manière héréditaire, était qualifié de représentant. C'est ainsi, pour prendre un exemple plus récent, que l'article 23 (4) de la Loi fondamentale

allemande énonce que, dans certaines hypothèses, « le *Bundesrat* (seconde chambre) doit être associé à la formation de la volonté de la Fédération ». La même idée peut conduire certains auteurs (tel M. Troper) à considérer que quiconque participe au processus de formation de la loi, y compris le juge constitutionnel chargé de censurer les lois inconstitutionnelles, doit être considéré comme un représentant.

Cette définition de la représentation porte ses effets dans la manière dont les constitutions fixent la nature du mandat confié au représentant. Dans la tradition dite du « mandat représentatif », ces pouvoirs sont à proprement parler aussi larges que ceux de la nation représentée. Ils le sont par leur origine : c'est la nation que chacun représente, et non la circonscription particulière qui l'a désigné. Ils le sont aussi par leur étendue : le représentant élu n'a qu'un devoir, c'est d'être libre, notamment vis-à-vis de ses commettants qui n'ont, selon un mot de Sieyès, que la faculté de « commettre », c'est-à-dire de désigner. À ce mandat représentatif qui, pour l'essentiel, dissocie l'élu de ses électeurs, on oppose un mandat impératif où le représentant serait assujéti à ses commettants, qui pourraient lui donner des instructions sur la manière de

s'acquitter de ses obligations et le révoquer éventuellement en cas de défaillance. Reprenant une tradition commencée en 1791, l'article 27 de la Constitution de 1958 proscrit le mandat impératif. Celui-ci n'a jamais été dans la tradition française. À notre époque, le mandat impératif est un dragon de papier : aucun régime ne le consacre réellement.

2. La représentation du peuple

Pour le droit, la représentation est avant tout un mode de formation de la volonté de l'État. Une telle vision du système représentatif, qui seule en explique le régime juridique, ne supprime pourtant pas le fait que le représentant ne peut s'émanciper entièrement des gouvernés qu'il représente. Rompre tout lien avec eux serait assumer, du point de vue juridique, la négation de l'idée démocratique. Par conséquent, la représentation pose aussi un problème de légitimité. Cela est vrai, même lorsque c'est la « nation » qui est déclarée souveraine. Même si l'idée de nation implique de ne pas soumettre l'intérêt commun aux desiderata de l'opinion ou d'un groupe de factieux, la démocratie représentative ne donne sa place à la nation souveraine que dans le contexte de la

relation concrète entre gouvernants et gouvernés. Sinon, elle serait peut-être représentative, mais elle ne serait plus une démocratie. Quelle est la place des gouvernés dans cette relation ? Sont-ils la nation ? Non, puisque celle-ci est une abstraction indisponible. Mais certains gouvernés, les citoyens, ont un titre privilégié à conférer la légitimité nationale. Ils sont, pour ce faire, dotés d'une prérogative juridique éminente : le pouvoir de suffrage. Le pouvoir de suffrage est la faculté juridiquement garantie de participer aux votations soit en votant, soit en étant candidat. Ce pouvoir donne la capacité de parler au nom des « représentés », même si tous les représentés ne votent pas : le corps électoral est défini juridiquement de manière restrictive. À leur tour, du fait de ce pouvoir de suffrage, les citoyens sont en quelque sorte des représentants.

À chaque fois que le corps électoral s'exprime se fait voir une relation entre les votants et leurs représentants. Avec l'élection, la démocratie représentative met en relation le « peuple » des citoyens dotés du pouvoir de suffrage et leurs représentants élus. Si on considère la représentation comme mode de formation de la volonté de l'État, l'élection ne conditionne que de manière limitée la manière dont sera produite cette volonté : elle se borne à indiquer

quelle est la personne qui pourra décider. La mission du corps électoral se termine avec cette désignation ; au-delà commence pour le représentant la liberté que lui garantit le mandat représentatif. Si on considère la représentation en tant que processus de légitimation, ce choix d'une personne par les électeurs lui confère une légitimité. Il est important d'examiner la manière dont le droit satisfait à cette double finalité (exprimer une volonté unique tout en s'assurant qu'elle est politiquement légitime). Il le fait à partir de deux présupposés. D'une part, il n'est pas permis de contester la manière dont l'électorat exprime la volonté de la nation. D'autre part, cette volonté est exprimée au moyen du principe de majorité : rien ne garantit que tous les individus expriment la même volonté, spécialement dans les démocraties modernes régies par les principes libéraux de pluralisme et de compétition pour le pouvoir. Par conséquent, il est admis que la décision de la majorité des citoyens s'imposera comme la décision de tous. Le rôle du droit électoral est de dire à quelles conditions juridiques l'expression des votes individuels aboutit à la désignation de représentants. Chaque « mode de scrutin » offre une solution à ce problème qui, à raison de l'impossibilité d'aboutir à un résultat parfait, présente des avantages et des inconvénients. Dans le scrutin

majoritaire est désigné le candidat ou la liste qui ont obtenu la majorité des voix. L'avantage est de faire apparaître un résultat clair, mais au prix d'un artifice qui néglige la formulation des opinions minoritaires. On parle au contraire de représentation proportionnelle pour le mode de scrutin qui répartit les sièges entre les listes au prorata du nombre de voix qu'elles ont recueillies. La représentation des opinions les plus diverses est garantie, mais pas l'existence d'une majorité claire dans l'organe délibérant composé par ce moyen. On voit qu'il faut choisir entre deux conceptions de la légitimité : celle qui fait prévaloir l'opinion d'une majorité des électeurs, ainsi qu'une préoccupation d'efficacité ; celle qui, au contraire, ne veut mettre à l'écart aucune fraction de l'opinion au risque de ne pas « susciter » une majorité claire dans l'organe délibérant. Cet exemple montre bien le paradoxe de la démocratie représentative : rien, en elle, ne garantit une pleine conformité entre la volonté des gouvernants et celle des gouvernés. Du point de vue de la légitimité, la représentation suscite comme un vide et ne le comble pas. C'est le rôle de la responsabilité politique.

II. La responsabilité

politique

En Occident, le pouvoir politique a été compris comme une charge de confiance, visant à la réalisation du bien des gouvernés. L'idée était donc présente dès le « commencement » (c'est-à-dire, pour prendre un repère culturel, dès la pensée politique grecque) que le pouvoir n'était pas donné définitivement et que la légitimité du gouvernant était soumise à condition. Le système représentatif, qui repose sur la dissociation entre le souverain et le gouvernant et qui organise leurs relations, pose dans des termes nouveaux cette question de la détention du pouvoir. À partir du moment où la représentation a uni deux entités jouissant d'une reconnaissance juridique et d'une sorte d'existence concrète (le peuple des citoyens et ses gouvernants) est apparue la tentation de mettre à l'épreuve la qualité de cette relation. Dans les « anciens régimes » européens, nul ne pouvait remettre en cause la manière dont le monarque absolu représentait l'État. Qui l'aurait fait ? Le peuple n'existait pas en tant qu'institution. Pour être pleinement souverain tout en étant le seul gouvernant, le roi devait donc être irresponsable. Sa légitimité était, au sens propre

du terme, *hors de question*. Révoquer le monarque aurait voulu dire détruire la société politique elle-même et méconnaître le commandement de Dieu. Lorsque l'on a commencé d'en appeler à la responsabilité des gouvernants, quelque chose des anciens régimes avait déjà cessé de vivre.

La responsabilité politique occupe une place importante dans le droit constitutionnel moderne, parce qu'elle y donne corps à la préoccupation majeure de limitation, de contrôle et de révocabilité de tous les détenteurs d'un pouvoir politique. La responsabilité est une manière pacifique de faire dépendre la détention du pouvoir de la manière dont il est exercé. On peut commencer par demander des comptes. Mais la suite logique réside dans la révocabilité du détenteur (désormais précaire) de l'autorité publique. La responsabilité commence ainsi sous la forme d'une exigence de transparence du gouvernement et de révocabilité de ses titulaires. Avec la modernité constitutionnelle, c'est le droit qui a eu la charge de garantir que cette exigence soit satisfaite. En ce sens très large du terme, la responsabilité politique n'est pas le propre d'un type de régime plutôt que d'un autre. On la retrouve dans toutes les démocraties occidentales. La différence réside

dans ce qui est considéré comme un comportement justifiant le retrait du titre à gouverner, et dans la manière dont se réalise juridiquement ce retrait (v. chap. III).

L'idée de responsabilité se retrouve dans de nombreuses branches du droit. Mais, bien que reconnue par le droit, la responsabilité « politique » des gouvernants n'a pas la même nature que les responsabilités civile ou pénale. Tout d'abord, la responsabilité politique et ses « parentes » civile ou pénale n'ont pas le même objet. La finalité de la responsabilité politique est d'assurer la persistance de l'identité de volonté politique entre le gouverné, ou son représentant, et le gouvernant. Il s'agit de garantir la justice politique au sens où celle-ci désigne le maintien d'un ordre politique supérieur nécessaire à la vie sociale. Mais il ne s'agit pas, comme dans le cas de la responsabilité civile, d'une justice qui vise à la réparation d'un dommage patrimonial causé à la victime, ou, dans celui de la responsabilité pénale, de réprimer des infractions définies par le droit.

En raison de cette différence d'objet, les deux types de « responsabilité » n'ont pas le même régime juridique. Les responsabilités civile ou pénale sont, pour simplifier,

organisées autour de la triade faute/lien de causalité/préjudice : si un préjudice est causé par la faute de quelqu'un, celui-ci doit le réparer. Tel n'est pas le cas de la responsabilité politique : elle ne suppose aucune faute. Dans certaines constitutions (dites parlementaires) une simple divergence d'intentions entre l'exécutif et le Parlement suffit à justifier une défiance. D'autre part, l'idée de préjudice n'a pas de sens dans le contexte de la responsabilité politique, qui ne concerne pas une question patrimoniale. La « procédure » n'est pas non plus comparable. Les responsabilités civile et pénale sont engagées dans le cadre d'un procès, qui oppose deux parties intéressées à la solution d'un litige, et qui est tranché par un tiers impartial, le juge. Cette référence à un tiers impartial n'a aucun sens dans le contexte de la responsabilité politique, puisque c'est d'une identité entre souverain et représentant qu'il s'agit. C'est l'organe délibérant élu, dans le cadre de la relation de confiance parlementaire, ou le peuple, dans les diverses manifestations de la responsabilité électorale, qui se prononce. Enfin, la sanction ne saurait être la même. Il n'y a pas à proprement parler d'autre sanction de la responsabilité politique que la perte du pouvoir. Cette idée trouve sa formulation la plus nette dans les dispositions de

la Constitution américaine de 1787 relatives à l'*impeachment* du président. Selon celle-ci, « la sentence [...] ne pourra excéder la destitution ou l'incapacité de tenir et de bénéficier de toute fonction honorifique, de confiance, ou rémunérée » (art. I-2). « La partie condamnée n'en sera pas moins responsable [pénalement] et sujette à accusation, procès, jugement et punition, conformément à la loi » (art. I-3).

À raison de ces traits distinctifs, la relation de responsabilité politique se trouve formulée et mise en jeu (par ce que l'on appelle des « mécanismes » de responsabilité) selon des modalités spécifiques. Plusieurs distinctions sont à opérer s'agissant du principe de la responsabilité politique. La responsabilité politique peut être de nature politico-criminelle, parlementaire ou électorale. La responsabilité politico-criminelle vise à faire apparaître que le gouvernant a commis une infraction grave, telle que la « haute trahison » du président dans les constitutions françaises depuis 1875, ou les « hauts crimes et délits » dans l'*impeachment* américain. Il s'agit cependant bien d'une responsabilité de type politique, parce que la révocation, qui réprime la violation de principes fondamentaux du régime, est soit la sanction

principale, soit une peine accessoire. De plus, la détermination des « crimes » en question ne relève pas d'un texte préexistant, mais de la discrétion des organes d'instruction et de jugement. La proximité avec la responsabilité pénale tient à ce que la culpabilité sera appréciée à raison de l'appréciation de la « légalité » de certains faits passés, par une autorité qui, même si elle est souvent à composition totalement (Sénat français, constitué en « cour de justice » en 1875, Sénat américain) ou partiellement politique (Cour de justice de la République), est constituée pour l'occasion en juridiction, respectant une procédure et des garanties juridictionnelles. Le fondement de cette sorte de responsabilité se trouve dans la procédure britannique de l'*impeachment*, qui était non pas une responsabilité politique engagée selon les voies et moyens du droit criminel, mais une responsabilité criminelle pour haute trahison utilisée de manière privilégiée, mais non exclusive, pour exclure des ministres du pouvoir. Au contraire, la responsabilité de type « parlementaire » repose sur l'idée de confiance. La confiance est une relation pratique de coopération entre le Parlement et le cabinet, qui prend pour fondement la nécessité commune de faire proposer et adopter des lois. Le refus de voter ces lois, notamment la loi de budget, ou

les difficultés à obtenir leur vote sont des indices que la relation de confiance se dégrade, et finit par disparaître. Dans une période plus tardive, ces formes « implicites » de retrait de la confiance sont remplacées par une grande variété de formes « explicites » : interpellation, motion de censure, question de confiance (à l'initiative du cabinet), vote d'un amendement à l'adresse, etc. De telles manifestations de volonté ne sont que la première étape de l'engagement de cette forme de responsabilité. Sa particularité est qu'il existe une seconde étape, qui réside dans la reconnaissance par le cabinet qu'il ne lui est plus possible de gouverner, en raison du refus de coopérer opposé par le Parlement, suivie de la démission collective du cabinet. La responsabilité parlementaire n'est donc aucunement une révocation unilatérale : dans un régime non rationalisé, un cabinet peut parfaitement « résister » à un vote de défiance tant qu'il peut « tenir ». Les constitutions dites de parlementarisme rationalisé (v. *infra*) ont le plus souvent rendu la démission obligatoire (cf. l'art. 50 de la Constitution de 1958). Mais elle demeure une opération juridique distincte de la défiance. Enfin, le renouvellement de son mandat donne à l'électorat l'occasion de porter une appréciation sur la légitimité d'un élu : c'est ce phénomène que l'on appelle, par analogie, la « responsabilité électorale

».

Quant au comportement qu'elle vise à appréhender, la responsabilité politique peut être de nature « constitutionnelle » ou « gouvernementale ». La responsabilité constitutionnelle est encourue à raison d'une remise en cause des principes fondamentaux de l'organisation institutionnelle du régime. Les responsabilités politico-criminelles appartiennent à cette catégorie. Tel était le cas de la procédure britannique de haute trahison ; tel est également le cas de la procédure d'*impeachment* américaine : ce qui peut être reproché au président comme « *high crime and misdemeanour* » recouvre des violations de sa « charge de confiance » (*Trust*) consistant par exemple en la méconnaissance des grands principes de la constitution : « intégrité de la fonction » présidentielle, principe du « règne du droit », etc. (v. les deux « articles » d'incrimination retenus contre B. Clinton par la Chambre des représentants en 1998). De même, le président fédéral allemand peut être mis en accusation « pour violation délibérée de la Loi fondamentale » (art. 61). La responsabilité politique est, en revanche, gouvernementale quand elle ne vise que la manière dont l'exécutif s'acquitte de sa mission de

gouvernement. Elle ne vise pas des atteintes à l'équilibre constitutionnel, mais tous les aspects de la politique gouvernementale.

Chapitre III

Figures du gouvernement légitime

I. La théorie des régimes politiques

1. Qu'est-ce qu'un régime politique ?

La représentation et la responsabilité sont, dans nos régimes démocratiques contemporains, les catégories *a priori* de la légitimité. Mais ces relations élémentaires sont déclinées de manière différente selon les pays. L'étude des régimes politiques est le cadre adapté pour examiner les

formes prises concrètement par ces relations. En parlant de « régime politique », on confronte la logique de la souveraineté, les principes généraux de la représentation, et ceux de la responsabilité, avec les faits. La vie politique, voire la culture et les mœurs de chaque nation jouent ici un rôle tout aussi important que les règles de droit. Tout conduit à penser que la science des constitutions serait incomplète si l'on n'observait pas le fonctionnement concret des ordres politiques. La question centrale pour étudier cette situation concrète est celle de la nature du gouvernement. Avec le terme de « gouvernement » est évoquée l'idée selon laquelle les institutions ne sont pas de pures machines à produire des règles, mais des entités qui agissent, et se coordonnent, en vue de réaliser les buts de l'État : la paix intérieure et extérieure, le bien-être des individus... Ici, le mot de « gouvernement » ne recouvre pas tant une fonction particulière (il ne doit pas être confondu avec la fonction exécutive) que l'activité large et multiforme consistant à déterminer et conduire la politique de l'État. C'est, en conformité avec le sens étymologique du mot « gouverner », le pilotage de l'État. Les différents « régimes politiques » sont autant de manières d'ordonner et de coordonner les forces de l'État en vue de la réalisation de cette activité première qu'est le gouvernement.

2. La séparation des pouvoirs

(v. M. Troper, *La Séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1980). L'expression de « séparation des pouvoirs » est chargée de significations souvent contradictoires. Avant tout, il faut s'accorder sur ce que l'on entend par « pouvoir ». Le mot peut désigner soit une faculté d'action permettant de réaliser les activités de l'État (le pouvoir d'adopter une loi, par exemple), soit encore, non pas une faculté ou une capacité juridique, mais un organe de l'État. Par exemple, le « pouvoir législatif » peut désigner soit le Parlement, soit la compétence de voter les lois qui lui est confiée par la Constitution. Les deux significations étaient en quelque sorte réunies lorsque la souveraineté n'appartenait qu'à une seule autorité dans l'État, le monarque, et que celui-ci était l'unique détenteur de l'ensemble des moyens juridiques permettant la réalisation de la justice et du bien commun. On ne pouvait pas parler alors de « fonctions » de l'État, car ce terme implique une spécialisation de l'activité étatique, certains moyens juridiques étant mis au service de certaines finalités (faire la loi, puis l'exécuter, pour gouverner le pays ; trancher les litiges de manière à

assurer la justice...). Mais c'est dans ce contexte que l'idée de séparation des pouvoirs est apparue. Son origine est à rechercher dans la conception pessimiste du pouvoir politique qui, née dans les conflits constitutionnels de l'Europe du xvii^e siècle, a ensuite animé les révolutions d'Amérique et de France à la fin du xviii^e siècle. Si le penchant du pouvoir est à l'abus, la concentration des forces de l'État entre les mêmes mains accroîtra les chances de la tyrannie. Dans sa forme première, la séparation des pouvoirs est revendiquée comme une garantie contre l'arbitraire. Elle traduit donc une préoccupation négative – que les forces de l'État ne soient pas monopolisées par la même personne – qui se trouve soit satisfaite, soit méconnue, sans qu'il puisse y avoir de situation intermédiaire. C'est ce qu'énonce l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « Toute société dans laquelle... la séparation des pouvoirs [n'est pas] déterminée, n'a point de constitution. » L'exigence est forte : il ne s'agit pas de dire qu'à défaut de séparation des pouvoirs la constitution est de mauvaise qualité, mais qu'il n'y a pas de constitution du tout.

Mais le problème du gouvernement libre n'est pas résolu du seul fait que l'on a fractionné la puissance de l'État en

différentes fonctions et partagé leur exercice entre plusieurs organes. Ce que les révolutionnaires américains virent les premiers, c'est que certaines formes de distribution des moyens juridiques de l'État entre ses parties constituantes ne garantissaient pas de la tyrannie, tant qu'il restait possible à l'un des organes de dominer les autres. Ainsi – aux yeux des républicains américains qui le combattent pendant la guerre d'indépendance –, le régime britannique, qui avait pourtant contraint le roi à exercer la puissance législative en commun avec les deux chambres du Parlement, n'avait pas échappé à cette dérive tyrannique. Dans une république, même, rien ne prévenait une identique captation du pouvoir par un exécutif élu, voire par une assemblée délibérante : « L'accumulation de tous les pouvoirs, législatif, exécutif et judiciaire entre les mêmes mains, qu'elles soient d'un seul, de quelques-uns ou de plusieurs, autodésigné ou élu, peut à juste titre être dite la définition même de la tyrannie » ([Madison], *Fédéraliste*, n° 47). La question de la séparation des pouvoirs devient alors une question positive : quelle configuration donner à l'architecture des organes et au réseau des fonctions étatiques pour assurer la liberté ? La question même connaît quelques grandes réponses, qui sont autant de types possibles du gouvernement légitime.

II. Les types de régimes politiques : trois illustrations

1. La constitution britannique

Les grands problèmes de la politique moderne, et en premier lieu celui de la réconciliation de l'autorité étatique et de la liberté, ont trouvé dans l'expérience constitutionnelle britannique des solutions qui, malgré la particularité de leur origine, servirent ensuite de guide, voire parfois de modèle, au reste des États occidentaux.

Sous la dynastie Tudor (1485-1603), les monarques eurent de manière croissante recours à des lois de caractère général adoptées « en Parlement », notamment pour mener à bien la séparation d'avec Rome et la fondation d'une Église nationale. Mais il n'était pas plus question de se passer de la forme parlementaire que de reconnaître aux chambres une part de la souveraineté. La question fut posée de manière dramatique lorsque les premiers rois Stuarts

(Jacques I^{er}, 1603-1625 ; Charles I^{er}, 1625-1649) crurent que leur titre était celui d'un prince absolu. Ils ne parvinrent ainsi qu'à aviver les prétentions du Parlement à l'exercice de la souveraineté. Avec le *Bill of Rights* de 1689, la maxime du « roi en Parlement » devenait la formule d'un partage de la souveraineté, puisque les deux chambres participaient à égalité avec le roi à la création des règles les plus élevées : les lois. Ce pouvoir faisait des chambres d'indispensables partenaires du monarque dans le jeu du gouvernement.

Dans les expériences du xvii^e siècle, le Parlement avait échoué à gagner une prise sur l'exercice du pouvoir exécutif, notamment parce que la revendication de nomination directe des ministres du roi n'a jamais été acceptée par ce dernier. Le partage de 1689 commandait aux chambres de respecter la « prérogative » royale de nomination des ministres, tout en imposant au roi de prendre en compte les vues parlementaires. Ces contraintes ont conduit à plusieurs évolutions. D'une part, la collectivité ministérielle s'est institutionnalisée pour prendre la forme du « cabinet » moderne. Cette institutionnalisation a été notamment imposée, outre l'évolution des missions de l'État, par la nécessité pour les

ministres tenus de répondre au Parlement de la politique du roi de revendiquer en retour le monopole du pouvoir de conseil auprès du monarque. D'autre part, la chambre basse du Parlement, les Communes, a développé une capacité de surveillance et de censure du cabinet. La manière d'y parvenir fut d'abord trouvée dans le pouvoir du Parlement de juger des cas de haute trahison (*impeachment*) des ministres. Mais un ministre peut être défaillant sans être criminel ; il peut déplaire sans être défaillant. Le procédé le plus efficace pour surveiller l'action exécutive fut l'examen des lois proposées par les membres du cabinet. L'expression « responsabilité politique » (v. chap. II, p. 88 s.) recouvre l'ensemble de ces évolutions : la collectivité ministérielle s'est unifiée sous la contrainte exercée par le contrôle des chambres. C'est la responsabilité comme obligation de rendre compte qui a donné sa forme distinctive au cabinet exécutif, et l'expression « cabinet responsable » ressemble donc de près à un pléonasme. D'autre part, ce n'est pas en tant que juge que le Parlement s'est imposé comme un censeur de la fonction exécutive, mais en raison de sa participation à l'élaboration de la loi : un cabinet qui n'obtenait pas le vote des lois dont il avait le plus impérieux besoin pour gouverner ne pouvait se maintenir. Il répondait à la perte

de confiance des chambres par une démission qui n'était en rien automatique (le retrait de la confiance n'est pas une révocation) mais qui n'était pas évitable, sauf à restaurer le lien de confiance avec une majorité parlementaire.

Telles sont les bases de ce que l'on appellera au ^{xix}^e siècle le « gouvernement parlementaire ». Elles ne se sont pas établies d'un seul tenant : la chute de Walpole en 1742 préfigurait déjà l'essentiel du type parlementaire, en cela que son départ provoqua une recomposition du cabinet. Ce sont les hommes forts des cabinets de la période 1742-1760 qui revendiquèrent le monopole du conseil auprès du roi. Le déclin de l'*impeachment* fut relativement lent. L'émergence du contrôle politique à travers la législation et la surveillance de l'activité exécutive fut également progressive, connaissant des renforcements ou des expériences significatives au fur et à mesure des crises intérieures ou extérieures. Le précédent souvent mentionné de 1782, avec le départ collectif du ministère de Lord North, révèle peut-être la maturité du procédé, mais ne constitue pas un tournant.

S'est ainsi forgé un type de relation très spécifique entre les organes délibérants et un exécutif où le rôle de la

collectivité ministérielle est prédominant. Cette relation est une relation de légitimation : le cabinet, qui n'est pas un organe élu, retire sa légitimité de la confiance que lui accordent d'autres organes. Avec la mise en retrait (tardive, au demeurant, puisque n'intervenant pas avant le milieu du xix^e siècle) du monarque, et le déclin de la Chambre des lords, c'est aux Communes que revient au premier chef ce rôle de légitimation. Le régime britannique moderne naît de la préservation de cette relation fondamentale malgré le passage à la légitimité démocratique. Du point de vue juridique, l'irruption de la légitimité du peuple n'a pas remis en cause le principe selon lequel la loi édictée par le « roi en son Parlement » est l'acte le plus élevé dans le système des règles juridiques. La principale exception à ce principe est l'adhésion de la Grande-Bretagne à l'UE, qui implique la reconnaissance de la primauté du droit d'origine communautaire. Mais cette adhésion a supposé l'adoption d'une loi du Parlement, le *European Communities Act*, 1972, qui lui sert de base juridique.

Le propre de la configuration prise à partir du milieu du xix^e siècle par le processus de légitimation des gouvernants tient à la manière dont ce gouvernement parlementaire, si distinctement le fruit d'une constitution mixte et de mœurs

aristocratiques, fut concilié avec la légitimité démocratique. Nous conservons la trace de cette conciliation : la souveraineté du peuple n'est pas affirmée directement dans le droit constitutionnel britannique. Tout se joue dans la relation de représentation, et dans le seul mode d'encadrement juridique de cette relation connu et admis en Grande-Bretagne : l'élection. Les étapes les plus significatives du passage à la démocratie se trouvent dans l'adoption de lois de réformes électorales révisant la carte des circonscriptions et élargissant le corps des électeurs (les *Reform Acts* de 1832, 1867, 1884). Très longtemps, le droit constitutionnel n'a pas été modifié explicitement, par l'adoption de règles nouvelles. Il n'a pas été question de manifester la souveraineté du peuple en faisant de lui l'auteur d'une constitution écrite. Les règles constitutionnelles ont conservé leur nature coutumière, mais ont été réinterprétées dans un sens compatible avec la légitimité démocratique. Cette interprétation, qui en infléchit le sens, est retranscrite dans les « conventions de la constitution ». Ces conventions sont des pratiques jugées obligatoires mais distinguées de ce que les Britanniques appellent le « droit strict ». Elles visent, selon le juriste anglais Dicey qui, à la fin du xix^e siècle, leur a donné leur nom, à garantir que « le Parlement, ou le

cabinet qui est indirectement désigné par le Parlement, doit, dans la longue durée, donner effet à la volonté... du véritable souverain dans l'État : la majorité des électeurs ». Ainsi, les pouvoirs propres (prérogatives) du monarque doivent être utilisés de manière à ce que les mécanismes parlementaires aboutissent à ce que soit accomplie la volonté du peuple : la responsabilité politique du cabinet ou le pouvoir de dissolution rentrent dans cette catégorie. La Grande-Bretagne a donc continué de faire fonctionner un régime démocratique avec un roi et une chambre aristocratique. Annoncée dès 1911, la suppression de la Chambre des lords n'a pas été réalisée à ce jour. Il a fallu attendre 1998 pour que le cabinet travailliste fasse adopter une loi supprimant la participation des pairs héréditaires aux travaux de la Chambre.

Toutefois, la tendance actuelle semble être à des modifications plus volontaristes, par voie de législation écrite, des structures du régime parlementaire. L'illustration la plus marquante en est le *Fixed-Term Parliaments Act* du 15 septembre 2011. Cette loi a pour effet principal de supprimer la dissolution telle qu'on la connaissait jusqu'ici, c'est-à-dire comme une prérogative discrétionnaire de la Couronne exercée en pratique à

l'initiative du Premier ministre. La dissolution n'est plus possible que dans deux hypothèses : 1/ une autodissolution votée par la Chambre des communes à la majorité des deux tiers ; 2/ une dissolution automatique dans l'hypothèse où la Chambre a retiré sa confiance à la collectivité ministérielle mais se trouve dans l'incapacité de lui désigner un successeur dans un délai de quatorze jours. (v. A. Le Divellec, « Un tournant de la culture constitutionnelle britannique : le *Fixed-Term Parliaments Act* », <http://www.juspoliticum.com/Un-tournant-de-la-culture.html>). La réforme de la Chambre des lords pourrait suivre le même chemin. La coalition au pouvoir depuis 2010 (conservateurs-libéraux démocrates) semblait s'accorder sur l'idée d'une chambre à la composition « totalement ou partiellement élective ». Mais cette solution suscite encore la controverse et le projet de loi qui la contenait a été retiré en septembre 2012.

2. La République américaine

Là où le modèle britannique semble dominé par un principe de continuité, le régime des États-Unis est issu d'une rupture avec le passé. La République américaine est née

d'une révolution politique. La guerre d'indépendance avait été suivie, du point de vue constitutionnel, par la fondation de 13 États issus des anciennes colonies anglaises. En 1781, ces États se réunirent au sein d'une « confédération », qui était censée préserver leur souveraineté respective (v. cependant p. 58). Cette solution montra rapidement ses limites, et la réalisation d'une « union plus parfaite » finit par s'imposer. Les conséquences politiques en furent incalculables. L'adoption d'une constitution écrite entendit manifester que les Américains ne formaient qu'un unique peuple, capable de légiférer pour lui-même, et donc souverain. C'est ce que fut censé refléter le processus d'adoption de la Constitution fédérale en 1787 : le texte en fut préparé par une convention réunie à Philadelphie de mai à septembre 1787, puis ratifié dans chacune des anciennes colonies par une assemblée spécialement élue. La Constitution de 1787 rappelle que l'État est né de la volonté du peuple, et que c'est de lui qu'il retire sa légitimité. Elle se présente elle-même (art. VI) comme la « loi suprême du pays ». Ainsi la révolution politique et morale a-t-elle produit une conception spécifique de la souveraineté : la suprématie du peuple se retranscrit dans une suprématie de la constitution.

L'agencement des organes de l'État fait-il écho à cette conception de la souveraineté ? Le régime des États-Unis a pu être défini comme étant de type « présidentiel ». On peut retenir cette dénomination pour faire contraste avec le type « parlementaire », lui-même incarné par le régime britannique. Mais il ne faut pas en déduire que le président serait l'autorité la plus élevée et la plus importante de l'État. Il partage cette éminence avec le Congrès, et, à bien des égards, avec la Cour suprême. La constitution dresse, dans ses trois premiers « articles », trois piliers qu'apparemment rien ne rapproche, et qui se voient assigner chacun une mission dont ils semblent avoir le monopole : « Tous les pouvoirs législatifs... seront attribués à un Congrès » (art. I-1) ; « le pouvoir exécutif sera confié à un président » (art. II-1) ; « le pouvoir judiciaire... sera confié à une Cour suprême » (art. III-1). Cependant, la finalité des constituants n'a pas été de produire un total cloisonnement entre ces trois organes, mais « de maintenir chacun des trois principaux départements du gouvernement entièrement libres du contrôle ou de l'influence contraignante, directe ou indirecte, de chacun des autres [...] » (Cour suprême, *Humphrey's Executors v. US*, 1935). La manière dont le régime présidentiel réalise cette ambition peut être résumée

dans deux idées.

D'une part, la constitution protège chacun des trois organes principaux des moyens d'influence réciproque qui sont le propre du régime parlementaire. La constitution ne permet pas au Congrès de contraindre le président à la démission par un vote de défiance. Elle n'offre pas au président la possibilité de dissoudre le Congrès pour forcer la convocation de nouvelles élections. Cela ne signifie pas que le régime américain ne connaisse aucune forme de responsabilité politique. Tout d'abord, président et Congrès ont en commun d'être des organes électifs. L'intention des constituants, en établissant un régime à deux degrés, était de faire échapper la désignation du président au péril des passions démocratiques : le peuple élisait de grands électeurs, qui devaient eux-mêmes choisir sereinement le président. Mais les grands électeurs sont progressivement devenus de simples délégués, de sorte que la désignation du président est, à toutes fins utiles, directement le fait du peuple, s'exprimant dans le cadre des États fédérés. Dès lors, sa désignation n'est guère moins immédiatement démocratique que celle des deux chambres composant le Congrès, le Sénat et la Chambre des représentants. Du point de vue de la représentation, le

régime américain est donc un exemple de double représentation du peuple, à la fois exécutive et parlementaire. Outre qu'elle détermine à bien des égards le fonctionnement du gouvernement (v. *infra*), cette forme de représentation fait que président et membres du Congrès sont identiquement assujettis à une responsabilité électorale. D'autre part, l'exécutif est soumis, avec la procédure de l'*impeachment*, à une responsabilité constitutionnelle (*ibid.*). Cette responsabilité est certes limitée aux atteintes à la Constitution, mais elle suffit à faire une immense différence entre l'exécutif américain et le monarque britannique qui « ne pouvait mal faire ».

La seconde propriété de la conception américaine de la séparation des pouvoirs tient à ce que la spécialisation fonctionnelle (le fait que chaque organe est chargé de la réalisation d'une grande fonction de l'État) est forte, mais n'est pas totale. Prenons-en un exemple : c'est principalement le Congrès qui est en charge de l'adoption des lois. Le président n'en est pas le coauteur et ne peut même pas, en droit, prendre l'initiative d'une mesure. Mais la Constitution réserve cependant à l'exécutif une prérogative importante qui est de pouvoir opposer son veto à une loi votée par le Congrès. Les deux chambres

devront soit s'incliner, soit voter chacune à nouveau le texte à une majorité des deux tiers pour surmonter le veto présidentiel. De la même manière, aucun organe délibérant occidental ne participe autant à la fonction exécutive que le Congrès américain.

Le régime américain a longtemps été érigé en modèle dans la mesure où s'y opérait une symbiose particulièrement cohérente entre les données institutionnelles que l'on vient d'esquisser et le jeu des forces politiques. Organisés sur une base fédérale, les grands partis américains se sont constitués sur le fondement d'une conception différente de la manière de gouverner la société. Les uns voulaient d'un gouvernement très respectueux des libertés des États fédérés, les autres au contraire mettaient l'accent sur la nécessaire unité nationale dont l'État fédéral était le garant. Les partis jouent un rôle majeur dans l'élection du président et au Congrès. Cependant, il n'est pas possible, comme l'a noté P. Lauvaux, de parler de « gouvernement de parti » aux États-Unis. Les partis ne gouvernent pas comme ils pourraient le faire dans un régime parlementaire. D'abord, ils n'ont pas la structure et le caractère permanent des partis européens. Ensuite, il n'y a normalement pas de discipline partisane stricte au

Congrès. Il n'y a longtemps rien eu d'anormal dans le fait pour un élu républicain de soutenir une mesure proposée par l'administration démocrate, ou inversement. Il n'y a pas de « majorité parlementaire » proprement dite, puisque le président est désigné indépendamment du Congrès. Il n'en reste pas moins qu'il ne peut gouverner que sur la base d'un consensus que recouvre le terme (autrefois très positif) de « politique bipartisane ». Mais les années Clinton ont vu se développer un phénomène de cristallisation d'une opposition de plus en plus hostile aux initiatives, voire à la personne des présidents (tentative d'*impeachment* de Bill Clinton en 1998, focalisation de l'opposition républicaine sur la personne de B. Obama en 2008 et 2012...). Le régime ne peut fonctionner sur la base d'un cloisonnement politique des deux organes : le président et le Congrès sont même tenus de coopérer, alors même que la Constitution ne leur donne que peu d'instruments pour ce faire. Aucun président américain n'a jamais fait face ni à une majorité soumise à ses volontés, ni à une opposition permanente. Cela donne sa configuration particulière à la relation qu'il entretient avec le Congrès.

Il reste que le système a eu tendance à se gripper depuis le milieu des années 1990. Cette tendance n'a fait que

s'accuser récemment. B. Obama doit composer depuis 2010 avec une majorité républicaine à la Chambre des représentants (reconduite en 2012) qui a pris le parti de mener contre lui un combat frontal, en se montrant très peu disponible pour effectuer les transactions politiques que le régime rend pourtant nécessaires. C'est une situation dite de *deadlock*, qui semble devoir perdurer malgré la réélection d'Obama en novembre 2012. L'adoption des mesures législatives indispensables à la marche du gouvernement (crise de la dette à l'été 2011, *fiscal cliff* de 2012), ou faisant partie du programme du président élu (*Patient Protection and Affordable Care Act* de 2010), devient de plus en plus difficile. Le résultat est que l'exécutif tend à rechercher les moyens d'agir aussi unilatéralement que possible, en se passant du soutien du Congrès. Cela est apparent autant dans la politique extérieure (conduite des conflits militaires en cours) qu'en politique intérieure (renforcement de la « technocratie présidentielle »). Inefficace, périlleuse pour l'esprit des institutions autant probablement que pour le respect du *rule of law*, cette évolution réduit la valeur de modèle du système américain et suscite le sentiment d'une crise de régime dont on voit mal quelle pourrait être l'issue institutionnelle.

3. La France de la V^e République

Notre droit constitutionnel se nourrit à plusieurs sources : les principes révolutionnaires de légitimité nationale et de prévalence de la loi, d'une part ; le gouvernement parlementaire, de l'autre. Les dysfonctionnements de la III^e et de la IV^e République montrèrent que leur conciliation était difficile, leur suppression contraire au vœu des Français. En 1958, la crise algérienne a posé un problème de plus à la IV^e République. Mais celui qui fut appelé pour résoudre ce problème refusa de le poser autrement que comme un problème existentiel, ne trouvant d'issue que dans une fondation nouvelle de la légitimité. Le général de Gaulle incarnait une légitimité personnelle, puisqu'il identifiait son nom à la France. Il était aussi, depuis le discours de Bayeux de 1946, le porteur d'un projet de régime. Ce projet visait à consolider l'État par un renforcement de l'exécutif. Le projet de Bayeux maintenait les formes traditionnelles du régime représentatif et le principe de la responsabilité politique du gouvernement devant le Parlement. Mais il érigeait au-dessus de cette relation entre gouvernement et Parlement un organe, le président de la République, qui devait incarner l'État, le

garantir en cas de crise et surplomber le jeu des partis.

La présidence de la République est au centre de la construction de 1958 et sert la finalité centrale de celle-ci qu'est la régénération de l'État. L'idée gaullienne d'État ne se comprend qu'en lien avec la fonction présidentielle ; en retour, c'est à la lumière de la vision gaullienne de l'État qu'on doit appréhender la recomposition de l'exécutif. Du président, le général de Gaulle a significativement dit que « l'autorité personnelle de l'État lui était déléguée tout entière ». Cela ne supprime pas le rôle d'expression de la volonté collective accordé aux organes délibérants. Cela place au-dessus des assemblées et du gouvernement, chargés ensemble de produire la volonté nationale sous la forme de la loi, une idée supérieure de la collectivité, qui n'est pas considérée avant tout comme une « nation », mais comme une collectivité unie et forte, armée contre les périls de l'histoire, à laquelle est donné le nom d'« État ». La cause en réside, au moins en partie, dans l'impéritie des parlements, lorsqu'il s'est agi, en 1940, puis en 1958, de faire face à de tels périls. La conséquence en est le basculement du pouvoir ultime de représenter la France au profit du « chef de l'État ».

Cet « État » gaullien n'est pas une froide machinerie : il incarne la détermination d'un peuple à survivre en se retrouvant dans l'image que lui renvoie son sauveur : « Quelle que puisse être l'interprétation que l'on veuille donner à tel ou tel article, c'est vers de Gaulle que se tournent les Français » (*Mémoires d'espoir*, 1970, cité par P. Avril, *Le Régime politique de la V^e République*, LGDJ, 1979, p. 381). Pour analyser la fonction présidentielle, il ne faut pas la réduire aux pouvoirs que reconnaît la Constitution à l'institution, ni à la procédure de désignation des présidents. C'est tout de même par les pouvoirs qu'il faut commencer, car ils donnent l'image la plus fidèle de ce qu'est le président. Beaucoup de prérogatives du président s'apparentent à celles que l'on retrouve traditionnellement chez les chefs d'État des autres régimes parlementaires. Certains pouvoirs sont relatifs au fonctionnement du régime parlementaire. Le président nomme le Premier ministre et sur sa proposition les autres membres du gouvernement » (art. 8) ; il peut prononcer la dissolution de l'Assemblée nationale (art. 12), etc. D'autres concernent l'exercice de la fonction exécutive : le président possède ainsi de larges pouvoirs de nomination et d'édiction de normes (il est l'un des détenteurs du pouvoir réglementaire). Enfin, il participe à la fonction

législative : il promulgue les lois, il autorise la convocation de sessions extraordinaires du Parlement ; il nomme trois membres du Conseil constitutionnel, institution qu'il possède aussi le pouvoir de « solliciter » (M. Debré) pour lui faire contrôler la constitutionnalité d'une loi (art. 61) ou la compatibilité d'un traité avec la Constitution (art. 54). Tout cela ne ferait pas échapper le président français au lot commun des chefs de l'État de régimes parlementaires. Le point déterminant, à cette rubrique, réside dans une distinction qu'opère la Constitution entre les pouvoirs que le président exerce discrétionnairement, c'est-à-dire sans avoir à obtenir le contreseing du Premier ministre et des ministres responsables, et ceux qu'il ne peut au contraire exercer qu'avec ledit contreseing, qui suppose le consentement des intéressés et limite donc *a priori* la liberté du président. L'article 19 énumère les pouvoirs « propres » du président, exerçables sans contreseing. Parmi eux, on remarque tout de suite l'un des plus importants : la dissolution, que le président peut seul prononcer, sans que le Premier ministre puisse le remplacer, et sans qu'il soit besoin qu'il y consente.

Le président détient aussi un ensemble de prérogatives que l'on peut présenter comme relevant de la représentation de

l'État ou, comme on le dit souvent, de sa « garantie ». Cette position n'est nulle part plus apparente que dans l'article 5 de la Constitution : « Le Président de la République veille au respect de la Constitution. Il assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État. Il est le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire et du respect des traités. » Le mot d'« arbitrage » a suscité une infinité d'interprétations visant à faire comprendre comment, au rebours de son sens naturel, il pouvait désigner une puissance active de direction politique. Ces interprétations sont à peu près inutiles : le mot est un mot piégé, son sens a été neutralisé, et non pas transformé, par la pratique. Le pouvoir le plus directement associé à cette mission de garantie de l'État est celui de l'article 16, qui donne au président des pouvoirs élargis si des circonstances exceptionnelles le justifient. Ce n'est pas le plus important, mais c'est le plus expressif, voire le plus spectaculaire, en raison des circonstances dans lesquelles il étend les pouvoirs du président : « Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs

publics constitutionnels est interrompu », le président dispose alors de pouvoirs qui ne sont définis que par leur finalité : il « prend les mesures exigées par les circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des présidents des assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel ». La seule restriction tient à ce que ces mesures doivent être « inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels dans les moindres délais les moyens d'assurer leur mission ».

Malgré le manque de netteté des indications qu'ils apportent, les articles constitutionnels relatifs aux pouvoirs du président représentent la meilleure approximation juridique du sens de la fonction présidentielle. Au second plan (seulement) se trouve le mode de désignation du président. En 1958, le texte originel de la Constitution confiait cette désignation à un collège élargi, composé de parlementaires et de représentants des collectivités locales. Cette désignation indirecte n'empêchait en rien la fonction présidentielle d'être « la clé de voûte » du régime. Inversement, la réforme de 1962 tendant à faire désigner le président par le suffrage universel direct n'a pas eu pour effet de transformer radicalement le sens de l'institution et, à

travers elle, du régime tout entier : « Ce n'est pas parce que le président... est élu au suffrage universel qu'il joue le rôle que l'on sait, c'est parce qu'il joue ce rôle qu'il est élu au suffrage universel » (P. Avril). Dans d'autres démocraties parlementaires, l'élection du président au suffrage universel direct n'a pas fait de lui, faute d'une pareille intention fondatrice et de pouvoirs (notamment discrétionnaires) suffisamment larges, le « monarque républicain » qu'il est en France.

Au contraire, dans notre pays, deux éléments contribuent à installer le président à cette place prééminente. L'un a été la durée de son mandat : de 1958 à 2002, ce mandat a été de sept ans. Le septennat acquerrait une signification originale : il n'était plus le propre d'un président sans autorité, mais la garantie que de larges pouvoirs pourraient être exercés pendant une longue durée. Pour autant, le passage (au bénéfice d'un référendum de 1998) au quinquennat n'est ni un remède assuré contre la « présidentialisation » (comme on l'a promis) ni une protection sûre contre la cohabitation (comme on l'a espéré). Le dernier élément à prendre en compte est le régime de responsabilité politique du président. Celui-ci ne peut pas être démis par un vote de défiance du Parlement,

au contraire du gouvernement. Mais cela ne le rend pas totalement irresponsable. Il détient les moyens de solliciter la confiance populaire : en demandant au peuple un renouvellement de son mandat ; ou bien en requérant, en cours de mandat, cette confiance (de manière explicite ou implicite) par une dissolution, ou la convocation d'un référendum. Le président n'est responsable que s'il le veut. Le général de Gaulle avait pris pour coutume de faire dépendre son maintien au pouvoir du résultat des référendums qu'il convoquait. Ses successeurs n'ont pas repris cette coutume et ont dissocié la question de leur maintien au pouvoir des résultats de toute votation, hormis, bien sûr, l'élection présidentielle. C'est donc en raison de la pratique présidentielle qu'il faut conclure à la quasi-irresponsabilité politique du chef de l'État. Les effets en sont augmentés par une large protection du président vis-à-vis des poursuites pénales (art. 67).

Tel est le premier pilier du régime. Le second est à rechercher dans ce que l'on pourrait appeler la représentation « parlementaire ». Très visible dans le texte de 1958, mais rendu un peu transparent par l'importance prédominante accordée par la plupart des lecteurs à la présidence, se trouve un régime parlementaire en complet

état de marche, avec tout le confort moderne, et même un peu plus. Le régime est bien parlementaire puisque la Constitution reconnaît que le gouvernement doit démissionner s'il encourt un vote de défiance de l'Assemblée nationale (art. 49 et 50). Plus profondément, cet article montre que le bon fonctionnement du régime dépend de l'existence d'une relation opératoire de coopération entre le gouvernement et une majorité parlementaire. Cette relation fait le lien, ou constitue le nécessaire arrière-plan, entre certains articles stratégiques de la Constitution, spécialement celui définissant la tâche du gouvernement (art. 20 : il « détermine et conduit la politique de la nation ») et celui attribuant au Parlement la compétence législative « de droit commun » (art. 24 : « Le Parlement vote la loi »).

À travers la responsabilité qui fait dépendre le gouvernement du Parlement, on voit que cette partie de l'exécutif (le Premier ministre et le gouvernement) tire au moins une partie de sa légitimité des organes délibérants. Les deux chambres elles-mêmes sont l'incarnation d'une autre sorte de légitimité : elles sont la représentation usuelle de la nation, l'expression ordinaire de la volonté générale. Ici également, cela ne se déduit pas tant de leur

mode de désignation (suffrage universel direct, pour l'Assemblée nationale, ou indirect, pour le Sénat) que de leur compétence législative. Ce qui est original à cet égard, ce n'est pas la manière dont le Parlement exprime la volonté générale, c'est le fait qu'il ne détient plus le monopole de la fonction représentative. Comme cela a été dit, une représentation de type supérieur s'incarne dans le président de la République. On pourrait ajouter que, s'agissant même de l'expression de la volonté législative de la nation, la liberté du Parlement est bien moindre sous la V^e République que par le passé. La seule existence du CC l'atteste suffisamment. D'autre part, les prérogatives du gouvernement dans la procédure législative sont particulièrement importantes dans le texte de 1958. La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, dans un esprit de « revalorisation » du Parlement, a modifié en profondeur le profil du titre V de la constitution, relatif aux « rapports entre le Parlement et le gouvernement ». Mais il n'a pas été prouvé à ce jour qu'une telle refonte était de nature à infléchir la tendance d'ensemble des rapports entre l'exécutif et les deux chambres. En 2012, le Parlement n'est pas plus fort qu'avant juillet 2008. Mais il se peut que l'exécutif soit devenu plus faible.

Pour comprendre la V^e République, il faut toujours en revenir à la différence des logiques de légitimité qui est au cœur du régime : d'un côté, un président de la République, garant de l'État, élu au suffrage universel direct, et qui est le seul juge de sa responsabilité devant le peuple ; de l'autre, un couple gouvernement/ Parlement entretenant des rapports de coopération pratique et de légitimation assez traditionnels dans les régimes parlementaires, et que sanctionnent les procédures des articles 49 et 50 de la Constitution. Comment ces deux logiques se sont-elles combinées ? Rien ne garantissait l'harmonie. La Constitution rassurait autant les partisans d'un exécutif fort, lassés par l'instabilité passée, que ceux qui, soit par attachement au régime parlementaire, soit par fidélité au principe selon lequel le Parlement doit exprimer seul la volonté nationale, n'admettaient pas que s'installât une légitimité concurrente. Seule la pratique pouvait dire comment se ferait l'équilibre.

La configuration qui s'est imposée dans un premier temps est celle dite de la « présidentialisation ». Elle ne signifie en aucun cas la transformation en un régime présidentiel à l'américaine, mais le fait que le pilier « parlementaire » s'est trouvé subordonné à la légitimité présidentielle. La clé

de cette configuration présidentialiste se trouve dans les rapports internes à l'exécutif. La personnalité du général de Gaulle et la gravité des circonstances l'ayant ramené aux affaires ont fait que le régime a été compris comme reposant essentiellement sur la légitimité présidentielle. Le premier président a identifié l'unité de l'État avec l'unification du pouvoir, et donc la hiérarchisation au sein de l'exécutif : d'où la formule célèbre de 1964 excluant toute « dyarchie » au sein de l'État, c'est-à-dire une égalité entre président et Premier ministre, ce qui impliquait (de manière moins visible) qu'une forme de légitimité prévalait sur l'autre. Cette mise sous tutelle est passée par une lecture particulière de certains articles de la Constitution. L'article 8, alinéa 1, selon lequel le président « nomme le Premier ministre [et] met fin à ses fonctions sur la présentation par celui-ci de la démission du gouvernement » a été interprété à la lumière de la légitimité supérieure du chef de l'État : le général de Gaulle a jugé que le Premier ministre et le gouvernement procédaient de lui seul. Cela signifiait tout d'abord que le pouvoir de nomination du Premier ministre était un pouvoir discrétionnaire, qui n'était pas la simple confirmation, après des « consultations d'usage », du choix du Parlement. En conséquence, l'article 49-1^{er}, qui dispose que « le Premier

ministre, après délibération du Conseil des ministres, engage devant l'Assemblée nationale la responsabilité du gouvernement sur son programme ou éventuellement sur une déclaration de politique générale », n'a pas été interprété par les Premiers ministres successifs comme leur imposant de recevoir l'investiture, c'est-à-dire la confiance initiale, de l'Assemblée nationale. Dès 1966, Georges Pompidou affirma que gouvernement était « entièrement libre de demander ou non un vote de confiance ». D'autre part, dire que le gouvernement procédait du président a aussi signifié, bien que cela ne se déduisait pas très facilement de l'article 8, que le président pouvait réduire le premier ministre à la démission. On le vit très clairement en 1972, lorsque le Premier ministre Chaban-Delmas fut contraint par le président Pompidou de se retirer en juillet, alors qu'il avait obtenu la confiance de l'Assemblée en mai.

Parce que le gouvernement est censé, dans cette configuration, procéder du président, les pouvoirs du gouvernement ont été « captés » (A. le Divellec) par le chef de l'État. Cela n'a pas impliqué de révision de la Constitution, mais une exploitation du texte de 1958 à la lumière de la hiérarchie des légitimités instaurée par de Gaulle et reconduite par ses successeurs. L'exemple le plus

flagrant en réside dans la neutralisation du pouvoir de « déterminer et conduire la politique de la nation » confié au gouvernement par l'article 20. Cet article n'a pas été lu comme donnant ce pouvoir au gouvernement indépendamment du président, mais au contraire sous la direction supérieure (l'*arbitrage*...) de celui-ci, du moins lorsque l'on n'est pas en situation de cohabitation. Comme l'a montré l'absence de modification de la lettre des articles 5 et 20 par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, la direction politique du chef de l'État n'est pleinement opérationnelle dans la constitution qu'à l'état de principe non écrit.

Cependant, même la lecture de la Constitution la plus favorable au président ne supprime pas les alinéas 2 et 3 de l'article 49 ni l'article 50. Le Parlement n'investit pas le gouvernement, mais il ne peut être privé du pouvoir de le destituer. Le miracle accompli par la présidentialisation ne repose pas seulement sur le culte rendu au chef de l'État mais sur une pratique qui, loin de retirer sa nature parlementaire au régime, a su en tirer le meilleur parti. Michel Debré, en 1958, avait promis un « assainissement » du parlementarisme, au moyen notamment des pouvoirs reconnus au gouvernement par le titre V de la Constitution

(« des rapports entre le gouvernement et le Parlement »). Cet assainissement fut surtout réussi par un autre biais : la consolidation d'une majorité stable. Après 1962, et pour la première fois depuis 1875, on a pu parler d'un fait majoritaire, c'est-à-dire d'une situation où « un parti ou une coalition... obtiennent la majorité absolue des sièges à l'Assemblée et soutiennent le même gouvernement ou, du moins, la même tendance politique... jusqu'à la prochaine échéance électorale » (J.-M. Denquin). Cette stabilisation a été rendue possible par le pouvoir de dissolution quasi discrétionnaire du président. Ce fut le cas lors de la naissance du fait majoritaire, en 1962, à la suite du vote de la seule motion de censure « réussie » de la V^e République. Ce fut encore le cas quand, en 1981 et 1988, François Mitterrand décida la dissolution pour obtenir au Parlement la majorité qu'il avait su trouver lors de l'élection présidentielle. À travers le pouvoir de dissolution, « c'est bien le fait présidentiel qui a créé le fait majoritaire » (P. Lauvaux).

Il reste que – même lorsque la logique présidentielle produit, en même temps que ses différents effets pervers, cet effet vertueux qu'est une majorité stable au Parlement –, elle n'abolit pas la logique de légitimation parlementaire :

elle ne fait que la canaliser et la mettre sous tutelle. L'arme de la dissolution n'est pas sans risques : elle suppose que le président ait bien jugé des intentions de l'électorat. À l'intérieur même de l'exécutif, la présidentialisation ne supprime pas la dualité organique entre président et Premier ministre. Malgré certaines velléités en ce sens (de la part notamment de V. Giscard d'Estaing en 1974), le Premier ministre n'est pas réductible à un simple « directeur de cabinet » du président. Si leurs relations ne sont pas résumables en quelques formules simples, la théorie la plus convaincante quant au partage du pouvoir exécutif est celle des « niveaux d'action » : « Le gouvernement s'occupe de la conjoncture, le président veille sur l'essentiel » (J.-M. Denquin). C'est en effet le Premier ministre, et lui seul, qui peut assurer la liaison entre l'exécutif et le Parlement.

La présidentialisation ne supprime pas la dépendance de l'exécutif vis-à-vis de la confiance du Parlement. Les successeurs du général de Gaulle, et spécialement V. Giscard d'Estaing, en firent l'expérience en se confrontant à des majorités parfois peu dociles, et qu'il fallait discipliner (comme le fit amplement R. Barre) à renforts de procédures de parlementarisme rationalisé, notamment

celles des alinéas 2 et 3 de l'article 49. Cette vérité cachée de la V^e République est réapparue au grand jour dans l'autre configuration de pouvoirs qu'elle a connue : la cohabitation. Le phénomène est apparu en raison d'une conjonction de circonstances qui n'est intervenue pour la première fois qu'en 1986, mais qui était prévisible dès les commencements du régime : « Bien que la majorité qui le soutenait ait perdu les élections [législatives], le chef de l'État décide de se maintenir au pouvoir » (J.-M. Denquin). La cause déterminante de la cohabitation réside dans le refus du président de démissionner, ce qui conduit à une division au sein de l'exécutif. La domination du chef de l'État, qui est (on l'a vu) le facteur central de la présidentialisation, n'est alors plus possible, parce que le Premier ministre et son gouvernement ne « procèdent » plus de lui. En les désignant, ce dernier ne fait que donner suite à la volonté de la majorité de l'Assemblée nationale. Il n'a plus le pouvoir de révoquer discrétionnairement le Premier ministre. S'instaure donc une coexistence entre le président, d'une part, et le couple composé du gouvernement et de l'Assemblée nationale, d'autre part. Au lieu de se hiérarchiser, les deux logiques de légitimité (dont la coexistence est le trait distinctif de la V^e République) se confrontent, aucun des deux «

représentants » (président, d'un côté ; gouvernement soutenu par la majorité de l'Assemblée nationale, de l'autre) ne pouvant obtenir la démission ou la neutralisation totale de l'autre.

Avec la cohabitation (il y en a eu trois à ce jour : 1986-1988 ; 1993-1995 ; 1997-2002), l'enchantement présidentiel cesse en un instant, et on doit lui substituer une autre lecture de la Constitution. Il faut à ce sujet dissiper le mythe selon lequel la cohabitation rétablirait le sens littéral de la Constitution : elle ne conduit pas à ce que soit appliquée « la constitution, toute la constitution, rien que la constitution ». Elle repose sur un nouveau complexe d'interprétations qui prennent acte de la prédominance de la logique « parlementaire » au sein des institutions, sans pour autant transformer la V^e République en un régime parlementaire « moniste » pur, où le chef de l'État serait dépourvu de prérogatives politiques effectives. En effet, il n'est pas possible de réduire à rien le pouvoir du président de la République. Cela tient à la lettre de la Constitution, spécialement en raison de l'existence de pouvoirs dispensés de contreseing. Cela tient aussi aux traces laissées par la lecture présidentialiste, laquelle peut au demeurant toujours redevenir « active » du fait d'un

changement de la configuration politique (comme cela a été le cas au sortir de la cohabitation « longue » de 1997-2002). La cohabitation ne transforme pas le régime français en une copie au carbone du régime britannique ou allemand : elle se déroule dans un système marqué par l'expérience présidentieliste.

4. L'évolution récente de la V^e République (2007-2012)

La réforme constitutionnelle de 2008 a changé bien des choses, mais elle n'a pas modifié les grands équilibres du régime. Si un changement clé doit être signalé dans la moyenne durée, ce serait bien plutôt le passage, en 2000, au mandat de cinq ans pour le président de la République. Encore le quinquennat ne signifie-t-il rien en lui-même. Il n'est pas la cause exclusive, mais l'un des facteurs explicatifs d'une série de transformations qui doivent beaucoup à la vie des partis (création d'un parti unique de la droite modérée, l'UMP, montée en puissance du FN, échecs des tentatives pour former un « grand » parti à la gauche du PS), aux phénomènes économiques et sociaux (crise financière depuis 2008 et crise induite dans le

fonctionnement de l'Union européenne), au changement insensible des mœurs des Français et de leurs attentes vis-à-vis de la politique. On pourrait résumer ainsi ces transformations, dont le moment d'inflexion fut le quinquennat de Nicolas Sarkozy : 1/ la fonction présidentielle a pris une orientation nettement plus active, de par la personnalité de Sarkozy, mais aussi du fait des circonstances. Être plus actif ne signifie pas être plus fort : « l'hyperprésidence » pourrait bien s'être renversée en une présidence faible ; 2/ l'effacement du Premier ministre et la dévitalisation de la fonction ministérielle se sont poursuivis sans relâche ; 3/ on ne peut que constater un désordre croissant dans le fonctionnement politique du gouvernement (déclin de la solidarité) de la majorité parlementaire (maintien du fait majoritaire, mais multiplication des indisciplines et des résistances), et des grands partis capables d'exercer le pouvoir (PS, UMP) ; 4/ le Parlement reste aussi faible que jamais.

En d'autres termes, la logique interne du régime (centralité de la fonction présidentielle ; un couple gouvernement/majorité parlementaire qui doit, sous cette ombre tutélaire, faire fonctionner les mécanismes du régime parlementaire) reste en place, malgré de fortes poussées

déstabilisatrices. Le « moment 1958 » est derrière nous. Il se pourrait bien que le régime ne paraisse solide que jusqu'au jour où la force de l'érosion ne le fera tomber d'un coup. On découvrirait alors soudain qu'on était retombé sans trop s'en rendre compte dans une sorte de crise de régime (politique autant que morale) comparable à celle des années 1950. La crise dépasse aussi le cadre national. C'est l'Union européenne, aujourd'hui, qui a besoin d'une constitution et qui ne la trouve pas.