

Section 1 : L'État

L'État est le bien de tous, destiné à satisfaire le besoin collectif. La notion d'État est difficile à définir car il est tant le pouvoir central, que les gouvernants. L'État est une société politique organisée.

L'État est un concept, une idée, un artifice. C'est le support abstrait du pouvoir.

Le pouvoir politique n'est plus dans une personne mais dans une entité qui est l'État.

Georges Burdeau : *"L'État est le titulaire abstrait et permanent du pouvoir, dont les gouvernants sont des représentants passagers du pouvoir"*

La définition générale de l'État n'est pas satisfaisante.

I - Les origines de l'État

Les origines de l'État sont souvent confondues avec une définition du pouvoir. Elles seraient nées dans les empires égyptiens et chaldéens.

A - Les théories contractuelles

Dans ces conceptions, l'État apparaît comme un phénomène volontaire :

1 - La conception de Hobbes

Pour lui, l'état de nature est un obstacle aux hommes. Ils s'unissent donc pour la constitution d'un État. L'État apparaît comme une nécessité, une protection. Les hommes sont tout à fait favorables à renoncer à une partie de leurs pouvoirs afin de les transférer à l'État.

L'avènement d'un État se réalisera par un contrat conclu par les hommes afin de déterminer sa conception d'entre les Hommes.

2 - La conception de Locke

Les hommes vivent libres et égaux. Toutefois, s'ils ne parviennent pas à régler les antagonismes, ils pourront le faire en créant l'État.

3 - J.J. Rousseau

Contrat moral se dédoublant (hommes/cité). Dans ce cadre, tout associé abandonne ses droits dans la communauté. Si l'homme perd sa liberté naturelle, il gagne sa liberté civile.

Dans le cadre proposé la société est le résultat de la volonté générale pour le bien de tous. La liberté civile réalisée est préférable à la liberté naturelle.

B - La théorie des conflits

Il s'agit de tenter d'expliquer l'État par un outil juridique.

Deux théories s'affrontent ici : l'école du conflit social et l'école du conflit politique
Selon l'école du conflit social, l'Etat est une nécessité, un instrument de régulation du corps social

La conception de **Montesquieu** : *"L'État ne peut se constituer et durer que sous réserve de réaliser un principe tendant à régler les conflits"*

La conception de **J.J. Rousseau et de Locke** : Le contrat est un moyen de résoudre les conflits. Le conflit peut, en une certaine mesure, générer l'État.

Selon l'école du conflit social, l'Etat n'est pas une nécessité, c'est un instrument de domination d'une classe sur une autre classe par voie de conséquence, il est appelé à dépérir d'où les théories de dépérissement de l'Etat. Cette conception a été défendue par Karl Marx.

Selon Marx l'État résulte d'un conflit de classes. Pour lui, l'amélioration de l'homme résulte des modes de production qui permettent à leur détenteur de confisquer la plus-value résultant du travail humain. Les modes de production et rapports de classes qui en résultent constituent l'infrastructure de la société. Ce sont la morale, l'idéologie, le droit et l'État.

Les rapports de classes étant au profit de la classe dominante, l'État et le droit apparaissent comme des instruments au service de cette classe dominante. La libération de l'homme suppose la disparition de l'État.

Le prolétariat doit s'emparer de l'appareil étatique, c'est la phase de dictature du prolétariat. L'État ne peut que s'effacer, c'est la phase de dépérissement de l'État.

Pouvoir institutionnalisé.

III - Éléments constitutifs de l'État

Un territoire, une population, un pouvoir politique sont trois éléments qui à eux seuls ne définissent pas l'État.

L'État désigne un groupe sociétal, une communauté d'hommes fixée sur un territoire déterminé et relevant d'une autorité.

A - Un territoire

1 - Notion spatiale

Il n'y a pas d'État sans territoire dans la mesure où le territoire est nécessaire à l'expression de l'autorité politique. L'existence d'un État est subordonnée à l'existence d'un territoire. Les frontières qui bordent cet espace sont récentes (XVI^e siècle) grâce aux progrès des mathématiques et de la géographie.

2 - Les fonctions du territoire

Il permet de fixer les hommes et il est le siège d'une multitude d'actions. Puisque la reconnaissance de l'État dépend d'une notion de frontières, le territoire aura pour fonction d'inscrire les hommes dans un État territoire rigide.

Le territoire contribue à l'attachement des racines pour avoir une nation. Le territoire est l'un des éléments qui permettent à la nation de réaliser son unité. Le territoire est également le siège de l'État car "*Qui tient le sol tient l'habitant* "

B - Une population

I LA POPULATION

La population apparaît comme une réalité démographique et une réalité sociologique symbolisée par la nation

A : La population, une réalité démographique et juridique

La réalité démographique renvoie à l'idée selon laquelle la population est un ensemble d'individus soumis à un à un statut juridique bien déterminé.

1-La population : une réalité démographique

La population est une collectivité humaine, composée d'hommes et de femmes .Le facteur quantitatif importe peu en sens que tous les États sont égaux en droit constitutionnels.

2-La population : une réalité juridique

La réalité juridique renvoie à l'idée selon laquelle la population se compose de sujets de l'État et des étrangers vivants sur son territoire et lesquels, l'État sa souveraineté personnelle Ces sujets de droit sont :

- les nationaux ;
- Les ressortissants

S'il n'y a pas d'État sans territoire il n'y a pas d'État sans population. L'État est avant tout une communauté humaine. Une institution ne peut durer que dans un univers social, d'où la difficulté d'établir une nation.

1 - La nation

Ernest Renan (1823-1892) donne, en 1882, à la Sorbonne une conférence Qu'est-ce qu'une nation :

"Une nation est une âme, un principe spirituel. Deux choses constituent cette âme. L'une est la possession en commun d'un riche legs de souvenirs, l'autre est le désir de vivre ensemble. C'est ce désir de vivre ensemble qui donne de la nation une vision juste, c'est aussi une solidarité entre les individus. La nation n'est pas seulement un legs de souvenirs, c'est aussi un avenir, le partage d'une communauté de rêve"

La conception objective de la nation est la conception de **Fichte** : langue, religion, idéologie, géographie et surtout la race, conception subjective de la nation.

Fustelle de Coulanges : la nation ne résulte pas seulement de l'objectif, il s'agit d'associer des éléments objectifs à des éléments variés.

IV - Caractères juridiques de l'État

Deux éléments essentiels permettent de le définir :

A – personnalité juridique de l'État

C'est un procédé visant à transformer un groupement en sujets de droit. La personnalité de l'État est dissociée de ses dirigeants, et leur patrimoine ne peut être commun. Ses dirigeants ne sont pas propriétaires de leur fonction, ils font des actions au nom de l'État.

B-La souveraineté

1 – Souveraineté interne de l'État

L'État ne peut être subordonné à un quelconque pouvoir, il peut s'organiser comme il le souhaite, n'est lié à aucune règle, sa liberté est totale. L'État exerce à l'intérieur des frontières une puissance exclusive.

Les auteurs allemands comme **jelinek** déclaraient que l'État affirmait les compétences de ses compétences. Il a le pouvoir originaire, illimité, inconditionnel et donc suprême.

La présence et l'effectivité de l'Etat se manifeste par la puissance publique. Il faut le consentement des gouvernés. Ces règles constituent des normes qui s'imposent aux particuliers. Seul l'État a le monopole de la contrainte.

L'État dispose d'un pouvoir coercitif. Toutefois l'exercice de ce pouvoir doit résulter d'un consentement implicite de la population. Dans les rapports de commandement, il faut une certaine confiance.

"Le plus fort n'est jamais assez fort pour être toujours le maître, s'il ne transforme sa force en droit et son obéissance en devoir"

2 – La souveraineté externe de l'État

Elle est caractérisée par la totale indépendance de l'État par rapport aux autres États. L'État peut conclure des traités qui peuvent affecter sa souveraineté externe.

3 – Les conditions d'exercice de la souveraineté

Si la souveraineté interne est toujours pertinente, elle doit toujours prendre en compte un certain nombre de données (exemple des Droits de l'Homme). Chaque citoyen participe à la vie locale, et l'État doit transférer aux autorités locales certains pouvoirs.

La construction européenne est un abandon d'une partie de la souveraineté de l'État.

Le 30 décembre 1976, le conseil constitutionnel a déclaré la chose suivante : *" aucune disposition constitutionnelle n'autorise des transferts de souveraineté mais des limitations sont possibles "*.

En 1985 : *" la France ne peut se séparer de ses conditions essentielles d'exercice de la souveraineté. L'État ne peut s'en séparer que sous la révision de la constitution. Le respect des institutions constitue une condition essentielle de la souveraineté. La garantie des droits constitue une condition essentielle de la souveraineté "*.

Cette jurisprudence ne prenait pas compte de la réalité, car il y a eu des transferts de souveraineté notamment sous la IV^e république.

En mars 1992, sous application du 9 avril 1992, le conseil constitutionnel réinterprète l'article 54 de la constitution s'éloignant des jurisprudences de 1976 et 1985 : *" La souveraineté nationale ne s'oppose pas à ce que la France puisse conclure des actes internationaux par l'effet de transfert de compétence "*.

Le conseil constitutionnel dit que les clauses différentes de la constitution où celles qui portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté exigeront toujours une révision de la constitution.

Il y a eu révision le 25 juin 1992, après que le conseil constitutionnel ait décidé que *Le traité de Maastricht* donnait lieu à des dispositions différentes à la constitution française. Art. 88-2 de la constitution tire les conséquences de cette évolution que sous réserve de réciprocité.

La France est d'accord pour le transfert de compétence nécessaire à l'établissement de l'union économique et monétaire de l'Union Européenne. Cette souveraineté externe est marquée par le transfert de compétence.

IV – Les différentes formes de l'État

On confond souvent la forme d'organisation et de gouvernement de l'État.

La forme de gouvernement décrit le détenteur du pouvoir.

La forme d'organisation de l'État se réfère aux formes juridiques de l'État (unitaire ou composé).

A – Les États unitaires

Ils se distinguent par une seule organisation politique et juridique dotée de l'ensemble des compétences, c'est un état simple.

L'État avait la volonté de définir une véritable unité. La centralisation résulte de la volonté d'un état unitaire. C'est un pouvoir centralisé et concentré.

■ L'Etat unitaire

a) Le principe de l'unité

L'Etat unitaire, à l'exemple de la France, ne comporte sur son territoire et pour sa population qu'une seule organisation politique et juridique, un seul appareil d'Etat qui détient la plénitude de la souveraineté. La centralisation des organes est illustrée par l'unicité des autorités politiques : un seul exécutif, un seul Parlement, et une seule organisation juridictionnelle.

a) L'organisation de l'Etat unitaire

La déconcentration et la décentralisation, qui coexistent utilement, sont les deux modes d'organisation de l'Etat unitaire.

1) La déconcentration

La centralisation pure est un système dans lequel seul les organes centraux sont habilités à prendre des décisions administratives applicables sur tout le territoire. L'Etat est la seule collectivité publique.

Une telle centralisation est dangereuse pour les libertés, tout en étant d'une efficacité relative.

La déconcentration permet de pallier les inconvénients de la centralisation. Ce système consiste à reconnaître à des agents de l'Etat répartis sur tout le territoire un certain pouvoir de décision.

La centralisation subsiste puisque les agents sont hiérarchiquement subordonnés au pouvoir central ; de plus, les décisions sont imputées à l'Etat seul.

2) La décentralisation territoriale

La décentralisation territoriale consiste dans la reconnaissance par l'Etat d'autres personnes publiques territoriales, qui possèdent un pouvoir de décision sur un certain nombre de matières. A la différence du fédéralisme qui est un système politique, la décentralisation territoriale est un système administratif d'organisation. La personne publique locale n'a qu'une existence administrative. Les collectivités territoriales ne peuvent intervenir que dans la matière administrative.

L'accomplissement de la décentralisation territoriale suppose que certaines conditions soient remplies : l'attribution de la personnalité morale, la reconnaissance d'affaires propres qui sont de la compétence de la collectivité territoriale, l'indépendance des dirigeants des collectivités décentralisées (des dirigeants donc élus par les citoyens concernés et non pas nommés par l'Etat), les gouvernements nationaux disposent d'un droit de regard (exemple de la tutelle).

3) L'Etat régional ou autonome, forme « ultra décentralisée de l'Etat Unitaire » (ou « Etat sui generis » ? ou « nouvelle forme d'Etat composé » ?)

En Italie et en Espagne, la décentralisation est si approfondie que les Régions italiennes et les Communautés autonomes espagnoles sont dotées dans certaines matières de l'autonomie législative au niveau local : dans ces deux pays le constituant a voulu instaurer un Etat « régional » ou « autonome », variété ultra décentralisée de l'Etat unitaire .

Certains auteurs, estiment que l'Etat « régional » constitue une nouvelle forme juridique de l'Etat, distincte des deux modèles traditionnels (l'Etat composé ou Etat complexe) et située entre ces deux types d'Etats.

B – Les États composés

Avant d'étudier les états composés, on peut rappeler qu'il existe des formes anciennes d'états composés comme les unions personnelles, où deux monarchies ont le même monarque suite à des règles successorales, elles constituent un même état car la souveraineté des deux monarchies se fait dans la personnalité unique du monarque.

Les gouvernements sont indépendants comme l'Angleterre et le royaume de Hanovre, ou comme les Pays Bas et le royaume de Luxembourg (1815-1890). Les unions personnelles ne perdurent pas.

Les unions réelles sont des monarchies associées de façon volontaire, ses monarchies s'associent en la personne du même monarque avec des gouvernements qui peuvent avoir des ministres communs comme la Suède et la Norvège jusque 1905.

C'est la nature des liens qui déterminera s'il s'agit d'une confédération ou un état fédéral.

1 - La confédération

C'est une association d'états qui respecte la souveraineté de chacun. Elle se réalise en mettant en commun une politique. L'acte constitutif (ou institutif) est un traité. Les représentants de chaque état se rassemblent dans une conférence où les décisions seront prises à l'unanimité. S'il y a désaccord, l'état en question pourra se retirer de la confédération (Américaine, Helvétique). Les confédérations ne perdurent pas, soit elles se dissolvent, ou se transforment en état fédéral. **b) La confédération**

La confédération est une association d'Etats (au sens du droit international) qui décident de créer des organes communs pour coopérer dans un certain nombre de domaines. L'acte constitutif de la confédération est un acte de droit international (Traité) et non pas un acte de droit interne (Constitution). Les organes de la confédération sont des structures légères. La coopération entre les Etats membres est égalitaire. Chaque Etat garde sa souveraineté et doit pouvoir quitter librement la confédération. Ce respect de la souveraineté se traduit par l'application de la règle de l'unanimité, chaque décision devant être approuvée par tous les Etats membres

2 - L'état fédéral

Il est composé d'un certain nombre d'entités qui présentent les caractéristiques d'un véritable état. Chaque états fédérés disposent d'une constitution, d'un gouvernement, d'un hymne, d'un parlement et de textes propres.

Ils ne bénéficient pas de la souveraineté externe, et ne sont donc pas de vrais états. **1) La notion de fédéralisme**

L'Etat fédéral « par association » est un groupement d'Etats qui consentent à abandonner – sur un mode égalitaire – une partie de leurs compétences au profit de la communauté ; toutefois, ces entités participent à l'élaboration de décisions communes.

L'Etat fédéral est le mode d'organisation politique de presque tous les Etats les plus puissants et les plus vastes : Etats-Unis d'Amérique, fédération de Russie, Canada,

L'Etat fédéral repose toujours sur une Constitution, acte de droit interne ; pacte de la fédération, la Constitution prévoit notamment les compétences de l'Etat fédéral (super-Etat) et celles des Etats membres ou fédérés (situés au niveau inférieur).

a - La formation de l'état fédéral

Le fédéralisme par intégration est un rapprochement d'états souverains qui ont ressenti la nécessité d'un état qui se superpose à eux-mêmes.

La fédération succède souvent à une confédération.

Le fédéralisme par dissociation :

L'état accepte de transformer ses structures pour accorder à certaines collectivités une autonomie, il s'agit d'un éclatement (ex : ex-URSS).

En Belgique il y a conflit entre les wallons et les flamands : en 1970, il y a eu création de régions puis de communautés en 1980. Il y a trois régions administratives : flamande, bruxelloise et wallonne, et il y a trois communautés : flamande, germanophone et francophone.

Dès 1988, il a été décidé d'adopter des structures fédérales et la loi du 5 mai 1993 transforme la Belgique en état fédéral. **L'Etat fédéral « par dissociation » naît de l'évolution d'un Etat unitaire qui décide de donner à ses composantes une certaine indépendance juridique et politique (Belgique, réforme de 1993).**

b – Principes d'organisation de l'état fédéral

- Le principe de superposition : le fédéralisme, implique la superposition de deux ordres juridique et politique. Chaque état fédéré bénéficie d'une autonomie. La primauté permet au droit fédéral de s'imposer au droit fédéré. Par ailleurs le droit fédéral s'impose aux états fédérés sans intervention de ces derniers. **LE PRINCIPE DE SUPERPOSITION**

Deux niveaux d'organisation politique et juridique se superposent dans l'Etat fédéral : celui du centre, et celui de la périphérie (chacun des Etats membres). L'Etat fédéral dispose d'une organisation politique distincte de celle des Etats fédérés. Sur le plan international, seul apparaît l'Etat fédéral qui possède donc la souveraineté plénière. Sur le plan interne, le droit fédéral s'impose au droit fédéré (règle de la primauté).

Le principe d'autonomie : chaque état fédéré a certaines compétences et les utilise sans restriction ni ingérence. L'Etat fédéré élabore ses propres règles juridiques. C'est cette autonomie qui distingue l'organisation de ces états.

C'est la constitution qui définit la compétence de chacun : " *Tout ce qui n'est pas de la compétence de l'Etat fédéral revient à l'Etat fédéré* ".

- **LE PRINCIPE D'AUTONOMIE**

Le principe d'autonomie implique que chaque unité fédérée garde la liberté d'auto-organisation, sous réserve de respecter, par exemple, le caractère républicain de l'Etat. Chaque entité élabore donc sa propre Constitution (sauf en Belgique) et se dote d'un exécutif, d'un Parlement, et d'un appareil judiciaire.

La constitution répartit les compétences entre le centre et la périphérie. Généralement (exemple des Etats-Unis), la constitution réserve la compétence de droit commun aux Etats membres, L'Etat fédéral ne disposant que d'une compétence d'attribution.

Parfois, outre les pouvoirs spécifiques au centre et à la périphérie, sont également prévus par la Constitution fédérale des secteurs de compétence « concurrente » entre la fédération et les Etats fédérés (Allemagne, Russie), ou même des secteurs de compétence « complémentaire » (Allemagne, Suisse).

L'Etat fédéral possède toujours des compétences minimales (la diplomatie, la défense, l'économie, les compétences douanières, la citoyenneté et la nationalité).

Les conflits de compétence sont réglés par la voie juridictionnelle. La Cour suprême des Etats-Unis, la Cour constitutionnelle en Allemagne, en Russie, etc., se présentent comme l'organe protecteur et régulateur du fédéralisme.

Les Etats membres participent à la vie des institutions fédérales. Ils ne sont pas totalement exclus de l'exercice des compétences qu'ils ont déléguées à l'Etat fédéral (fédéralisme par association).

Les Etats membres participent indirectement un pouvoir exécutif ; en effet, les entités fédérées collaborent généralement à la désignation des titulaires du pouvoir exécutif fédéral (désignation du gouvernement fédéral en Suisse ; élection du président fédéral en Allemagne).

Le principe de participation : cela s'exprime par l'intervention de leurs représentants au sein des instances fédérales. Le parlement des États fédéraux dispose de deux chambres, il y a bicamérisme. L'une est le représentant du peuple et l'autre est le représentant des unités fédérées (sénat).

La représentation est la même au sein de chaque état. Chaque Lander au Bundestag dispose de trois à six sièges en fonction de leur population.

En principe, les deux chambres ont les mêmes prérogatives. La chambre fédérale a des pouvoirs supérieurs par rapport à la chambre des représentants du peuple. Les chambres peuvent avoir les mêmes pouvoirs. La chambre peut ne pas avoir tous les pouvoirs reconnus à l'autre chambre tout en ayant égalité pour la législation.

3 - L'évolution du fédéralisme

Il y a des difficultés à cause de la complexité du système. Le fédéralisme va dans le sens d'un renforcement de l'État fédéral au détriment des États fédérés.

L'État fédéral est mieux armé pour répondre aux aspirations des citoyens pour imposer un réglementation appropriée, soucieuse des grands équilibres. Sur le plan financier les États fédérés n'ont plus les principales ressources comme l'impôt sur le revenu. La cour chargée de régler les différents entre l'État fédéral et un État fédéré donne souvent gain de cause à l'État fédéral.

La communauté européenne s'inscrit dans un type confédéral car il y a un traité et non pas une constitution. Ce sont les États qui ont les décisions les plus importantes pour les problèmes sensibles comme la défense où il y a simple coopération. A savoir si cette confédération ne figure pas une véritable fédération.

Section 3 : La constitution

Le XVIII^e siècle, siècle des lumières, amène une approche de la constitution.

Le constitutionalisme propose de supprimer les coutumes par une constitutionnalisation écrite destinée à limiter le pouvoir hiérarchique. Ainsi les révolutionnaires de 1789 conçoivent la constitution comme la possibilité de faire un État et comme possible de diminuer le pouvoir royal.

Cette interprétation est dans l'art. 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, et la séparation des pouvoirs non déterminée n'a pas de constitution.

Cet exemple montre que toute constitution présente le rôle accordé à l'État, et, l'organisation des pouvoirs est subordonnée à la société. Il y a une constitution sociale imprégnée d'une institution politique.

I - Notion de constitution

A - Constitution matérielle et formelle

La définition matérielle s'intéresse au contenu de la constitution, à l'ensemble des règles relatives à la dévolution et à l'exercice du pouvoir.

Définition matérielle et définition organique de la Constitution

a) Le critère matériel de la Constitution.

Le critère matériel prend en considération le contenu du texte fondateur, à savoir l'ensemble des règles les plus importantes qui régissent l'organisation et le fonctionnement des pouvoirs publics. La Constitution énonce les règles relatives à la forme de l'Etat, au statut des gouvernants, à l'exercice du pouvoir ; au maximum, elle englobe le droit électoral, le statut des partis politiques et les droits fondamentaux.

b) Le critère organique ou formel de la Constitution

Le critère organique privilégie le contenant et non plus le contenu, c'est-à-dire la procédure juridique d'élaboration et de révision de la Loi fondamentale. La Constitution apparaît alors comme un ensemble de règles juridiques élaborées et révisées selon une procédure spéciale et supérieure à celle utilisée pour les autres normes juridiques.

Habituellement, les règles les plus importantes de l'Etat bénéficient d'un régime juridique supérieur. Exceptionnellement, les deux critères sont dissociés ; ainsi, le Royaume-Uni (malgré quelques textes) est doté d'une coutume constitutionnelle, donc d'une Constitution uniquement matérielle.

B - Constitutions écrites et coutumières

Constitution écrite et Constitution coutumière

a) La Constitution écrite

b) La Constitution coutumière

La Constitution coutumière est l'ensemble des règles coutumières relatives à la dévolution et à l'exercice du pouvoir.

La coutume constitutionnelle est une règle de droit non écrite qui résulte de précédents concordants auxquels les pouvoirs publics se soumettent. Cette coutume doit répondre à trois conditions : la constance (répétition dans le temps d'un même fait), la continuité (la répétition doit être ininterrompue), la conviction ou « opinio juris » (la coutume doit faire l'objet d'un très large consensus et être considérée comme une véritable règle de droit).

La Royaume-Uni est le seul grand pays doté d'une coutume constitutionnelle et non pas d'un texte fondateur ; toutefois, quelques textes existent, certains très anciens (comme la Grande Charte de 1215, la Pétition des droits de 1628, l'Act

d'Habeas Corpus de 1679, le Bill of Rights de 1689, d'autres plus récents (comme les Parliament Acts de 1911 et de 1949 qui ont consacré le déclin de la Chambre des Lords...

En revanche, les règles essentielles, celles relatives au fonctionnement du système politique britannique sont d'origine coutumière : régime parlementaire, droit de dissolution, responsabilité politique du gouvernement, etc.

Elle est écrite, quand les principales règles sont consignées dans un document écrit et solennel. C'est la forme la plus moderne car l'écrit apporte des garanties contre l'arbitraire.

Le mode d'établissement de la constitution écrite permet de réunir le peuple; or, le peuple est écarté des règles coutumières. Les premières constitutions écrites sont des constitutions grecques, puis romaines. La colonisation anglaise de l'Amérique a fait naître une constitution pour rejeter la domination anglaise.

En 1776 : constitution de Virginie ; 3 mai 1791 en Pologne ; 3 septembre 1791 : France
Les règles reposent sur la coutume qui pendant une longue période a bénéficié d'un grand consensus. De nos jours les constitutions coutumières sont rares comme l'Arabie Saoudite, la Grande Bretagne. Celle de la Grande Bretagne est basée sur de grands textes écrits.

Il ne faut pas confondre constitution coutumière et coutume constitutionnelle. La constitution coutumière résulte de tradition écartant l'écrit. La coutume constitutionnelle apparaît dans un état dont la constitution est écrite.

Dans une constitution écrite il peut exister des règles non écrites qui ont une valeur constitutionnelle. La coutume constitutionnelle résulterait de pratiques qui présenteraient un certain nombre de caractères.

Pour que la coutume soit reconnue, il faut une répétition pendant une longue période car " une fois n'est pas coutume ". Il faut qu'il y ait consensus des organes intéressés.

La coutume pourrait intervenir pour compléter la constitution ou pour l'interpréter, donc, la coutume deviendrait interprétative ou supplétive.

La coutume pourrait intervenir pour différencier la constitution et annuler une des dispositions de la constitution. En réalité, cela n'est pas pertinent, la plupart des auteurs disent qu'il n'y a pas la place pour les coutumes. On constate dans la pratique l'existence de certains usages considérés comme obligatoires.

C - Constitution rigide et souple

1 - La constitution rigide

Elle ne peut être révisée que par une organisation distincte et selon une procédure différente que celle de l'adoption d'une loi ordinaire. Il y a méfiance à l'égard du législateur.

La distinction entre les Constitutions « souples » et les Constitutions « rigides »

- **La Constitution est « souple » lorsque la Loi fondamentale ne prévoit pas de règles particulières pour sa modification. La Constitution est alors révisée par les organes compétents et selon la procédure prévue pour l'élaboration**

des lois ordinaires. Les Constitutions coutumières sont presque toujours souples.

- **La constitution est « rigide » quand sa révision s'opère selon une procédure supérieure à celle utilisée pour élaborer les lois ordinaires. Par rapport à la procédure législative ordinaire, l'organe compétent est distinct (par exemple les deux chambres réunies en congrès) et (le plus souvent) les modalités d'adoption du texte sont différentes (vote à la majorité des deux tiers des parlementaires ou et- référendum de ratification). En réalité, la Constitution est plus ou moins rigide, en fonction de la complexité de la procédure de révision.**

2 - La constitution souple

-La Constitution est « souple » lorsque la Loi fondamentale ne prévoit pas de règles particulières pour sa modification. La Constitution est alors révisée par les organes compétents et selon la procédure prévue pour l'élaboration des lois ordinaires. Les Constitutions coutumières sont presque toujours souples.

C'est celle qui peut être révisée par les organes, les procédures utilisées pour l'adoption de lois ordinaires. Il n'y a pas de hiérarchie entre la constitution et les lois ordinaires. En principe les constitutions coutumières sont souples et les constitutions écrites le sont rarement.

II - Établissement et révision des constitutions

A - Établissement des constitutions

1 - Le pouvoir constituant originaire

C'est la faculté d'établir les règles fondamentales contenues dans un acte solennel. Le pouvoir constituant originaire appartient à ceux qui ont décidé d'institutionnaliser le pouvoir. Ce pouvoir constitutionnalisant originaire peut intervenir à la suite d'une révolution qui a balayé l'ordre constitutionnel antérieur. Il peut intervenir lors d'un vide juridique, à la suite d'une guerre.

2 - Modalités d'établissement des constitutions

- Les procédés autoritaires; il s'agit de procédés non démocratiques, le peuple est exclu. On fait parfois appel au peuple pour ratifier sans qu'il n'ait à donner son avis (ex : constitution de l'an huit).
- Les procédés démocratiques; ils confient à une assemblée élue par le peuple qui est chargée d'élaborer une constitution (1848 & 1875).

b) La mise en œuvre du pouvoir constituant originaire

1) Les procédés non démocratiques

- **La technique de l'octroi : le titulaire du pouvoir accorde de sa seule volonté une Constitution à son peuple ou à ses sujets(France, Charte du 4 juin 1814).**
- **Le technique du pacte constituant :**

1) Les procédés démocratiques

• L'ELECTION D'UNE ASSEMBLEE CONSTITUANTE

L'assemblée élue est une « assemblée constituante ad hoc » dont la mission se limite à élaborer une Constitution (Convention de Philadelphie, Etats-Unis, 1787), ou une assemblée constituante et législative » qui a pour mission non seulement de rédiger la constitution mais aussi de voter les lois ordinaires (dont le budget).

L'assemblée constituante « souveraine » rédige et approuve la Constitution sans l'intervention du peuple (France, C, 1791, 1848, LC de 1875). L'assemblée constituante « limitée » prépare un projet soumis ensuite à la ratification populaire au moyen du référendum (mai et octobre 1946).

• L'INTERVENTION DEMOCRATIQUE DU POUVOIR EXECUTIF

En certaines circonstances, le pouvoir exécutif se fait reconnaître démocratiquement le droit de rédiger le texte constitutionnel, à charge de solliciter certains avis, et surtout de soumettre le projet à ratification populaire, par la voie du référendum.

■ La révision des Constitutions

a) Le pouvoir constituant « dérivé » ou « institué »

1) La notion de pouvoir constituant dérivé

Les autres de la Constitution ont prévu dans le texte même les formes et les mécanismes à respecter pour réviser la Loi fondamentale. Le pouvoir constituant dérivé est donc subordonné au pouvoir constituant originaire.

La distinction entre les Constitutions « souples » et les Constitutions « rigides »

- La Constitution est « souple » lorsque la Loi fondamentale ne prévoit pas de règles particulières pour sa modification. La Constitution est alors révisée par les organes compétents et selon la procédure prévue pour l'élaboration des lois ordinaires. Les Constitutions coutumières sont presque toujours souples.
- La constitution est « rigide » quand sa révision s'opère selon une procédure supérieure à celle utilisée pour élaborer les lois ordinaires. Par rapport à la procédure législative ordinaire, l'organe compétent est distinct (par exemple les deux chambres réunies en congrès) et (le plus souvent) les modalités d'adoption du texte sont différentes (vote à la majorité des deux tiers des parlementaires ou et- référendum de ratification). En réalité, la Constitution est plus ou moins rigide, en fonction de la complexité de la procédure de révision.
- L'initiative du projet ou de la proposition de révision appartient le plus souvent aux organes exécutifs et au Parlement. Le peuple possède rarement le droit d'initiative (demande de 100 000 citoyens en Suisse). Exceptionnellement, l'initiative appartient uniquement au pouvoir ou exclusivement

B – Révision des constitutions

1 – Le pouvoir constituant dérivé

Encore appelé institué, il est le pouvoir de faire réviser la constitution.

2 – La mise en œuvre de la révision

La solution française partage cette initiative entre le gouvernement et le parlement. Quand l'initiative appartient au parlement celle-ci a peu de chance de voir le jour sans l'accord du gouvernement.

Le peuple ne prend jamais l'initiative de la révision de la constitution parce que le peuple est titulaire du pouvoir constituant originaire et non pas du pouvoir constituant dérivé.

3 – La procédure de la révision

Elle peut être confiée à une assemblée spéciale composée de représentants élus.

Dans cette assemblée spéciale, il y a deux possibilités :

- Des représentants faisant partie d'assemblées parlementaires, mais qui siègent dans une formation différente. La loi constitutionnelle du 25 février 1975, prévoit qu'ils avaient le droit de déclarer la révision de la constitution (art. 8) et qu'il y ait une assemblée nationale pour réviser la constitution. Les représentants sont élus spécialement pour réviser la constitution, il y a une convention.
- Des représentants élus appartenant au peuple, auquel le projet de révision est soumis par référendum.

4 – Les limites de la révision

Les limites de forme peuvent tenir aux délais et circonstances de la révision. Les limites de délais utilisés pour conforter une constitution naissante.

L'article 7 de la constitution de 1958 évite la révision quand il y a vacance du président de la république (maladie, mort...). L'article 89 l'interdit quand il y a une affectation du territoire.

Les limites de fond interdisent les modifications jugées sur des dispositions importantes. Le dernier alinéa de l'article 89 ne permet pas de modifier la cause républicaine du gouvernement.

III – Le contenu des constitutions

Les constituants sont libres, il n'y a pas de canevas universel. La constitution contient des règles relatives à l'institution du pouvoir et son organisation.

A – L'organisation et dévolution du pouvoir

1 – Détermination des organes

L'État a trois fonctions : législative, exécutive et judiciaire.

Il incombe à la constitution de nommer le titulaire de chacune de ces fonctions en précisant l'application, les pouvoirs et les limites.

2 - Les rapports entre les différents organes

Les lois organiques prévoient ces répartitions

B - La protection des droits et libertés des citoyens

1 - Principes affirmés par les déclarations

Liberté de penser, d'expression, d'aller et venir.

Déclaration française : La DDHC (Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen) du 26 août 1789 est placée en tête de notre première constitution écrite en 1791.

Il faut distinguer la garantie des droits et la déclaration des droits à caractère philosophique.

2 - Valeur juridique de la DDHC

La valeur juridique des déclarations dépend de plusieurs facteurs comme :

- leur place dans le texte constitutionnel
- la nature des droits qui sont affirmés
- le contrôle de constitutionnalité qui leur est opéré, l'autorité juridique de 1789 et de 1946. Celle de 1789 n'avait pas de valeurs, de normes juridiques. Elle devait éclairer le constituant.

Le 16 juillet 1971, il y a eu intégration de la DDHC de 1789 donc, elle a la même valeur que la constitution.

IV - L'autorité de la constitution

A - Suprématie de la constitution

Un système juridique est un ensemble organisé de normes. Certaines normes s'imposeront, il y aura une hiérarchie des normes représentées par la forme pyramidale (cf. Kelsen).

Une norme tire sa légitimité par sa conformité à une autre norme supérieure, c'est la pyramide de Kelsen. Si la constitution est au sommet, elle s'impose à toutes les autres normes. Ceci nous donne le caractère contraignant et solennel. La constitution sert de fondement à la validité de l'ordre juridique dans sa globalité. Une norme suprême est posée. Cette autorité de la constitution ne serait rien si elle n'était pas protégée.

B - Protection juridique de la constitution : le contrôle de constitutionnalité des lois

Il revient à conférer à un organe la faculté de contrôler la conformité de la loi à la constitution. Le contrôle de constitutionnalité s'applique pour la protection de la constitution.

La constitution peut être violée par certains organes comme l'exécutif soit par négligence, ignorance ou en toute connaissance de cause.

1 – Les organes de contrôle de la constitutionnalité

La loi est le principal véhicule politique.

Le fait de contrôler une loi et éventuellement de la censurer, peut être interprété comme une hostilité envers une politique.

Il y a deux solutions possibles :

- en admettant la nature politique de ce contrôle et en le confiant à un organe politique.
- en n'admettant pas la nature politique en le confiant à l'organe juridictionnel.

a – Le contrôle par un organe politique

Dans ce cadre, le contrôle est confié à des non spécialistes du droit; ou de quelques spécialistes qui ont pour vocation principale la politique.

Le comité constitutionnel de 1946 donne cette conformité. Ce sont les auteurs que la loi qui vont désigner les contrôleurs échappant ainsi à toute critique. Il y a absence d'organe de contrôle, car il aura intention de faire un contrôle d'opportunité et non pas de constitutionnalité (juridique).

b – Le contrôle par un organe juridictionnel

En principe, les préférences politiques sont écartées, c'est un contrôle qui fait appel à une notion juridique. Cet organe peut être un organe juridictionnel ordinaire ou créé à cet effet.

Les cours constitutionnelles sont elles indépendantes ?

Les garanties conférées à ces organes leur donne une certaine indépendance, mais peuvent rester une institution politique.

2 – Modalités du contrôle de constitutionnalité

a – La procédure du contrôle

 La saisine : il s'agit de saisir les titulaires du contrôle.

Cette saisine peut être large ou étroite. Il y a eu une tentative française de la saisine par le citoyen qui est restée sans lendemain. Un contrôle ouvert aux hautes autorités politiques donnerait lieu à un inconvénient. En effet, ces autorités sont souvent d'une même idéologie politique. En France la révision du 29/10/1974 a permis à 60 députés ou sénateurs de saisir le conseil constitutionnel, c'est un début du statut de l'opposition.

 Le choix du moment : le contrôle peut intervenir avant, ou après la mise en vigueur de la loi.

Le contrôle à priori intervient avant la promulgation de la loi. C'est un contrôle abstrait intervenant en dehors de toute application de la loi (la loi ne va pas altérer tout un système juridique). Ce n'est pas un système exempt de tout reproche car il intervient à chaud, à un moment où les détracteurs de la loi ne sont pas apaisés; et la loi n'a pas livré toutes ses dispositions contraires à la constitution.

Le contrôle à posteriori vient après la promulgation de la loi, c'est un contrôle concret

Ce système risque d'affecter l'ordre juridique.

b - Les modes de contrôle

Le contrôle par voie d'action : c'est la loi qui est remise en cause.

- **LE CONTROLE PAR VOIE D'ACTION**

Le contrôle par voie d'action est un recours objectif, un procès fait à la loi, le saisissant demandant à la Cour constitutionnelle d'annuler la loi (contrôle a posteriori) ou de la censurer (contrôle a priori) pour inconstitutionnalité. Ce contrôle est dit « abstrait » ou « objectif » car le litige soumis à la Cour constitutionnelle ne résulte pas d'une confrontation classique entre deux parties à un procès et ne suppose pas la résolution d'un litige particulier antérieur.

Il peut être exercé à priori ou à posteriori.

Dans le cadre d'un contrôle à priori et si la loi est reconnue inconstitutionnelle, le texte ne pourra être promulgué. Dans le posteriori, les effets de la loi seront annulés.

Le contrôle par la voie d'exception ne vise pas une démonstration législative. L'inconstitutionnalité de la loi n'est pas soulevée à titre principal, il s'agit d'obtenir la non application du texte. Le citoyen soutient que la loi qu'on veut lui imposer est une exception d'inconstitutionnalité.

Soit le juge ordinaire est compétent pour cette exception d'inconstitutionnalité. Soit le juge ordinaire n'est pas compétent en ne voulant pas se prononcer, il doit surseoir à statuer et donne autorité à la cour compétente, qui après avoir statué renverra cela devant le juge. L'action n'aboutit pas à l'annulation de la loi, mais au refus du juge de l'appliquer au cas considéré.

Le contrôle par voie d'exception est pratiqué en Allemagne, Suisse, USA et Italie.

Avant le juge considérait qu'il devait d'appliquer toutes les lois, mais à partir de 1823 la cour suprême a eu à se prononcer contre un problème d'inconstitutionnalité. Aux USA l'exception d'inconstitutionnalité peut être soulevée par tout citoyen devant le juge ordinaire qui est compétent.

- La cour suprême n'a pas trop de compétence pour la vérification d'inconstitutionnalité mais la cour suprême est le sommet de la pyramide et se sera elle qui sera appelée à se prononcer en dernier recours. En dernière analyse, elle se prononcera pour ce problème de contrôle de constitutionnalité. Ces décisions auront autorité absolue de la chose jugée. **LE CONTROLE PAR VOIE D'EXCEPTION**

La saisine par voie d'exception suppose qu'au cours d'une instance le plaideur - à l'encontre duquel une loi est invoquée - demande au tribunal de ne pas faire application de cette loi, le requérant estimant qu'elle est contraire à la Constitution. Le justiciable soulève ainsi l'exception d'inconstitutionnalité ; il ne s'agit donc pas d'une demande d'annulation de la loi. Ce procédé est plus souple que le contrôle par voie d'action, il est moins désobligeant pour le législateur, et épargne la susceptibilité des parlementaires : certes, le juge écartera l'application de la loi s'il l'estime contraire à la Constitution, mais la loi continuera juridiquement à exister. Ce contrôle (toujours a posteriori) est

dit « concret », ou « subjectif » puisqu'il s'exerce à l'occasion de litiges particuliers et de cas concrets.

Dans le modèle américain, il appartient au juge de se prononcer sur la régularité de la loi, le juge de l'action étant le juge de l'exception.

La loi reconnue inconstitutionnelle par le juge (quel que soit le niveau de juridiction) ne sera pas appliquée au procès en cours ; l'effet ne sera qu'inter partes, c'est-à-dire limité aux parties : la loi pourra être invoquée à nouveau, dans un autre procès devant un autre tribunal, ou devant le même tribunal. En fait, quand elle a été déclarée inconstitutionnelle par la Cour suprême (Etats-Unis)

Section 4 : La démocratie

De façon idéale, c'est le régime dans lequel le peuple est souverain.

"Le gouvernement du peuple par le peuple et pour le peuple" (Lincoln).

■ La notion de démocratie

a) La définition de la démocratie

La démocratie pluraliste, pratiquée par toutes les grandes sociétés industrielles occidentales, est fondée sur la liberté. Ce type de démocratie est contesté par l'idéologie marxiste qui préconise la quête de l'égalité réelle, avec l'avènement d'une démocratie économique et sociale. Dans les Etats marxistes, la dictature du prolétariat a fait place à la dictature d'une oligarchie politique, privilégiée (la nomenklatura), et les libertés sont sacrifiées (régime de parti unique ; police politique, élections d'adhésion, délit d'opinion sanctionné par la déportation au goulag, etc.)

I - Les fondements de la démocratie

b) Les conditions de la démocratie

- L'instauration du suffrage universel direct : tous les citoyens doivent disposer du droit de vote ; le suffrage censitaire est donc contraire à la démocratie.

- Le respect des droits de l'opposition : la majorité doit respecter les droits de la minorité ; l'opposition aura la possibilité d'accéder au pouvoir (l'alternance politique) à la suite d'élections sincères et démocratiquement organisées ; au sein de l'organe représentatif, les élus de l'opposition bénéficieront des immunités parlementaires et siégeront dans les instances parlementaires (commissions législatives, commissions d'enquête, etc.)

La liberté constitue la valeur essentielle de la démocratie et elle ne peut s'épanouir que dans le cas d'un pluralisme politique obtenu dans le cadre d'un consensus, dans le cadre d'un principe majoritaire.

A - La liberté

C'est la liberté de chaque citoyen, placé au centre de la société qui conditionne l'ensemble des institutions. A cette primauté est associée l'idée d'égalité de tous les citoyens.

La liberté trouve un écho significatif dans les DDHC, article premier : *"les Hommes naissent libres et égaux en droits"*. De cette affirmation découle l'ensemble des droits des citoyens, la liberté politique, les libertés individuelles telles que la sûreté, d'aller et venir, de penser..., ainsi que les libertés économiques.

Toutefois, cette liberté n'est pas sans bornes : article 4 des DDHC *"La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas aux autres"*.

- **Le libéralisme politique : la liberté de la presse et la liberté de la communication audio-visuelle doivent être respectées ; en effet, elles permettent aux partis d'opposition de présenter leur programme, tout en critiquant la politique gouvernementale.**

B - Le pluralisme politique

La démocratie impose la nécessité pour le peuple de désigner ses représentants. La démocratie suppose le pluralisme politique et suppose la multitude de choix. La démocratie libérale doit faire apparaître une multitude de partis, que les citoyens choisiront en toute connaissance de cause. Le multipartisme est nécessaire pour ce type de régime. La démocratie ne peut pas se décliner en terme de nature unilatérale, mais elle doit se décliner en pluralité.

- **Le libéralisme politique : la liberté de la presse et la liberté de la communication audio-visuelle doivent être respectées ; en effet, elles permettent aux partis d'opposition de présenter leur programme, tout en critiquant la politique gouvernementale.**

- **Le pluralisme politique : les électeurs ont le choix entre différents programmes politiques, entre différentes idéologies, ce qui nécessite l'existence du pluralisme des partis ; ainsi l'article 4 C (France, Ve République) dispose : « Les partis et groupements politiques concourent à l'expression du suffrage. Ils se forment et exercent leur activité librement. Ils doivent respecter les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie ».**

C - Principe majoritaire

Il ne faut pas l'éparpillement des idées, mais il doit y avoir un consensus minimum existant en faveur du principe majoritaire à l'occasion des élections.

Ce sont les élections qui déterminent le principe majoritaire.

- **Le principe majoritaire : les volontés individuelles sont additionnées lors des élections ; ce sont les électeurs qui font la majorité habilitée à exercer le pouvoir ; la légitimité à gouverner procède donc de l'élection.**
-
- **D - L'instauration du suffrage universel direct : tous les citoyens doivent disposer du droit de vote ; le suffrage censitaire est donc contraire à la démocratie**

E- Le respect des droits de l'opposition : la majorité doit respecter les droits de la minorité ; l'opposition aura la possibilité d'accéder au pouvoir (l'alternance politique) à la suite d'élections sincères et démocratiquement organisées ; au sein de l'organe représentatif, les élus de l'opposition bénéficieront des immunités parlementaires et siégeront dans les instances parlementaires (commissions législatives, commissions d'enquête, etc.)

II - Le citoyen dans la démocratie

A - La participation du citoyen au pouvoir

La participation du citoyen au pouvoir suppose qu'au préalable, aient été réglés les fonctionnements de sa légitimité. La question est de savoir qui est le détenteur de la souveraineté. Les philosophes des lumières estimaient que l'Homme est le résultat, et la source de tout pouvoir. Il y a deux expressions :

- La souveraineté populaire
- La souveraineté nationale

1 - Le titulaire de la souveraineté

a - La souveraineté nationale

Selon cette théorie, la souveraineté appartient à la nation; c'est à dire une identité abstraite, distincte des individus qui la compose. C'est une conception ancienne, mais reprise au XVIII^e : article 3 des DDHC "*Le principe de souveraineté réside essentiellement dans la nation*".

Il s'agissait de transférer la souveraineté du roi à la nation.

Selon l'article premier du titre trois de la constitution de 1791; la souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible.

Une et indivisible; c'est à dire que la nation est globale, elle a une seule volonté. La nation n'appartient plus pour partie à chacun des citoyens.

Inaliénable; c'est à dire que la délégation est confiée à titre temporaire.

Imprescriptible; c'est à dire qu'elle peut être ôtée à tout moment.

Si la nation est titulaire de la souveraineté, elle la délègue à des représentants à titre provisoire. Donc, elle postule à un régime représentatif. Les électeurs n'exercent pas un droit, mais une fonction confiée par la nation : c'est la théorie de l'électorat fonction.

Comme il s'agit d'une fonction et non pas d'un droit, elle est libre d'accorder ou pas. Les représentants représenteront l'ensemble de la nation, et non pas les représentants de telle ou telle circonscription; donc le mandat impératif est proscrit. **Souveraineté dans les démocraties pluralistes**

a) La théorie de la souveraineté nationale

la souveraineté est confiée à la nation, être collectif et indivisible, distinct des individus qui la composent ; elle ne s'identifie pas à la somme des citoyens vivant à un moment donné sur le territoire national ; elle embrasse à la fois les générations passées, présentes et à venir. Inventée par les Monarchomaques.

La théorie de la souveraineté nationale emporte trois conséquences :

- **une souveraineté unique et indivisible : la nation, être collectif et unique, n'a qu'une seule volonté ; elle peut donc déléguer sa souveraineté, mais seulement en**

totalité, à des représentants élus, par conséquent aux assemblées parlementaires ;

- **une souveraineté inaliénable ; la nation ne peut déléguer sa souveraineté que pour une durée limitée ;**
- **une souveraineté imprescriptible : la nation peut toujours décider de récupérer la souveraineté au moment de son choix, et ceci quelle que soit la durée pour laquelle a été délégué son exercice.**

La nation étant une entité, elle doit pour exercer sa souveraineté passer par l'intermédiaire de représentants, personnes physiques. La souveraineté nationale suppose donc la mise en place d'un régime représentatif.

Les électeurs n'exercent pas un droit mais une fonction, que la nation peut très bien réserver à un petit nombre de citoyens.

Le mandat public est « national » puisque les élus représentent la nation toute entière, et non pas les électeurs de leur circonscription (locale). Le mandat est « représentatif » puisque les élus ne peuvent ni recevoir d'ordres de leurs électeurs, ni être révoqués par ceux-ci : le mandat « impératif » est donc prohibé.