



**UNIVERSITE SIDI MOHAMED BEN ABDELLAH
FACULTE DES SCIENCES JURIDIQUES,
ECONOMIQUES ET SOCIALES - FES**



**Cours de
THEORIE GENERALE
DROIT CONSTITUTIONNEL**

Second semestre de la licence

Pr. Mohamed FAKIHI

Edition 2014-2015

INTRODUCTION

L'importance de l'enseignement du droit constitutionnel n'est pas à rappeler.

Un cours de droit constitutionnel fait office non seulement d'une initiation à la chose juridique, il se présente surtout comme une discipline d'actualité, dont la connaissance incite l'étudiant, le juriste et le citoyen, à une réflexion critique, permettant de développer une perception précise du déroulement des mécanismes du pouvoir et de l'Etat.

La préoccupation du citoyen confronté au pouvoir ne se réduit plus à l'appétence d'empêcher l'arbitraire des gouvernants,

Mais surtout à s'adapter à un environnement social et politique d'un très haut degré de complexité, parce que sous l'effet de transformations rapides sur des plans divers.

- Intrasociétal :

Réformes politiques, évolution des mœurs et des pratiques politiques, progrès social et économique....,

- International :

Impératifs du Nouvel Ordre International, mondialisation, guerre contre le terrorisme, ... à titre d'exemple.

Définition du droit constitutionnel.

La définition du « **droit constitutionnel** » a fait l'objet d'une controverse doctrinale qui, jusqu'à présent, demeure toute entière.

Au regard de certains auteurs, l'évolution rapide de l'objet de cette discipline en a rendu impossible toute définition matérielle.

Mais ceci n'a pas empêché d'autres auteurs de proposer une certaine définition de la notion de « droit constitutionnel ».

C'est « **une technique de l'autorité** » affirme Marcel Prélot.

Dans son acception aussi bien logique que pédagogique, le droit constitutionnel doit ainsi se définir : la science des règles juridiques suivant lesquelles s'établit, s'exerce et se transmet le pouvoir politique.»

Une définition plus générale est proposée par Jacques Cadart :

l'ensemble des règles de droit qui détermine la composition, les mécanismes, et les compétences ou pouvoirs des organes supérieurs de l'État : gouvernants et peuples ».

Pour dégager la signification profonde de cette définition, l'auteur en précise l'objet, voire même l'objet ultime du droit constitutionnel.

Il ajoute « ces règles ont pour but,... d'assurer la suprématie du droit sur les gouvernants (Parlement, gouvernement, Chef de l'État et pouvoir juridictionnel) et même sur la majorité du peuple et, par la suite, de garantir la liberté : le règne du droit.»

Objet du droit constitutionnel.

Le droit constitutionnel est une discipline relativement récente.

En 1834 que François Guizot met en place la chaire de droit constitutionnel à la faculté de droit de Paris.

Depuis cette date et pendant longtemps, l'expression « droit constitutionnel » a porté la signification de « droit de la constitution ».

- Prélot M, Boulouis J. « Institutions politiques et droit constitutionnel », 8e édition, Dalloz, Paris, 1980, page : 31.

L'enseignement de la discipline sous cette acception tendait à sacraliser le texte constitutionnel et ainsi à s'accommoder d'un juridisme pur.

La constitution se présente comme la norme juridique relative aux principes fondamentaux de l'ordre juridique étatique et aux règles de base concernant l'aménagement et la transmission du pouvoir d'Etat.

La constitution, sorte de cahier de charges juridiques annexé au contrat social, se présentait comme la (seule) règle du jeu de la vie politique des organes supérieurs de l'Etat, totalement isolée des phénomènes économiques et sociaux, comme des comportements réels des acteurs littéralement hors du droit et du champ de l'étude dès lors qu'ils ne se conformaient pas au texte suprême.»

Le constitutionnalisme classique ainsi décrit ne permet pas de prévoir tous les mécanismes et articulations dont dépend le fonctionnement du pouvoir.

Il n'est pas possible, par exemple, de percevoir à travers la norme constitutionnelle la relation effective entre le président des États-Unis d'Amérique et le congrès, parfaitement occultée du fait de la séparation rigide des pouvoirs qui est un attribut fondamental du régime présidentiel américain.

Ni la fonction des partis politiques en tant que institution régulatrice du jeu politique, trop partiellement abordée par le texte constitutionnel ; et de façon plus excentrique, le rôle de la coutume constitutionnelle comme élément complémentaire au texte solennel destiné à l'adapter aux spécificités sociologiques, politiques... et culturelles d'un contexte déterminé, ou l'importance qu'acquièrent certaines dispositions par rapport aux autres au sein d'un même texte.

C'est là l'aspect essentiel de la crise du « droit constitutionnel » classique, foncièrement normatif, voire même « métaphysique » selon la fameuse expression de Maurice Duverger.

Il propose de dépasser toute conception à priori de l'Etat et du gouvernement et d'admettre une approche rationnelle des faits, abordant les structures et les mécanismes du gouvernement des hommes tels qu'ils sont, et non plus tels qu'ils devraient être, ou plutôt telles qu'on voudrait parfois nous faire croire qu'ils sont.

Le renouveau du « droit constitutionnel » passe nécessairement par le concours que lui apporte la « science politique ».

Cet apport repose la dimension normative sur une dimension descriptive et pratique.

Les phénomènes politiques ou du pouvoir sont abordés désormais dans leur contexte historique, géographique, culturel, religieux...

- Giquel J. « droit constitutionnel et institutions politiques », Montchrestien, 16e édition, Paris, 1999, page : 15.

Or, la « science politique ne s'intéresse plus seulement aux gouvernants, mais d'abord aux gouvernés, démocratisant en quelque sorte l'objet de son étude. »

À titre d'exemple, la science politique aborde plutôt la manière dont se dégage la majorité appelée à faire la loi, alors que la norme constitutionnelle définit cette majorité comme l'expression de la volonté générale nécessairement toujours bonne et insusceptible de toute contestation par les minorités.

Il suit de là donc que le droit constitutionnel comporte un triple objet :

- **tout d'abord**, il a pour objet l'étude du dogme constitutionnel.

En général, il s'agit des règles relatives à l'aménagement et à la transmission du pouvoir d'Etat, des règles qui déterminent les rôles des institutions constitutionnelles et celles qui prévoient les mécanismes qui fixent les rapports entre les composantes du régime...

C'est le droit constitutionnel normatif.

- **en second lieu**, le droit constitutionnel a pour objet de retracer les organes d'Etat (les institutions politiques), d'analyser les articulations juridiques, politiques, économiques et sociologiques qui les déterminent, de décrire les fondements constitutionnels des institutions administratives et juridictionnelles...

- **C'est le droit constitutionnel institutionnel.**

- **d'autre part**, un troisième objet qui n'est pas moins important que les deux premiers, mais qui demeure assez en retrait dans la plupart des régimes constitutionnels des pays en voie de développement.

Il s'agit de l'étude des droits fondamentaux de la personne humaine et du domaine de ses libertés.

- **C'est le droit constitutionnel relationnel ou substantiel.**

Une mutation profonde : la juridicisation du droit constitutionnel.

L'évolution la plus spectaculaire du droit constitutionnel se rapporte à la mise en place d'organes régulateurs chargés d'assurer le caractère impératif de la norme constitutionnelle.

La Cour suprême aux Etats-Unis et le conseil constitutionnel en France ... assurent cette mission. Leurs décisions, qui ne sont susceptibles d'aucun recours, « **s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles** »

Sous l'effet de cette évolution, le droit constitutionnel s'est transformé en droit fondamentalement jurisprudentiel.

Il s'avère que l'on ne peut plus décrire le processus normatif à partir d'une analyse exégétique de la constitution et qu'il faut désormais tenir compte de l'interprétation jurisprudentielle de la constitution.

Les dispositions à valeur constitutionnelle sont contenues dans un « bloc de constitutionnalité », monté en toute pièce par le juge constitutionnel, et qui, au-delà du texte constitutionnel, englobe toute une série de normes qui s'imposent aussi bien au législateur ordinaire qu'au pouvoir exécutif.

D'autre part, la hiérarchie des normes, transcendée par la constitution et juridiquement sanctionnée, devient l'un des fondements de l'Etat de droit, dans cette quête de protection de l'individu contre l'arbitraire du pouvoir.

La formule qui résumait au début du siècle dernier la doctrine allemande de l'autolimitation de l'Etat « Si l'Etat n'est soumis au droit que parce qu'il le veut bien, quand il le veut et dans la mesure où il le veut, en réalité, il n'est point subordonné aux droit » est devenue totalement anachronique.

Incontestablement et tel que l'a affirmé le **doyen Favoreu**, la **politique est désormais saisie par le droit.**

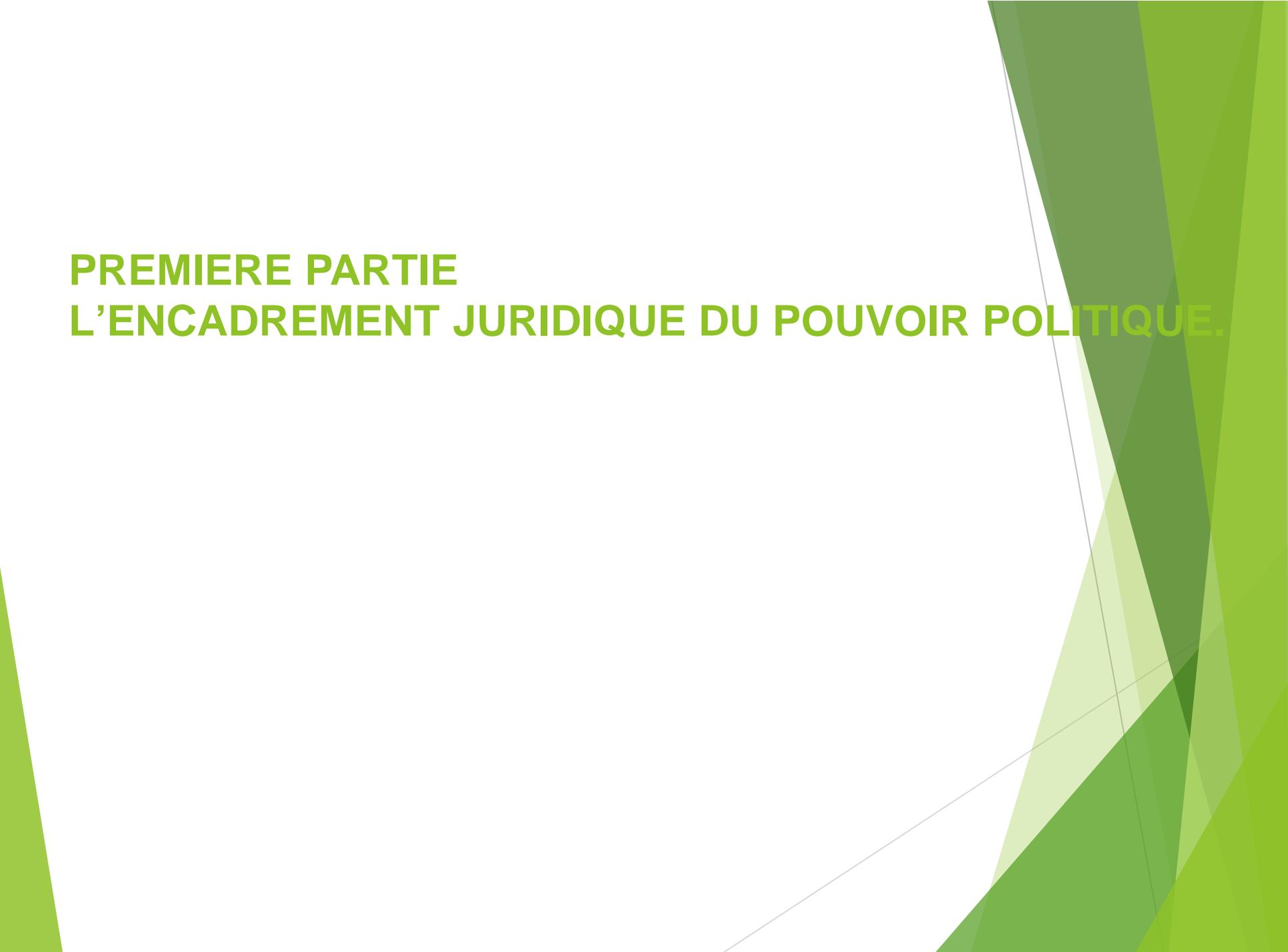
Deux points fondamentaux, qui constituent les éléments de base de la théorie générale du droit constitutionnel, seront abordés dans ce cours:

PREMIERE PARTIE :

L'ENCADREMENT JURIDIQUE DU POUVOIR POLITIQUE.

DEUXIEME PARTIE :

LE POUVOIR POLITIQUE DEMOCRATISE.

The background features abstract, overlapping green geometric shapes in various shades, primarily on the right side of the page. The shapes include triangles and polygons, creating a modern, layered effect. The text is positioned on the left side of the page, set against a plain white background.

PREMIERE PARTIE
L'ENCADREMENT JURIDIQUE DU POUVOIR POLITIQUE.

Le pouvoir est le fondement même de tout groupement social. Le fonctionnement de la collectivité globalement considérée contient forcément une différenciation politique, génératrice d'une hiérarchie sociale.

Les rapports qui naissent entre les individus prennent plusieurs formes : « ils vont de la crainte élémentaire de la sanction à l'adhésion réfléchie à la règle »

D'autre part ces rapports assurent une fonction d'organisation et de maintien d'un certain ordre social par l'intermédiaire d'institutions et de règles sanctionnées.

L'étape ultime de ce processus est la création de l'État, « être métajuridique, sorte de macro-individu très puissant comme organisme social »

Le processus de différenciation au sein de l'Etat, entre gouvernants gouvernés n'obéit plus aux lois de la puissance physique, du rang social ou de la fortune, mais à la règle de droit, exprimée par une norme fondamentale la « constitution ».

Referentiels de la légitimité :

- **Légitimité traditionnelle**, force, intelligence, religion,

Mobutu Sese Seko Kuku Ngbendu wa Za Banga

« Mobutu le guerrier qui va de victoire en victoire sans que personne ne puisse l'arrêter »

- **Légitimité charismatique**, reconnaissance par la société des qualités supérieures à la moyenne d'un individu qui, selon Pareto, autorisent l'appartenance à l'élite.

- **Légitimité démocratique**, fondée sur la compétence et le statut reconnu par voie légale du gouvernant.

L'État s'est transformé en sujet de droit, qui nécessite l'hypothèse de la force du droit parce qu'il est soumis à celui-ci et en tire sa légitimité.

CHAPITRE PREMIER

LE POUVOIR POLITIQUE



Le terme « pouvoir » porte, deux significations complémentaires :

Point de vue de G. Burdeau

- ▶ l'autorité, puissance organisatrice de vie sociale
- ▶ celui qui en use, le ou les gouvernants, un homme ou un groupe d'hommes, qui édicte les règles de l'organisation du groupe.

- ▶ Dans ses états les plus complexes, l'organisation sociale a rendu nécessaire une forme de régulation du pouvoir au sein du groupe selon laquelle la création et l'application des normes juridiques sont accomplies par des individus dans un cadre institutionnalisé.

- ▶ Les vecteurs du pouvoir, « les gouvernants », sont habilités à l'exercer par un ordre juridique.
- ▶ La **théorie de la séparation des pouvoirs** vint achever ce processus. Les grandes fonctions de l'État sont exercées par des instances différentes. Elles constituent des contre-pouvoirs qui assurent l'équilibre interne du pouvoir de l'État.

Section

première

la notion de pouvoir politique

Paragraphe premier- l'approche psycho sociologique du pouvoir politique.

A- La différenciation entre gouvernants et gouvernés.

B- Les supports psychosociologiques du pouvoir politique.

Paragraphe second- le pouvoir politique un phénomène juridique.

A- Le pouvoir politique : fondement matériel du droit.

B- Le droit : organisation et légitimation du pouvoir politique.

Section première- la notion de pouvoir politique

Georges Burdeau définit le pouvoir comme étant « une force au service d'une idée. C'est une force née de la conscience sociale, destiné à conduire le groupe dans la recherche du bien commun et capable, le cas échéant, d'imposer aux membres l'attitude qu'elle commande »

La notion de « pouvoir politique » ramène le concept de pouvoir à un contexte précis, la société globale notamment la « cité » au sens antique, ou l'État au sens contemporain.

En effet, le pouvoir politique est un phénomène catalyseur de l'ordre social. Il est d'abord une condition de l'ordre, dans la mesure où, sans la présence transcendante de cette puissance génératrice de l'ordre, la société ne peut maintenir sa cohésion interne et serait forcément vouée au déclin.

Le pouvoir politique est également une condition de la liberté dans la mesure où celle-ci n'est possible que dans l'ordre, et que le pouvoir politique est, exclusivement, la puissance créatrice des normes juridiques et autres dont la finalité, à un certain stade de l'évolution d'une société organisée, est la promotion des libertés et des droits fondamentaux des individus :

l'État moderne en est l'exemple.

Cette approche met en évidence une certaine représentation du pouvoir politique et écarte l'éventualité de réduire ce phénomène à une certaine dimension mécanique :

la subordination par la force brute de ceux qui subissent le pouvoir à ceux qui en sont investis.

L'analyse de l'approche psychosociologique et l'approche juridique du pouvoir politique confirment ce point de vue.

Paragraphe premier- l'approche psycho sociologique du pouvoir politique.

Les origines du pouvoir politique se situent dans un phénomène de consentement de ceux qui acceptent de subir le pouvoir à l'autorité de ceux qui, selon des facteurs psychologiques et sociologiques complexes en détiennent l'attribut.

Ce consentement n'est pas de nature purement matérielle, c'est-à-dire se réduisant à un phénomène de pouvoir exercé par celui qui est investi de l'autorité sur les gouvernés.

Les hommes croient en cette force mobilisatrice et créatrice de l'ordre au sein de la société.

Ils consentent à accepter cette force et créent ainsi le pouvoir politique qui leur est transcendant.

A- la différenciation entre gouvernants et gouvernés.

Il y a différenciation politique lorsque le niveau d'organisation d'une société se traduit par une structure hiérarchisée dans laquelle « à l'échelon supérieur, un individu ou un groupe exerce les fonctions d'autorité », ceux à qui s'applique le terme « gouvernants ».

La détermination des origines de cette hiérarchie est fondée sur des théories de sociologie politique parfois contradictoires.

- Burdeau G. « méthode de la science politique », Dalloz, Paris, 1959, page : 223.

Georges Burdeau affirme que la fonction politique, notamment le pouvoir de gouverner, est essentiellement inhérente à un impératif d'organisation sociale et de recherche de bien commun,

c'est-à-dire que les obligations primordiales des individus au sein d'un groupe (manger, résister aux voisins, ne pas déplaire aux Dieux) ne peuvent être satisfaites sans un minimum de cohésion dans le groupe.

Ainsi, la discipline naît du besoin, et la fonction politique se développe en en même temps que le besoin et à sa mesure.

Un autre point de vue prévaut pour expliquer les origines de cette hiérarchie en faisant prévaloir l'importance de « l'usage légitime de la coercition », en tant que procédé de résolution des tensions dont aucune société humaine n'est à l'abri.

la menace ou l'usage de la coercition constitue un facteur de régulation interne d'une société confrontée à plusieurs types de violences : violence sexuelle, menace extérieure, contradiction entre fractions de la société, distribution inégalitaire des ressources du pouvoir (ou différenciation politique).

**Grawitz M., Leca J., « traité de science politique »,
tome 1, Presses universitaires de France, Paris, 1985,
pages : 377 et suivantes.**

Par exemple, selon René Girard, « les sociétés encore dépourvues de système judiciaire ne peuvent émerger (d'un cycle de violences réciproques) qu'à la condition d'y substituer la violence de tous contre un seul, grâce au choix d'un bouc émissaire offert en sacrifice.

Avec le surgissement des victimes sacrificielles, les cérémonials religieux visent à exorciser la violence intrinsèque au groupe en légitimant la violence dans un espace culturel rigoureusement circonscrit ».

Cité in Grawitz M., Leca J., « traité de science politique », idem, page : 378.

B- les supports psychosociologiques du pouvoir politique.

A- La différenciation entre gouvernants et gouvernés.

Le droit présuppose le pouvoir. Il ne peut s'établir qu'en s'appuyant sur une certaine organisation sociale, qui est elle-même tributaire d'un pouvoir en mesure de l'imposer.

Le pouvoir politique donne sa substance au droit en ce sens qu'il constitue un processus décisionnel institutionnalisé titulaire exclusif des prérogatives de la puissance matérielle qui a la charge d'édicter les normes à la base de l'organisation sociale et d'en assurer le caractère impératif.

Or, la définition même d'une règle qui se veut « **de droit** » repose sur son caractère impératif, c'est-à-dire dont le caractère exécutoire est pris en charge par la puissance publique.

le droit : organisation et légitimation du pouvoir politique.

Le pouvoir politique apparaît comme un enjeu autour duquel se nouent les luttes des différentes forces sociales.

Le pouvoir apparaît comme le prolongement du droit dans la mesure où disposer du pouvoir politique signifie en réalité avoir le monopole des processus décisionnels fondés sur la « contrainte légitime » ou organisée selon la formule de G. Vedel.

Lorsque le droit « risque de rencontrer la force, il faut qu'il puisse lui opposer une autre force qu'il meut et dirige en conformité de son propre but », celui souhaité par les gouvernants et auquel les gouvernés adhèrent plus ou moins massivement.

Cette force c'est le pouvoir qui la représente. Pourtant, ce n'est pas la force génératrice de violence et de désordre qui déterminera le droit, mais une force docile et ordonnée.

Il suit de là que le pouvoir ne peut s'organiser et se renforcer qu'en appuyant sur le droit, qui dans ce sens doit être considéré comme un ensemble de règles de conduite impératives pour les membres du groupe, et de sanctions organisées à l'égard des individus récalcitrants.

D'autre part le droit est le facteur d'institutionnalisation du pouvoir.

En effet, « l'exercice du pouvoir politique ne repose plus sur la seule efficacité d'un réseau de clientèle liée par allégeance personnelle aux gouvernants mais sur un réseau d'agents à statut juridique précis, organisés dans une structure hiérarchisée et impersonnelle ».

Ce réseau est soumis à des règles normatives au même titre que de simples individus. Ce qui rend plus aisé au regard de ces derniers l'idée de soumission réfléchie à ceux qui disposent du pouvoir.

Les individus obéissent à des règles générales et abstraites au lieu d'obéir à un pouvoir individualisé.

Ainsi « le mystère de l'obéissance trouve ici son explication. Il réside dans un phénomène de croyance, dénommé la légitimité, ce génie invisible de la société ».

Section

deuxième

Ordonnancement contemporain du pouvoir politique : la séparation des pouvoirs.

Le principe de la séparation des pouvoirs puise ses origines dans l'oeuvre de John Locke, qui lui-même fut profondément influencé par l'oeuvre d'Aristote. Montesquieu le reprend et procède à le développer et à le systématiser en partant du postulat que « tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser ».

La théorie élaborée par Montesquieu suppose que les grandes fonctions de l'État ne doivent pas être concentrées entre les mains d'un même homme ou d'une même institution.

Elle se transforme en principe de base de l'organisation du pouvoir étatique, en réaction au régime de confusion des pouvoirs, de nature foncièrement despotique.

Paragraphe premier

le principe de séparation des pouvoirs.

Après avoir étudié la constitution anglaise, Montesquieu y découvre les facteurs de régulation interne du pouvoir politique en mesure de préserver liberté des individus contre l'arbitraire naturel des gouvernants :

le pouvoir doit arrêter le pouvoir en les séparant et en organisant leurs rapports sur un principe d'autonomie et interdépendance.

Mais la séparation des pouvoirs, malgré sa consécration éclatante par les démocraties contemporaines, apparaît à certains égards une construction théorique difficile à transposer dans la pratique.

A- La théorie de la séparation des pouvoirs.

Le principe développé par Montesquieu est simple :

- ▶ lorsque les pouvoirs de l'État sont concentrés entre les mains d'une seule personne ou d'une même institution, la liberté des individus est menacée, parce que « c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser ».

Par conséquent, pour préserver cette liberté et la prémunir contre le despotisme naturel du pouvoir, il faut lui fixer des limites. C'est au sein même du pouvoir politique que Montesquieu détermine les éléments d'un contre-pouvoir : « ... Il faut, par la disposition des choses, que le pouvoir arrête le pouvoir. »

Montesquieu affirme « pour former un gouvernement modéré, il faut combiner les puissances, les régler, les faire agir, donner pour ainsi dire du lest à l'une pour la mettre en état de résister à une autre. »

Pourtant la séparation des pouvoirs ne signifie pas l'isolement des organes de l'État.

Le gouvernement d'un État ne peut fonctionner que sur la base d'une collaboration des pouvoirs.

Or, pris isolément, un pouvoir ne peut agir sans l'appui des autres : les normes à portée générale sont édictées par l'organe « législatif ».

L'organe « exécutif » est compétent uniquement pour mettre en œuvre les normes édictées par l'organe « Législatif ».

D'autre part, l'autorité judiciaire ne peut se passer de l'appui du pouvoir exécutif pour faire exécuter ses décisions.

Montesquieu **suppose une certaine indépendance** entre les trois pouvoirs, car ils ne peuvent assurer leur fonction de régulation du « gouvernement » et empêcher le despotisme du pouvoir que si chacun ne peut ni dominer ni être assujetti aux autres.

Mais cette **forme d'indépendance n'exclut pas le contrôle des pouvoirs les uns sur les autres.** Pour cette raison, « ils doivent être dotés des moyens institutionnels et juridiques de **se neutraliser.** »

Autrement dit, ils doivent disposer d'une **faculté d'empêcher**, c'est-à-dire de la possibilité de s'opposer aux mesures prises par les autres pouvoirs, du moins en ce qui concerne le législatif et l'exécutif ».

B- Les limites à la séparation des pouvoirs.

- ▶ La théorie de Montesquieu suppose une certaine indépendance entre les trois pouvoirs.
- ▶ Mais **J. J. Rousseau** de sa part, n'admet pas le **démembrement** de l'exercice de la souveraineté entre des pouvoirs indépendants.
- ▶ Même lorsque la théorie de la séparation des pouvoirs est entièrement consacrée, notamment dans les démocraties occidentales contemporaines, il faut admettre qu'elle souffre de limites de plus en plus banalisées.

▶ Les limites quant à l'autonomie des pouvoirs :

- ▶ sauf dans le régime américain, le pouvoir judiciaire n'a jamais été considéré comme égal aux autres pouvoirs.
- ▶ L'autorité judiciaire ne peut incarner l'image de pouvoir protecteur de l'individu et de la liberté que dans la mesure où son indépendance, surtout par rapport au pouvoir exécutif, est assurée.

► Les limites quant à l'effectivité de la séparation :

- aucune démocratie moderne ne peut prétendre à une application détaillée de la séparation des pouvoirs.
- La primauté du pouvoir exécutif, évolutif et irréversible depuis la fin de la IIe guerre mondiale a été consacrée pour faire face à des exigences inédites (complexité de la gestion interne, des relations internationales...).

- La pratique des décrets-lois sous la IIIe et la IVe république en France notamment va jeter les premières bases de cette primauté de l'organe l'exécutif, qui sera consacré par la constitution de 1958, pour répondre officiellement à un impératif de rationalisation du régime parlementaire.

▶ Le fait majoritaire.

- ▶ Lorsque le gouvernement est issu d'une majorité parlementaire qui le soutient, la séparation du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif est vidée de sa substance.
- ▶ C'est à l'opposition parlementaire que revient la charge de contrebalancer le gouvernement.
- ▶ La mise en place d'une juridiction constitutionnelle précise les contours de cette régression de la théorie de la séparation des pouvoirs.

Paragraphe le principe de l' 'équilibre des second pouvoirs.

- La logique intrinsèque de la théorie de la séparation des pouvoirs réside dans leur équilibre réciproque.

- Ceux-ci se font contrepoids. Les applications de la théorie se déclinent en deux versions spécifiques : une séparation souple du pouvoir et une séparation stricte ou rigide.

-

Mais l'existence de régimes de confusion des pouvoirs ne doit pas être perdue de vue.

A- La séparation souple des pouvoirs.

- ▶ Les démocraties représentatives fondées sur le principe de la séparation des pouvoirs (ou la collaboration des pouvoirs) sont dites à régime parlementaire.
- ▶ En effet, ce régime repose sur le principe de l'égalité des pouvoirs notamment législatif et exécutif à travers une logique de rapports systématiques contrairement à la logique d'indépendance de chacun de ces pouvoirs par rapport aux autres.
- ▶ Ceux-ci sont tenus d'agir en concert et leur collaboration constitue le fondement de leur équilibre.

a- Les formes du régime parlementaire.

- ▶ Le régime parlementaire type s'est développé en Grande-Bretagne en conséquence à un contexte historique bien particulier, notamment un pouvoir monarchique déclinant sous le règne des souverains de Hanovre (1714-1837) et un pouvoir représentatif en plein essor.
- ▶ La stabilité et la fonctionnalité du régime parlementaire britannique lui ont assuré une diffusion assez large, accélérée davantage par la victoire de 1918 et de 1945. Ce qui a constitué un facteur de différenciation de ce modèle vers deux variables :

- ▶ Un régime **parlementaire « dualiste »** caractérisé par l'existence d'un exécutif à caractère bicéphale : le monarque-chef de l'État dispose de prérogatives assez larges tout en étant irresponsable, et le chef du gouvernement responsable à double titre devant le chef de l'État et devant le parlement.
- ▶ Un régime **parlementaire « moniste »** dans lequel la responsabilité gouvernementale incombe essentiellement au chef de gouvernement ; alors que le chef de l'État assure le plus souvent une fonction honorifique, c'est-à-dire qu'il règne, mais ne gouverne pas.

Chapitre Second

L'ETAT

The background features abstract, overlapping geometric shapes in various shades of green, ranging from light lime to dark forest green. These shapes are primarily located on the right side of the page, creating a modern, layered effect. The text is centered in the white space on the left.

Le pouvoir politique s'exerce dans un cadre institutionnel organisé : l'État.

Ce pouvoir constitue l'aboutissement d'un long processus de différenciation politique qui a abouti, au plus haut niveau de son évolution, à la formalisation et à l'institutionnalisation de l'autorité au

Le phénomène étatique soulève par conséquent une question pertinente : à quel niveau de son évolution le pouvoir politique a-t-il pu générer les conditions requises pour l'existence de l'institution étatique ?

Se poser cette question c'est supposer que le phénomène étatique comporte une profonde signification politique, sociologie et juridique

Dans ce chapitre nous sommes tenus de préciser la consistance des différentes dimensions de la signification du phénomène étatique à travers les deux axes suivants : la notion d'État et les fonctions de l'État.

I- LA NOTION D'ETAT.

L'État est « une personne morale de droit public, territoriale et souveraine ». C'est en effet une personne morale d'un genre particulier, parce que doté des prérogatives de création de règles de droit et de prescription du caractère impératif de ces règles par l'exercice et le contrôle de l'usage de la force. Cette définition suppose que l'État est une personne morale de droit public, permanente et souveraine.

I-1- l'État est une entité permanente

- ▶ l'État est un « organisme social structuré en vue de la réalisation d'un certain ordre et relevant d'une sorte de processus institutionnel quasi biologique »
- ▶ Cette acception de l'État signifie que les organes disposant des prérogatives de l'exercice du pouvoir politique, ceux que l'on qualifie de « gouvernants » ne disposent pas d'un droit subjectif afférent à ce pouvoir

- ▶ Les gouvernants ne remplissent que des fonctions au nom de l'État. La personne des gouvernants, individuellement considérés, s'estompe au profit de la qualité qui leur est attribuée.
- ▶ Ainsi « le pouvoir est censé avoir pour titulaires non pas les hommes qui l'exercent en fait, mais un être distinct, à qui les actes sont attribuées ». Ainsi se précisent les contours de la qualité de personne morale attribuée à l'État.

- ▶ Il en ressort donc que le pouvoir étatique ne dépend pas des individus qu'il exerce n'est de l'État lui-même. La notion de personne morale permet de la sorte d'expliquer la continuité et la permanence du pouvoir étatique, notamment son institutionnalisation.

- ▶ D'autre part, cette notion permet de distinguer l'État de la société.
- ▶ Le pouvoir de l'État s'adresse essentiellement à la société et s'exerce sur ses différentes composantes par le biais de fonctions : État est l'allocateur de biens et de statuts juridiques, celui par exemple d'agir en son nom.
- ▶ Il est aussi le producteur de règles normatives à la base de l'organisation sociale ; et également par le biais de moyens : l'État dispose d'un patrimoine et également d'une capacité juridique pour assurer la défense de ses droits et de ses intérêts.

I-2- l'État est souverain.

- ▶ La notion de souveraineté de l'État renvoie à une doctrine juridique selon laquelle celui-ci est le détenteur exclusif du pouvoir suprême auquel toutes les collectivités et autorités qui lui sont extérieures sont soumises.
- ▶ Ce pouvoir suprême correspond à ce que Max Weber a appelé le « monopole de la contrainte organisée », dont la première expression est nécessairement un pouvoir exclusif d'édicter les règles normatives, fondement de l'organisation sociale.
- ▶

- ▶ La souveraineté de l'État signifie que le monopole de la contrainte permet à l'État, non seulement d'imposer le respect de ses lois, mais de contrôler, au niveau de leur exécution, les décisions des autres pouvoirs qui n'existent plus désormais en tant que tels qu'avec l'approbation tacite du pouvoir étatique.

- ▶ D'autre part, la souveraineté de l'État n'implique pas forcément l'existence du pouvoir politique à l'exclusion des autres pouvoirs qui lui sont subordonnés, c'est-à-dire que l'État ne cherche pas systématiquement à détruire tous les pouvoirs qui lui sont extérieurs. Par un jeu subtil d'arbitrage entre ses différents pouvoirs, l'État fait en sorte d'affirmer le rôle de ceux qui soutiennent son projet d'organisation sociale.

- ▶ Pour survivre, les collectivités et les pouvoirs situés en dehors de l'État cherchent en permanence, sinon le soutien de celui-ci, du moins une situation conforme aux règles de son projet d'organisation sociale.
- ▶ L'État parvient ainsi à assurer sa mission suprême : celle de veiller à la cohésion et au bon fonctionnement de la collectivité nationale. Une mission qui ne peut être possible qu'en fonction de la notion de souveraineté dont l'État est le titulaire.

II-

LES FONCTIONS DE L'ETAT

L'État est un instrument destiné à la réalisation du bien commun. Ainsi est-il tenu de veiller à défendre les intérêts matériels et moraux de sa population, en particulier les libertés et les droits des individus, membres de la collectivité. C'est là l'aspect politique des fonctions de l'Etat.

D'autre part, l'Etat dispose instruments juridiques lui permettant d'assurer la mise en œuvre de ses compétences de nature politique. C'est l'aspect juridique des fonctions de l'Etat.

II-1-

les fonctions politiques de l'Etat.

- ▶ C'est toute la problématique de la consistance du rôle de l'État qui se pose à cet égard. En effet, l'étendue des compétences de l'État est variable selon les époques et selon la doctrine politique dominante.
- ▶ Le triomphe de la doctrine libérale à la fin du XVIIIe siècle et tout au long du XIXe a entraîné la consécration d'un rôle de l'Etat confiné aux fonctions régaliennes ou de souveraineté.

Mais à partir de la première guerre mondiale, cette vocation de l'Etat va subir les effets de l'évolution idéologique et des exigences techniques en faveur d'un rôle plus poussé de la puissance publique, dont les compétences vont englober tous les aspects de la vie en société.

I-1-

l'Etat-gendarme.

La notion d'Etat « gendarme » qui a prévalu au cours du XIXe siècle et jusqu'à la première guerre mondiale, est fondée sur la restriction du rôle de l'Etat.

Celui-ci ne doit intervenir que pour assurer un minimum de règles indispensables à l'organisation sociale. Sur le plan économique, l'Etat et ses collectivités dérivées devraient s'interdire à toute activité économique sous l'effet du principe du « laisser-faire, laisser aller ».

Sur le plan social, l'intervention de l'Etat s'inscrit plus particulièrement dans un souci de maintien de l'ordre public.

Le rôle de l'Etat se limite donc aux fonctions de souveraineté : maintien de l'ordre, défense nationale, politique étrangère, justice, protection de l'ordre économique...

Les tenants de cette doctrine estiment que toute autre intervention de l'Etat est « abusive, dangereuse pour la liberté, pour les derniers des citoyens et pour le progrès social. »

CHAPITRE SECOND

LA

CONSTITUTION

Tout État dispose d'une constitution,

== le système de gouvernement sur quoi il repose est régi par un certain nombre de règles dont la nature est supérieure à toutes les autres.

Les constitutions des systèmes totalitaires et autoritaires sont variables en termes de complexité : les premières sont rédigées en des termes simples et susceptibles d'interprétation dans le sens du renforcement du pouvoir tyrannique du dictateur,

Le régime de Staline, à titre d'exemple.

Dans les systèmes démocratiques les règles constitutionnelles sont au contraire très complexe et touchent aussi bien l'organisation des pouvoirs suprêmes de l'État que la garantie des libertés et des droits fondamentaux des citoyens.

Le sens originel de la notion de « constitution » désignait au XVIII^e siècle « les règles des régimes politique protégeant, proclamant, garantissant et organisant la liberté »



I-
**LES FONDEMENTS FORMELS
DE L'ETAT : LA
CONSTITUTION.**

La constitution est l'élément de base du droit constitutionnel.

La notion de constitution renvoie à celle de constitutionnalisme :

- mouvement apparu au siècle des lumières

- quête de substitution aux traditions et l'usages relatifs à l'exercice du pouvoir, assez souvent vagues et ouvrant la possibilité pour des usages discrétionnaires des souverains, des règles écrites en vue de limiter l'absolutisme et parfois le despotisme du pouvoir monarchique.

I-1-La notion de constitution

La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose dans son article 16 : « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminés, n'a pas de constitution ».

La **constitution** peut ainsi être définie comme «
l'ensemble des règles régissant les organes supérieurs de
l'État l'État, garantissant et organisant la protection de la
liberté et la séparation des pouvoirs »

Du point de vue formel ou organique,

- la constitution est l'ensemble des règles qui ont reçue forme distincte (c'est le cas de constitution écrite)
- Sont édictées et ne peuvent recevoir de révision que par un organe spécifique (assemblée constituante, à titre d'exemple) au selon une procédure particulière

I-2- Constitution écrite et constitution coutumière

La constitution peut être écrite ou coutumière. Le premier procédé a été mis en place par les pères fondateurs de l'État américain en 1787.

C'est la norme usuelle actuellement tant il est vrai que la formule écrite offre nombreux avantages par rapport à la constitution coutumière.

La constitution écrite : « **un texte formant un ensemble logiquement articulé, édicté par les autorités politiques** ».

Elle constitue une formulation écrite du « pacte social » qui a pour objet la légitimation et l'organisation rationnelle du corps politique,

= la détermination de l'étendue et des limites des prérogatives et devoirs des gouvernants et des gouvernés.

Dans des cas précis, la constitution écrite est formée par des lois constitutionnelles.

C'est précisément le cas de la constitution française de 1875 instituant la Troisième république.

Dans le cas allemand, il s'agit de la *Grundgesetz*, la loi fondamentale ou de la *Verfassung*, la constitution.

Le mérite le plus saillant de **la constitution écrite**

= la prévision d'institutions et de procédures précises pour son abrogation ou sa révision.

Article 172.

L'initiative de la révision de la Constitution appartient au Roi, au Chef du Gouvernement, à la Chambre des Représentants et à la Chambre des Conseillers.

Le Roi peut soumettre directement au référendum le projet de révision dont Il prend l'initiative.

Article 173.

La proposition de révision émanant d'un ou de plusieurs membres d'une des deux Chambres du Parlement ne peut être adoptée que par un vote à la majorité des deux tiers des membres la composant. Cette proposition est soumise à l'autre Chambre qui l'adopte à la même majorité des deux tiers des membres la composant.

La proposition de révision émanant du Chef du Gouvernement est soumise au Conseil des ministres après délibération en Conseil de Gouvernement.

La constitution coutumière dite « constatée » n'est exprimée dans aucun document solennel.

Elle est articulée autour d'un ensemble de « manières de faire, appelés 'précédents', immémoriaux ou anciens, considérés comme obligatoires, et dans certains textes édictés par les autorités politiques et considérées comme fondateurs »

La constitution coutumière est dite souple dans la mesure où elle peut être révisée sans procédure spéciale, notamment par l'évolution des pratiques ou l'adoption de nouvelles lois constitutionnelles, en fonction de l'évolution des impératifs politiques, sociaux et économiques.

II-

**L'AUTORITÉ DE LA CONSTITUTION,
LE CONTRÔLE DE LA
CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS**

L'autorité de la constitution est une conséquence de sa supériorité par rapport aux autres règles de droit.

Elle détermine la hiérarchie des normes qui constituent la construction de base du système de l'«Etat de droit», c'est-à-dire le système dans lequel l'ensemble des mécanismes étatiques est soumis au droit, notamment à la constitution.

I-1- le principe du contrôle de la

constitutionnalité des lois

La constitution se place au sommet de la hiérarchie des normes juridiques. Par conséquent, sa valeur juridique est supérieure à celle de la loi ordinaire.

Ainsi, la loi, acte voté par le parlement, doit être conforme à la constitution, c'est-à-dire ne pas agir en dehors de la sphère de compétences, rigoureusement déterminée par le texte constitutionnel (article 71 de la constitution marocaine, article 34 de la constitution française, à titre d'exemple).

- Mais il pose un problème particulier.
- Le contrôle de la conformité des normes juridiques inférieures (lois, règlements, actes d'exécution...) aux normes juridiques supérieures puise sa raison dans le caractère rigide de la constitution et, par conséquent, de sa valeur juridique supérieure aux autres normes juridiques.

Ce retard s'explique par les réserves intimement liées au principe de contrôle la constitutionnalité de la loi :

- une réserve d'ordre politique : la loi, telle qu'elle est définie par la philosophie des lumières, est l'« expression de la volonté générale».
- Elle est votée par le parlement, composé par les représentants du peuple et qui expriment sa volonté.

Historiquement, l'adoption d'un système de contrôle de constitutionnalité des lois est assez récente. Exception faite du système américain, le contrôle de la constitutionnalité des lois est adopté à partir des années 20, notamment en Europe (1920 en Autriche). En France, ce système est mis en place par la Constitution du 4 octobre 1958, dite de la Cinquième République.

une réserve quant à l'attitude de l'organe chargé de veiller au respect de la constitution.

En effet, l'inconstitutionnalité dont serait entachée une disposition législative n'est que rarement afférente à une violation incontestable de la constitution. Ceci pour des raisons évidentes : d'une part, le contenu de la constitution est aussi souple qu'il est susceptible d'interprétations larges, voire même contradictoires.

D'autre part, le parlement ne se comportera pas de façon naïve, maladroite ou de façon voulue de manière à violer ouvertement la constitution.

Généralement, la violation du cadre formel prévu par la constitution qui n'exige aucun effort d'interprétation, est très rare.

Par contre, la violation du contenu de la constitution ne peut être soulevée qu'au prix d'une interprétation parfois sur fond politique. L'interprétation donnée par l'organe de contrôle à cet égard et nécessairement empreinte de subjectivité et, en conséquence, n'est pas forcément conforme à la volonté du constituant.

les organes de contrôle

« statuer sur la constitutionnalité d'une loi c'est apprécier la régularité d'une décision prise par la majorité du Parlement, être exposé à constater que celle-ci s'est trompée, qu'elle a violé la Constitution ».

Ainsi, l'organe chargé de vérifier la constitutionnalité des lois serait-il difficilement en mesure de se soustraire à la subjectivité politique, ce qui pourrait, en cas d'opposition politique ouverte, générer des tensions entre le juge constitutionnel et les sensibilités politiques donnant un discours adverse.

Exemple :

En juillet 1967, lorsque l'institution annule l'élection de quatre députés (un PSU, un FGDS, un UNR et un centriste), François Mitterrand se livre à une attaque en règle contre le Conseil qui « manque aux devoirs d'un grand juge et subit les pressions de plus en plus choquantes du pouvoir. »

Le futur président de la République ne manque pas d'ajouter : « C'est une

le constituant pourra décider :

soit une politisation accrue du rôle de l'organe chargé de statuer sur la constitutionnalité des lois et de sa structure (contrôle par un organe politique), considérant que ainsi, il constituera un organisme régulateur efficace ;

soit une dépolitisation de cet organe on lui attribuant une tâche d'ordre « technique », et par la même, le rôle d'un organe théoriquement neutre « organe juridictionnel »

le contrôle par un organe politique.

Sous cet aspect, il ne sera pas question d'un contrôle de l'aspect juridique des lois mises en cause mais de leur opportunité politique.

La juridiction constitutionnelle « ne vérifiera pas uniquement la conformité de la loi à la constitution, et sera tentée de glisser vers l'appréciation de l'opportunité de la mesure envisagée, de toute façon il s'expose à en être accusé ».

Elle s'attachera essentiellement à établir des compromis entre les forces politiques associées dans l'exercice du pouvoir.

Ainsi cette juridiction sera réduite au rôle d'allié du pouvoir politique (souvent c'est la majorité parlementaire dont le gouvernement est issu) qui s'assurera de sa neutralité - voire de sa connivence- vis-à-vis de la production de législative du parlement.

► Exemple

Le Conseil constitutionnel (en France) annule, le 12 janvier 2002, une disposition de la « loi de modernisation sociale » adoptée le 19 décembre 2001 par le parlement et portant définition des « licenciements économiques ». En effet, prenant en compte l'émotion de l'opinion face aux affaires Renault, Vilvorde, Michelin, Danone, Marks & Spencer...

la nouvelle définition figurant dans la loi visait à s'opposer aux licenciements de convenance boursière. S'inscrivant dans la défense d'un droit fondamental, le droit au travail, elle restreignait le pouvoir exorbitant d'actionnaires décidant de fermer une entreprise non pas parce qu'elle perdait de l'argent, mais parce qu'elle n'en gagnait pas assez.

le contrôle exercé par un organe juridictionnel.

Dans ce système, c'est la technique juridique qui prévaut. Agissant selon une procédure juridictionnelle, la tâche des juges consiste à contrôler la loi mise en cause en fonction de critères juridiques, notamment la conformité technique de la loi à la constitution. Ce qui renforce la garantie d'indépendance des juges et, par là même, réduit considérablement le rapport entre la recherche de compromis d'ordre politique et la fonction de contrôle de la constitutionnalité des lois, théoriquement impartiale.

Le contrôle par un organe juridictionnel combine en effet des avantages théoriques notamment la technicité, l'indépendance et l'efficacité qui font sa force et justifient sa primauté par rapport au système de contrôle confié à un organe politique.

Ce type de contrôle peut s'exercer selon deux techniques : un **contrôle par voie d'action** (à titre principal ou in abstracto) qui implique l'annulation pure et simple de la loi jugée non conforme à la constitution (le système américain comme exemple type), ou un **contrôle par voie d'exception** dans lequel la partie requérante demande au juge d'écartier l'application de la loi à l'affaire en cause.

(Model américain issu de la jurisprudence Marbury-Madison en 1803)