# Introduction

Définition provisoire : le droit constitutionnel détermine l’organisation et le fonctionnement des pouvoirs publics (= les autorités qui décident pour la collectivité).

## A. L’objet du droit constitutionnel : l’organisation de l’État

1. Un objet récent

2. Un objet politique et idéologique

3. Un objet en mutation

**Première partie) Théorie générale du droit constitutionnel**

# Titre 1. L’État

1) Définition : l’État est une personne morale de droit public exerçant une puissance souveraine sur une population dans le cadre d’un territoire délimité par des frontières pour exercer certaines fonctions, dont celles liées à la protection des biens et des personnes.

2) Les formes concurrentes d’organisation du pouvoir.

## Chapitre 1. Les fondements de l’État

Le fondement de l’État : la question de la Nation.

Ernest Renan (1823-1892) : «  désir de vivre ensemble, la volonté de continuer à faire valoir l’héritage qu’on a reçu indivis » ; « l’existence d’une nation est un plébiscite de tous les jours. »

### Section 1. La souveraineté de l’État

Définition : la souveraineté désigne la capacité d’agir sans être soumis à une autorité supérieure, de trancher en dernier ressort et d’imposer sa volonté.

Jean Bodin (1529-1596) : « donner et casser la loi » ; la République (comprendre un État) est « le droit gouvernement de plusieurs ménages et de ce qui leur est commun, avec puissance souveraine » ; « la souveraineté est la Puissance absolue et perpétuelle d'une République ».

#### I. La notion de souveraineté étatique

##### A. La souveraineté vise à affirmer la puissance de l’État

Maurice Hauriou (1856-1929) : « on est en présence d’un État lorsque la formation envisagée possède, en propre, les principaux droits régaliens dont l’ensemble constitue la souveraineté intérieure comme puissance publique ; ces principaux droits sont ceux de législation (constitutionnelle et ordinaire), de justice et de contrainte ».

##### B. Cette puissance s’affirme vis-à-vis d’autres autorités constituées

#### II. Les attributs de la souveraineté étatique

##### A. Le pouvoir de décider

##### B. Le pouvoir d’imposer

### Section 2. L’expression de la souveraineté de l’État

#### I. L’administration d’un territoire

##### A. Les enjeux du territoire

##### B. Les manifestations constitutionnelles du territoire

« Le Président de la République (…) est le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire » (art. 5) ; « Lorsque (…) l'intégrité de son territoire (est) menacé[e] d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances (…) (art. 16).

Les traités qui « comportent cession, échange ou adjonction de territoire » ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi; « Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées » (art. 53).

#### II. La protection d’une population

##### A. La logique contractualiste du pouvoir

###### 1. Le pacte de société : Locke (1632-1704).

« pour éviter ces inconvénients qui, dans l'état de nature troublent la jouissance de la propriété, les hommes entrent en société afin de pouvoir disposer de la force publique pour protéger et défendre leurs biens et afin de déterminer... des règles fixes, qui fassent connaître à chacun l'étendue de sa propriété. (Mais) jamais les hommes n'abandonneraient... la liberté de l'état de nature... s'ils ne devaient pas protéger leurs vies, leurs libertés et leurs biens et assurer par des lois concernant le droit de propriété et leur tranquillité »).

###### 2. Les conséquences constitutionnelles

##### B. Les aménagements au pacte de société

#### III. L’animation de missions d’intérêt général

##### A. La protection de l’ordre public

##### B. La garantie d’une justice sociale

Préambule de la Constitution de 1946 :

al. 10: La nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement ;

al. 11: Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence).

## Chapitre 2. L’organisation de l’État

### Section 1. L’État fédéral

État fédéral : forme d’État composé dans laquelle deux ordres constitutionnels se superposent, celui des différents États fédérés et celui du super-État fédéral qui seul est sujet de droit international.

#### I. Les principes de l’État fédéral

##### A. Le principe de superposition

###### 1. Superposition de deux États

###### 2. Superposition de deux ordres juridiques

Art. 28 (Constitution allemande) : « la fédération garantit la conformité de l’ordre constitutionnel des länder avec les droits fondamentaux ») ; article 31 : « le droit fédéral prime le droit de Land »).

Article 6 (Constitution des Etats-Unis) : « 2. La présente Constitution, ainsi que les lois des États-Unis qui en découleront, et tous les traités déjà conclus, ou qui le seront, sous l'autorité des États-Unis, seront la loi suprême du pays ; et les juges dans chaque État seront liés par les susdits, nonobstant toute disposition contraire de la Constitution ou des lois de l'un quelconque des États. »

##### B. Le principe de participation

##### C. Le principe d’autonomie

* article 35 de la Constitution belge du 17 février 1994 : « L'autorité fédérale n'a de compétences que dans les matières que lui attribuent formellement la Constitution et les lois portées en vertu de la Constitution même. Les communautés ou les régions, chacune pour ce qui la concerne, sont compétentes pour les autres matières » ;
* Constitution américaine, 10e amendement, 1791 : « les pouvoirs qui ne sont pas délégués aux États-Unis par la Constitution et dont l'exercice n'est pas interdit par elle aux États, sont réservés aux États respectivement, ou au peuple ».

#### II. Les pratiques du fédéralisme : l’exemple des États-Unis (Constitution 17 septembre 1787)

A. La compétence suprême de l’État fédéral

Article 1er: tous les pouvoirs législatifs accordés par la présente Constitution seront attribués à un Congrès des États-Unis, qui sera composé d'un Sénat et d'une Chambre des représentants

B. La compétence garantie des États fédérés

10e amendement, 1791 : les pouvoirs qui ne sont pas délégués aux États-Unis par la Constitution et dont l'exercice n'est pas interdit par elle aux États, sont réservés aux États respectivement, ou au peuple.

C. La régulation du fédéralisme américain par la Cour suprême

### Section 2. L’État unitaire

État unitaire (ou simple) : forme d’État caractérisée par l’existence d’un seul ordre constitutionnel et politique : l’État unitaire ou simple détient et exerce en principe l’ensemble des compétences régaliennes (législation, justice, monnaie, diplomatie, défense…).

#### I. L’État unitaire centralisé

##### A. Le fondement de l’État unitaire centralisé

##### B. L’organisation de l’État unitaire centralisé

#### II. L’État unitaire décentralisé

Art. 1er La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée (2003).

Art. 72 (2003) Les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74. Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi, le cas échéant en lieu et place d'une ou de plusieurs collectivités mentionnées au présent alinéa.

Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en oeuvre à leur échelon.

Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences.

Dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences.

Aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre. Cependant, lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales, la loi peut autoriser l'une d'entre elles ou un de leurs groupements à organiser les modalités de leur action commune.

Dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'État, représentant de chacun des membres du Gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois.

##### A. L’existence d’organes centralisés

##### B. La reconnaissance d’organes décentralisés

Les trois indices constitutionnels de l’État décentralisé :

1. Une reconnaissance des collectivités par la Constitution
2. Le principe d’une compétence par matières ou par « affaires locales »
3. La subordination des collectivités territoriales aux lois de l’État « central »

#### III. L’État « régional »

Définition sommaire : forme d’État unitaire dans lequel le pouvoir législatif est partagé avec les collectivités supérieures.

Les deux indices de l’État régional (deux exemples : Constitution italienne du 22 décembre 1947, modifiée par les lois du 22 novembre 1999 et du 18 octobre 2001 ; Constitution espagnole du 27 décembre 1978)  :

##### A. Un État décentralisé à l’extrême

1. La reconnaissance constitutionnelle des collectivités : ces collectivités sont identifiées par la Constitution ; la remise en cause de leur autonomie supposerait une révision constitutionnelle.
2. Le principe d’une législation protégée par la Constitution.
3. La maîtrise des moyens financiers (pouvoir fiscal ; subventions garanties par la Constitution).

##### B. Les attributs essentiels de la souveraineté réservés aux organes étatiques

1. Les collectivités régionales ne participent au fonctionnement de l’État : elles ne sont pas associées au fonctionnement de l’État (notamment : elles ne peuvent pas s’opposer à une révision constitutionnelle et ne peuvent pas lancer une révision constitutionnelle) ; les missions de souveraineté sont exercées à l’État (pour le moins : la justice, les affaires diplomatiques, l’armée). Tout au plus, les collectivités régionales peuvent signer des accords avec des États (Italie).
2. L’État « central » peut s’immiscer dans les affaires « régionales » pour imposer le respect de la loi (Italie : le représentant du gouvernement dispose d’un droit de veto qui, en cas de désaccord, sera surmonté selon les cas, par le Parlement national ou la Cour constitutionnelle).

# Titre 2. La Constitution

1) Les fonctions de la Constitution (formalisée ou pas) :

* l’expression de la volonté « suprême ».
* l’organisation de l’État (les fonctions de l’État ; les organes de l’État ; leur mode de désignation ; les rapports entre ces organes).

2) Étudier (pourquoi ? comment ?) :

* le contenu de la Constitution : que mettre dans une Constitution (chapitre 1) ?
* l’adoption de la Constitution (chapitre 2) : la singularité de la Constitution par rapport à d’autres normes.

## Chapitre 1. Le double objet d’une Constitution

1. L’objet général de la Constitution : l’organisation du pouvoir « suprême » et de l’État.
2. Les limites de l’unité de la Constitution (loi constitutionnelle du 10 août 1926 relative à la création de la Caisse autonome d’amortissement ; les articles 53-1 et 53-2 de la Constitution de 1958, p. 13).
3. Le double objet d’une Constitution :
* poser des règles qui vont irriguer l’ordre juridique en s’imposant à tous les organes (section 1) ;
* définir les règles fondamentales (« loi fondamentale ») de fonctionnement et d’organisation de l’État (section 2).

### Section 1. Assurer la cohérence de l’ordre juridique

#### I. Des normes placées au sommet de la hiérarchie des normes (point de vue formel)

##### A. Les fondements

1. **Le fondement théorique : Hans Kelsen** (La théorie pure du droit, 1934) et l’État de droit (« Rechtsstaat »)
2. Le fondement juridique : tout État a une Constitution ; seul un État a une Constitution.
3. Critique : l’excès de juridisme (seul un État de droit est légitime, peu importe le contenu des normes de droit) ; le respect de la Constitution.

##### B. Les enjeux

###### 1. La stabilité de l’ordre juridique

###### 2. La cohérence de l’ordre juridique

##### B. Les modalités

###### 1. L’unité des normes fondamentales : faut-il hiérarchiser ces normes ?

###### 2. La nécessaire protection de la règle constitutionnelle (renvoi)

###### 3. Le rapport avec la règle internationale

#### II. Des normes adoptées par des autorités spécifiques (point de vue organique)

##### A. Le pouvoir constituant originaire

###### 1. Le Parlement

###### 2. L’autocrate

###### 3. Le Peuple

##### B. Le pouvoir constituant dérivé (ou institué)

###### 1. Les modalités

###### 2. Le contenu

a) Les pratiques non contraignantes

b) La coutume (« convention de la Constitution ») : règle impérative qui résulte d’une pratique répétée, durable, sanctionnée et ininterrompue au point de devenir intangible et obligatoire.

Exemples :

discrédit de la dissolution après la crise du 16 mai 1877 (deux dissolutions de la chambre des députés dans des délais rapprochés qui aboutit à la démission du Président de la République et conduit son successeur, Jules Grévy à déclarer le 6 février 1879 : «  Soumis avec sincérité à la grande loi du régime parlementaire, je n'entrerai jamais en lutte contre la volonté nationale, exprimée par ses organes constitutionnels. »).

révision de la Constitution par un recours abusif au référendum en 1962 et 1969.

vote par procuration alors que l’article 27 de la Constitution pose le principe du vote personnel.

#### III. Une procédure d’adoption solennelle (point de vue procédural)

##### A. L’adoption de la Constitution

###### 1. Mode de formation coutumier

###### 2. Constitution écrite

##### B. La révision de la Constitution

### Section 2. Définir des normes fondamentales

1. Que mettre dans une Constitution : a minima, les règles relatives à l’organisation du pouvoir (structure de l’État ; pouvoirs publics titulaires du pouvoir : mode de désignation et compétences ; leurs prérogatives ; rapports entre eux : qui contrôle, qui peut destituer).

Seules les règles les plus fondamentales seront fixées par la Constitution ; à charge pour d’autres textes (« loi organique ») d’en préciser la portée dans le respect de la Constitution (conséquence juridique : ces lois organiques feront l’objet d’un strict contrôle ; elles auront une valeur « quasi » constitutionnelles).

Sur le fond, la France en est longtemps restée là (conception minimaliste : la IIIe est un modèle du genre) avant d’y inclure des principes idéologiques qui fixent l’origine de certaines règles (par exemple la République) et, plus récemment encore (et sans débat : c’est le Conseil constitutionnel qui l’a décidé), l’organisation de la société (« les droits fondamentaux »).

Hauriou (1929) : la Constitution sociale par opposition à la Constitution politique.

1. Une Constitution définit également la Constitution, c'est-à-dire comment on la créé et on la révise (mais jamais comment on y met fin).
2. La Constitution doit être un texte bref : les règles fondamentales ne doivent pas être diluées/parasitées dans des règles qui n’ont pas pour objet de régir la société (ou du droit mou), précis (pour ne pas être trop interprété) et impératif.

=> Voir le contenu de la Constitution.

#### I. L’organisation de l’État

C’est l’élément central de la Constitution : définir les pouvoirs publics (les organes de l’État) au point que « la » Constitution de 1875 (en fait, trois Constitutions) s’est bornée à cette ambition. La Constitution est ici comprise comme un acte d’investiture et d’habilitation.

##### A. Les principes généraux de l’État

###### 1. Les éléments de l’État

-> territoire, population, langue.

-> mais aussi des éléments symboliques (drapeau, hymne).

###### 2. L’organisation de l’État

1. L’organisation « administrative » : plus essentiel dans un État fédéral (1946 et 1958 : la place des colonies ; aujourd'hui : l’outre-mer).
2. Le rapport avec les autres États (et aujourd'hui dans le cadre de l’Union européenne).

##### B. L’organisation des pouvoirs publics constitutionnels

###### 1. La définition des pouvoirs publics constitutionnels

-> a minima : un exécutif (et son organisation) et le pouvoir législatif, ainsi que leur mode de désignation.

-> plus courant : les principes généraux de la justice.

###### 2. La définition des compétences

-> Ce qui inclut : les modalités du pouvoir normatif (constituant : comment on révise la Constitution ; législatif : le vote de la loi ; parfois réglementaire).

###### 3. La répartition des compétences entre pouvoirs publics

-> permet de déduire la nature du régime

#### II. La protection des droits fondamentaux

1. La préoccupation apparaît plus tardivement. Hauriou (1856-1929) : Constitution politique et Constitution sociale (les droits fondamentaux), dotée d’une permanence au delà des changements institutionnels et qui a pu être non matérialisée, mais appliquée (le cas échéant sous le biais de principes généraux du droit).
2. Les normes ont juridiquement la même valeur (constitutionnelle).

##### A. Les normes impératives

-> égalité, procédure répressive, noyau dur des droits (pas de définition en droit français).

-> impose une obligation d’abstention (ne pas compromettre l’exercice des droits) et d’action (en préciser le champ et définir les garanties).

##### B. Les normes souples

-> Droits sociaux : ouvrent un pouvoir d’appréciation au législateur pour les organiser, sans contrainte pour intervenir. Guide son action.

-> La limite : contrôle de la dénaturation.

## Chapitre 2. La protection de la Constitution

1. Le contrôle de conformité des lois à la Constitution a pour objet de faire respecter la hiérarchie des normes, dont l'ordonnancement fonde le principe de légalité démocratique : la loi n'est pleinement légitime que si elle respecte les principes supérieurs posés par la Constitution et si elle a été adoptée selon une procédure régulière.
2. De puissantes critiques.
* En France, de Gaulle, en 1958, y était opposé : « En France, la [seule] cour suprême, c'est le peuple ». Voir aussi au [XVIIIe siècle](http://fr.wikipedia.org/wiki/XVIIIe_si%C3%A8cle) les [Parlements](http://fr.wikipedia.org/wiki/Parlements) qui, au nom des [lois fondamentales du Royaume](http://fr.wikipedia.org/wiki/Lois_fondamentales_du_Royaume), s’opposent à l'application des réformes fiscales engagées par le pouvoir royal (méfiance durable envers le principe même du contrôle de constitutionnalité par les juges).
* Pas aussi répandu à l’étranger : voir que le contrôle de constitutionnalité n'existe pas en Grande-Bretagne et que l'article 120 de la Constitution des Pays-Bas l'interdit expressément.
* [New Deal](http://fr.wikipedia.org/wiki/New_Deal) sous [Roosevelt](http://fr.wikipedia.org/wiki/Franklin_Delano_Roosevelt) : les juges de la [Cour Suprême](http://fr.wikipedia.org/wiki/Cour_supr%C3%AAme_des_%C3%89tats-Unis) s'opposaient à l'application des lois votées par le [Congrès](http://fr.wikipedia.org/wiki/Congr%C3%A8s_des_%C3%89tats-Unis). Pour mettre fin à la crise, le Président dut menacer de réformer la Cour suprême en nommant des juges supplémentaires (car la Constitution ne spécifie pas le nombre de juges, une loi fédérale peut donc en rajouter).
1. La création des cours constitutionnelles est marquée par l’histoire (élaboration d’un bloc de constitutionnalité et émergence de la démocratie au sens libéral) : Autriche (1920), Italie et Allemagne (947 et 1949), Grèce et Espagne (1975 et 1978).

### Section 1. Les modalités de contrôle de constitutionnalité

Deux approches conceptuelles du contrôle de constitutionnalité :

* **approche pragmatique** (Etats-Unis : **contrôle déconcentré** car tous les juges sont compétents pour l’exercer ; **concret** : le contrôle est effectué à partir d’un litige précis ; **a posteriori** : la loi dont la conformité à la Constitution est contrôlée a déjà été adoptée ; **par voie d’exception** : le requérant demande au juge de mettre fin à une situation qui est fondée sur la loi litigieuse, mais la loi elle-même n’est pas attaquée et ne peut être annulée, elle ne peut être que "paralysée".
* La **France** se caractérise par une **approche théorique et procédurale** proche du modèle défini par **Hans Kelsen**.

#### I. Le contrôle de constitutionnalité par voie d’action

##### A. Le contrôle par voie d’action abstrait

1. Procès à la loi a priori, entre le moment où elle est votée au Parlement et celui où elle est promulguée (soit avant qu'elle n'entre dans l'ordre juridique) ;
2. Saisine limitée (autorités politiques, juridictions voire auto-saisine),
3. Contrôle abstrait ;
4. Effet absolu de la chose jugée (Constitution, article 62 : Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61 ne peut être promulguée ni mise en application. (…) Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles). Bien qu'abstrait, ce modèle est efficace en ce que la loi proclamée inconstitutionnelle ne sera pas promulguée (la norme n’a jamais existé).

=> La France a fait le choix de ce contrôle à titre exclusif entre 1958 et 2010 malgré le poids de l’histoire. [Emmanuel Sieyes](http://fr.wikipedia.org/w/index.php?title=Emmanuel_Sieyes&action=edit&redlink=1) avait pensé à la mise en place d'un "jury constitutionnaire" pour protéger la Constitution. Il vend son idée à Napoléon qui la retient sous forme d'un Sénat impérial (Constitution de l'an VIII). Mais il s’en sert pour affaiblir le Parlement.

##### B. Le contrôle par voie d’action concret

###### 1. Principes

Le contrôle peut être concret et a posteriori (alors que la loi est déjà applicable) à l'occasion d'un litige dont l'issue est conditionnée par la régularité de la loi applicable : dans ce dernier cas, la juridiction saisie du litige procède par un renvoi, sous forme de question préjudicielle, à la Cour constitutionnelle.

Retenu à l'occasion de la révision du 23 juillet 2008 (art. 61-1 : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé »). Triple objectif :

* conférer au citoyen un droit nouveau lui permettant de faire valoir directement la protection de ses droits garantis par la Constitution en invoquant la non-conformité d'une disposition législative aux règles constitutionnelles,
* purger l'ordre juridique des dispositions inconstitutionnelles ;
* assurer la prééminence de la Constitution dans l'ordre juridique interne.

Voir aussi procédure de saisine directe par le citoyen (Allemagne, Espagne, Suisse) qui défère un acte (législatif, règlementaire ou juridictionnel) dont ils considèrent qu'il porte directement atteinte à l'un de leurs droits fondamentaux. Ce recours, gratuit et donc très utilisé, nécessite un filtrage draconien.

###### 2. Modalités procédurales

Afin d'éviter un éventuel engorgement de la cour et de neutraliser les requêtes dilatoires, un mécanisme de tri des demandes en fonction de leur pertinence, et des conditions de recevabilité et de saisine de la Cour :

1. Lien de la question avec l'instance en cours (la question de constitutionnalité doit être en rapport avec la résolution du litige). Ce critère fait l'objet d'une interprétation restrictive ou étendue selon les pays. Ainsi en Italie la question doit être « rilevante », c'est-à-dire commander l'issue du litige, et par conséquent le jugement ne peut être rendu « indépendamment de la résolution de la question de légitimité constitutionnelle ».

Une interprétation plus souple de ce critère conduit à exiger seulement du requérant qu'il justifie d'un intérêt à agir. C'est le cas en Belgique, où le recours est ouvert à « toute personne physique ou morale justifiant d'un intérêt ». L'exigence d'un intérêt à agir exclut les requêtes purement déclaratoires, « pétitionnaires» ou symboliques, afin de privilégier une garantie concrète des droits et libertés de la partie requérante.

1. Caractère nouveau de la question qui ne doit pas avoir déjà fait l'objet d'une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée (Allemagne, Belgique, Italie et Espagne). La question n'ayant fait l'objet d'aucune interprétation antérieure par la cour n'est pas pour autant automatiquement examinée par celle-ci. Le juge du fond, ou la cour constitutionnelle, évalue également l'importance de la question nouvelle soulevée. Ainsi la cour constitutionnelle belge attend de la question qu'elle ait un caractère « sérieux », la Cour constitutionnelle fédérale de Karlsruhe ne traite que des questions ayant une « importance fondamentale » en matière de droit constitutionnel. Quant à la constitution italienne, elle exige simplement que la question ne soit « pas manifestement infondée ».

Le juge du fond apprécie la recevabilité de la requête dans un premier temps avant de décider de la transmission de la question au juge constitutionnel, avec des variantes :

* juge belge se prononce uniquement sur la recevabilité de la requête, et est tenu de saisir directement et obligatoirement la Cour constitutionnelle, sauf refus de transmission qui doit être motivé et reste susceptible de recours.
* En Italie, la tâche du juge est plus complexe car il ne peut transmettre la requête à la Cour, ou soulever lui-même le moyen d'inconstitutionnalité, qu'à condition de fournir la preuve de l'influence décisive de la réponse de la Cour sur la solution du litige qui lui est soumis.
* Le juge du fond allemand est sans doute celui qui dispose de la plus grande marge de manœuvre, dans la mesure où il peut lui-même décider qu'une requête répondant aux critères de recevabilité ne présente pas de risques d'inconstitutionnalité et pour cette raison refuser de transmettre celle-ci à la Cour de Karlsruhe. De ce fait, il s'arroge partiellement les prérogatives du juge constitutionnel, dans la mesure où son refus de transmission au tribunal constitutionnel fait office de « brevet de constitutionnalité ».

Dans tous ces cas de figure, la décision du juge - qui peut toujours soulever le moyen d'inconstitutionnalité d'office - ne lie nullement la cour constitutionnelle, car celle-ci dispose toujours du droit de rejeter une requête qu'elle estimerait non conforme aux critères requis pour la saisir.

En règle générale, le juge du fond doit surseoir à statuer sur le litige en cours tant que la question n'a pas été tranchée. C'est le cas en Italie ou en Belgique, où la saisine du juge du fond entraîne la suspension de l'instance, mais également des délais de procédure et de prescription. La suspension du procès est une conséquence majeure du grief d'inconstitutionnalité et requiert l'instauration de délais relativement brefs et suffisamment contraignants pour rythmer la procédure et éviter la durée déraisonnable du procès.

En ce qui concerne les juges du fond, le juge belge par exemple est tenu de saisir « sans délai » la Cour constitutionnelle. Dans le cas allemand, la recevabilité du recours constitutionnel introduit contre des décisions des tribunaux ou des autorités est enfermée dans un délai d'un mois.

En ce qui concerne les cours constitutionnelles, les délais dont elles disposent pour statuer varient selon les pays. Ils sont relativement courts lorsque la question de constitutionnalité a un effet suspensif sur le procès (six mois en Belgique, sauf décision de dérogation).

#### II. Le contrôle de constitutionnalité par voie d’exception

1. Voie d’exception : se défendre contre une loi que l'on estime inconstitutionnelle dans un procès. Le contrôle de constitutionnalité aux États-Unis est fait a posteriori (après que la loi a été promulguée), défensivement (dans le cadre d’un procès), de façon concrète (la constitutionnalité d'une loi n'est examinée que dans le cadre d'une affaire particulière) et diffus. La loi peut être jugée totalement ou partiellement inconstitutionnelle pour des raisons de légalité externe (adoptée par une autorité qui n'en avait pas le pouvoir, par exemple le Congrès légiférant dans un domaine réservé aux États) ou interne (son contenu contrevient aux dispositions de la Constitution).

Un modèle qui part des États-Unis et se diffuse dans les pays d'Amérique du Sud (Brésil : recours d'amparo, qui permet à un citoyen d'invoquer l'atteinte portée contre un droit garanti par la constitution, mais dont les effets ne sont pas erga omnes ; Colombie : a également importé ce modèle, mais surtout, c'est le premier pays à avoir inventé le contrôle a priori d'une loi).

1. Paradoxe de l’histoire : la Constitution n’organise rien (même si, à la [convention constitutionnelle de Philadelphie](http://fr.wikipedia.org/wiki/Convention_de_Philadelphie) où la Constitution a été rédigée, des délégués considéraient ce pouvoir comme allant de soi ; aussi mentionné en [1789](http://fr.wikipedia.org/wiki/1789) par [Alexander Hamilton](http://fr.wikipedia.org/wiki/Alexander_Hamilton) dans [le Fédéraliste](http://fr.wikipedia.org/wiki/Le_F%C3%A9d%C3%A9raliste). Et pourtant présenté dès Marbury comme une usurpation. [Charles Evans Hughes](http://fr.wikipedia.org/wiki/Charles_Evans_Hughes), gouverneur de l'État de [New York](http://fr.wikipedia.org/wiki/New_York) : « la Constitution est ce que la Cour suprême dit qu'elle est » (1908). [Thomas Jefferson](http://fr.wikipedia.org/wiki/Thomas_Jefferson) (à la suite de Marbury) : la Constitution est désormais « un simple objet de cire dans les mains du pouvoir judiciaire ».

##### A. Cadre de compétence

###### 1. Contrôle de constitutionnalité des lois

Marbury v. Madison ([24](http://fr.wikipedia.org/wiki/24_f%C3%A9vrier) [février](http://fr.wikipedia.org/wiki/F%C3%A9vrier_1803) [1803](http://fr.wikipedia.org/wiki/1803)) : capacité, pour les tribunaux et en particulier pour elle-même, de juger de la conformité des lois à la Constitution et d’écarter, en ne les appliquant pas, celles qui y contreviendraient.

a) Contexte

Après la guerre d’indépendance, pendant la période des [articles de confédération](http://fr.wikipedia.org/wiki/Articles_de_conf%C3%A9d%C3%A9ration), et les premières années après l’établissement de la constitution, le débat politique porte sur des questions institutionnelles, concernant l’organisation des pouvoirs, et tout particulièrement les pouvoirs respectifs des États. Une fois la Constitution établie, on peut distinguer deux « partis » : fédéraliste ([John Adams](http://fr.wikipedia.org/wiki/John_Adams_%28pr%C3%A9sident_des_%C3%89tats-Unis%29) et [Alexander Hamilton](http://fr.wikipedia.org/wiki/Alexander_Hamilton), mort en 1804) prône des pouvoirs étendus du gouvernement fédéral sur les États et une organisation des pouvoirs privilégiant l’efficacité (méfiance quant aux possibles excès de la démocratie ; [républicains démocrates](http://fr.wikipedia.org/wiki/Parti_r%C3%A9publicain-d%C3%A9mocrate) ([Thomas Jefferson](http://fr.wikipedia.org/wiki/Thomas_Jefferson) et [James Madison](http://fr.wikipedia.org/wiki/James_Madison), soucieux de limiter les pouvoirs des gouvernements, en particulier du gouvernement fédéral et attachés à des principes de souveraineté populaire.

[John Adams](http://fr.wikipedia.org/wiki/John_Adams_%28pr%C3%A9sident_des_%C3%89tats-Unis%29), second [président des États-Unis](http://fr.wikipedia.org/wiki/Pr%C3%A9sident_des_%C3%89tats-Unis), et fédéraliste, est battu aux élections de novembre [1800](http://fr.wikipedia.org/wiki/1800) par [Thomas Jefferson](http://fr.wikipedia.org/wiki/Thomas_Jefferson), des démocrates-républicains. Le président et la majorité fédéraliste au Congrès mettent la période de transition à profit pour placer leurs partisans à des postes vacants (en particulier dans la magistrature, ce qui vaut aux nouveaux nommés le surnom de Midnight Judges), et même créer de nouveaux postes. Parmi ces nominations, [John Marshall](http://fr.wikipedia.org/wiki/John_Marshall_%28homme_politique%29) (président de la Cour suprême et continue cependant à assurer les fonctions de secrétaire d’État jusqu’à la prise de fonction de Jefferson) et [William Marbury](http://fr.wikipedia.org/w/index.php?title=William_Marbury&action=edit&redlink=1) (juge de paix).

Le secrétaire d’État n’a pas le temps de remettre les actes de nomination aux personnes.

Le nouveau président Jefferson nomme [James Madison](http://fr.wikipedia.org/wiki/James_Madison) secrétaire d’État et lui ordonne de ne pas remettre les nominations.

Marbury se trouve ainsi empêché d’occuper son poste. Considérant que sa nomination est valide, il demande à la Cour suprême présidée par John Marshall de délivrer à Madison une injonction afin que la nomination lui soit remise.

La procédure prévoit que le candidat désigné par le président doit d’abord être accepté par le Sénat, après quoi le président peut signer la nomination. Le pouvoir de nomination appartenant au président, c’est la signature du président qui rend l’acte valide. La validité ne peut dépendre du secrétaire d’État, ni du fait que l’acte soit effectivement transmis à son destinataire. Jefferson ne pouvait pas revenir sur les nominations de dernière minute de son prédécesseur.

b) Les principes

1) Ayant jugé l’injonction appropriée, Marshall pose la question de la capacité de la Cour à l’émettre. Celle-ci est prévue dans le Judiciary Act de [1789](http://fr.wikipedia.org/wiki/1789). La Cour soulève d’office le moyen de son inconstitutionnalité avec deux principes majeurs :

* supériorité de la Constitution sur la loi doit être mise en pratique avec pour conséquence la nullité des actes qui lui sont contraires ;
* il appartient au pouvoir judiciaire d’interpréter la Constitution et donc d’apprécier la conformité des lois (c’est l’essence même du travail du juge). Pour Marshall, l’existence même d’une Constitution écrite, apportant de surcroît des limites explicites au pouvoir législatif, force à trancher en faveur de la Constitution. Pour affirmer le pouvoir du juge, il fait référence au texte de l’article III : « Le pouvoir judiciaire s’étendra à tous les cas [...] ressortissant à la présente Constitution, aux lois des États-Unis, aux traités [...] », et plus loin, celui de la clause de suprématie, à l'article VI : « La présente Constitution, ainsi que les lois des États-Unis qui en découleront [...] seront la loi suprême du pays ».

2) La solution retenue est particulièrement habile. La Cour, tout en reconnaissant l'existence d'un domaine dans lequel l'exécutif peut agir hors de tout contrôle juridictionnel, limite fermement ce domaine. Elle a de plus l'avantage, dans le combat politique du moment, de déclarer que Madison, en suivant les ordres du président, est dans l'illégalité.

Pour autant, puisqu'elle n'a aucun effet pratique, qu'elle ne permet pas à Marbury d'occuper son poste, ne contient pas d'injonction, il est impossible à l'exécutif de résister à la décision, d'empêcher son application : il n'y a rien à appliquer. Jefferson peut tout au plus critiquer, ce dont il ne se prive pas.

3) En revendiquant et en exerçant le contrôle de constitutionnalité des lois, la Cour suprême place le pouvoir judiciaire sur un pied d'égalité avec les deux autres (bien loin de [Montesquieu](http://fr.wikipedia.org/wiki/Montesquieu_%28philosophe%29) à propos de l’Angleterre : « le pouvoir judiciaire est en quelque sorte nul », parce qu’il ne juge que de questions particulières et jamais générales).

« C’est précisément le domaine et le devoir du pouvoir judiciaire de dire ce qu’est la loi ».

###### 2. Contrôle de constitutionnalité des textes des États fédérés (rappel)

b) Compétence subsidiaire de l’État fédéral en cas d’omission des États fédérés

Le quatorzième amendement, adopté en 1867 à la suite de la guerre civile, confère d’importants pouvoirs au Congrès. Elle lui octroie le droit de légiférer quand les États omettent de faire respecter les droits de la personne.

1) Au cours du XXe siècle, les décisions de la Cour ont eu tendance à confirmer les lois fédérales adoptées en vertu de celui-ci. Toutefois, dans l’arrêt City of Boerne c. Flores (1997) et dans d’autres litiges par la suite, les juges ont invalidé des lois fédérales, considérant qu’elles outrepassaient les pouvoirs confiés au Congrès par le quatorzième amendement.

2) Dans deux causes dans les années 1990, la Cour suprême a annulé des lois du Congrès :

* En 1990, la Cour suprême a jugé que les États n’étaient pas tenus de dispenser les personnes dont les croyances religieuses entrent en conflit avec une loi de se conformer à celle-ci, et ce, tant que la loi en question s’applique à tous. Le Congrès a tenté d’annuler cette décision en se fondant sur le Quatorzième amendement pour adopter une loi qui oblige les États à faire la preuve que la loi est fondée sur « un intérêt public primordial » avant d’imposer à un particulier d’aller à l’encontre de ses croyances religieuses. Mais dans son arrêt City of Boerne c. Flores (1997), la Cour suprême a déclaré cette loi inconstitutionnelle. À ses yeux, le pouvoir confié au Congrès par le Quatorzième amendement ne s’étend pas « à des intrusions à tous les niveaux de gouvernement, à la substitution d’une loi par une autre, et à l’interdiction d’actions officielles de pratiquement n’importe quel genre, et ce, sans que l’objet dont il est question soit pris en considération ». Il était de la responsabilité de la Cour de déterminer si le Congrès avait outrepassé ses compétences. Cet examen semblait annoncer un contrôle judiciaire permanent des lois du Congrès touchant les États.
* Dans certains cas, la Cour suprême a considéré que des lois fédérales « réquisitionnaient » de manière inconstitutionnelle les législatifs des États en leur imposant une ligne de conduite bien précise. Par exemple, la Cour a jugé inconstitutionnelle une partie de la loi portant sur la politique en matière de déchets radioactifs. La disposition en cause exigeait d’un État ayant failli à son obligation de mettre à disposition des décharges pour les déchets faiblement radioactifs générés sur son territoire qu’il se charge de ces détritus et endosse la responsabilité pour tous les dommages connexes. La juge Sandra Day O’Connor a déclaré que la Constitution ne donnait tout simplement pas au Congrès l’autorité nécessaire pour obliger les États à légiférer. « Là où un intérêt fédéral se révèle suffisamment impérieux pour inciter le Congrès à légiférer, celui-ci doit le faire directement; il ne saurait recourir aux gouvernements des États comme s’il s’agissait de ses propres agents. »
* La Cour s’est basée sur l’opinion de la juge O’Connor pour annuler des dispositions sur la prévention de la violence due aux armes à feu, qui ordonnaient aux autorités des États et des collectivités locales responsables de son exécution de mener des enquêtes approfondies sur les personnes désirant se procurer des armes de poing. La Cour a ainsi soutenu que le fait de réquisitionner des fonctionnaires dans les États pour appliquer un programme fédéral enfreint le principe de souveraineté des États.

En dépit de la publicité soulevée par de tels jugements, ils n’ont eu que peu d’impact sur le fédéralisme aux États-Unis. Comme l’a rappelé la Cour dans l’arrêt New-York c. United States, le Congrès a toujours la faculté de légiférer directement et de subroger les réglementations incompatibles des États. Le Congrès peut en outre proposer des programmes de subvention pour inciter les États à adopter les politiques désirées.

Les initiatives prises par la Cour suprême en matière de fédéralisme dans les années : divisions au sein du collège des juges (courtes majorités de 5 contre 4) ; manque d’engagement du système judiciaire lui-même vis-à-vis du fédéralisme.

#####  B. Modalités de la procédure

###### 1. Filtrage

Cour dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour accepter ou non la requête. Il faut que l'affaire contienne une question de droit importante portant sur la Constitution ou la loi des États-Unis (ce qu'on appelle une question fédérale) et que cette question n'ait pas encore été tranchée, ou que la cour inférieure ait décidé en contradiction avec la jurisprudence antérieure. La Cour sera aussi encline à pourvoir l'appel si plusieurs cours inférieures (fédérales ou dans les États) ont décidé la question de différentes façons.

L'affaire est acceptée si quatre juges votent en ce sens. Sinon, l'arrêt de la cour inférieure est confirmé.

En pratique, guère plus de 1 % des demandes sont acceptées, soit chaque année un peu plus de 100 sur 7000 (inconstitutionnalité d'une loi fédérale qu'une centaine de fois en deux siècles, la première fois en 1857).

###### 2. Décision

Les juges procèdent à un vote. S'il y a égalité, l'arrêt de la cour inférieure est confirmé, comme s'il n'y avait pas eu d'appel. Sinon, celui des juges ayant voté avec la majorité qui vient en premier dans l'ordre protocolaire (le président s'il a voté avec la majorité, sinon, le plus ancien des juges de la majorité) désigne, parmi les membres de la majorité, celui qui rédigera le jugement (opinion de la Cour, opinion of the Court).

Des juges en accord avec les conclusions, mais en désaccord avec le raisonnement juridique peuvent joindre une [opinion concordante](http://fr.wikipedia.org/w/index.php?title=Opinion_concordante&action=edit&redlink=1) au résultat. Les juges en désaccord avec l'arrêt peuvent joindre une [opinion dissidente](http://fr.wikipedia.org/wiki/Opinion_dissidente). Les opinions concordantes et dissidentes n'ont aucune valeur contraignante pour les autres tribunaux.

###### 3. Les effets

La loi n'est pas abrogée par le juge, elle est généralement déclarée inapplicable au cas d'espèce du fait de l'autorité relative de la chose jugée. Seuls les arrêts de la Cour suprême ont l'autorité absolue de la chose jugée. Effet inter partes (autorité relative de la chose jugée, l'acte inconstitutionnel est inapplicable en l'espèce)

La décision de la Cour s'applique aux parties à l'affaire jugée (inter partes). Elle n'est pas censée abroger la loi. Cependant, elle constitue un précédent que les autres tribunaux doivent appliquer (voir [règle du précédent](http://fr.wikipedia.org/wiki/R%C3%A8gle_du_pr%C3%A9c%C3%A9dent)) ce qui la rend ipso facto inapplicable.

### Section 2. La compétence juridictionnelle

Le modèle juridictionnel est loin d’être unique :

* assemblée politique : la Constitution de l'an VIII confiait au Sénat, sur saisine exclusive de l'Empereur et du Tribunat, le pouvoir d'apprécier la constitutionnalité d'une loi après son adoption par le Corps législatif, et avant sa promulgation. De même sous le Second Empire, le Sénat, principalement nommé par l'Empereur, était chargé de ce contrôle qui demeura exclusivement théorique. Sous la IIIe République, il n'existait pas de contrôle à proprement dit, si ce n'est une appréciation souveraine par les deux chambres du Parlement, exercée à égalité de droits sur l'opportunité de discuter de tel ou tel texte.
* organe mi-politique, mi-juridictionnel : sous la IVe, le contrôle de constitutionnalité portait uniquement sur la régularité formelle des lois. Il ne pouvait pas conduire à annuler des lois anticonstitutionnelles, mais seulement à retarder leur promulgation jusqu'à l'éventuelle révision de la Constitution. Ce contrôle était assuré par un Comité constitutionnel présidé par le Président et constitué du Président de l'Assemblée nationale, du Président du Conseil de la République, de sept membres élus par l'Assemblée nationale et de trois membres élus par le Conseil de la République. Le Comité ne pouvait être saisi que par une action conjointe du Président et du Conseil de la République statuant à la majorité de ses membres. Son rôle était principalement de faire respecter les prérogatives de la seconde chambre, très réduites par la Constitution de 1946, tout en ménageant une phase de conciliation avec l'Assemblée nationale. Pour autant, il ne fut saisi qu'une seule fois, en 1948, sans même statuer puisqu'un accord fut trouvé entre les deux chambres.

#### I. Les modèles d’organisation

##### A. Typologie

###### 1. Modèle européen

Centralisation associée à un organe ad-hoc (une seule cour compétente : incompétence des juridictions de droit commun ; saisine limitée (autorités politiques, juridictions voire auto-saisine). Origine par Hans Kelsen qui fonde la Haute cour constitutionnelle d'Autriche en 1920. Juridiction créée pour connaître spécialement et exclusivement des contentieux constitutionnels et située en dehors de l'appareil juridictionnel ordinaire et indépendant de celui-ci comme des pouvoirs publics.

###### 2. Le modèle américain

Contrôle diffus avec des tribunaux ordinaires et une cour suprême placée au sommet de l'ordre judiciaire et amenée à statuer en appel sur les jugements des juridictions inférieures et ce pour toutes les questions de droit que posent ces jugements (la cour suprême ne s'occupe pas seulement des questions de droit constitutionnel).

=> en fait, pas aussi tranché : en Allemagne, la constitutionnalité d'une loi peut être contrôlée au moment où le juge ordinaire en fait application. Mais le juge ordinaire ne peut pas se prononcer lui-même. Si la constitutionnalité d'une loi est invoquée devant lui par l'une des parties à un procès il doit saisir la cour constitutionnelle qui doit trancher elle-même. Question préjudicielle : le juge doit avant de statuer sur un cas d'espèce renvoyer à un autre tribunal le soin de trancher une question de droit qui ne relève pas de sa compétence. Le procès sera donc suspendu jusqu'à la réponse de la cour constitutionnelle. Le tribunal doit attendre que la cour constitutionnelle ait examiné la constitutionnalité de la loi litigieuse avant de poursuivre le procès.

##### B. Organisation

###### 1. Conditions de nomination

Des conditions assez souples (aucune qualification particulière de formation aux États-Unis où les juges de la Cour suprême sont parmi les rares à être nommés à vie).

V. toutefois Par exemple, la Constitution (les membres de la Cour constitutionnelle doivent être « des juristes à la compétence reconnue, exerçant leur profession depuis plus de quinze ans » ; en Belgique : la loi spéciale du 6 janvier 1989 énumère une série de conditions garantissant les compétences juridiques de haut niveau des futurs membres, à moins que ceux-ci n'aient exercé une fonction parlementaire auparavant

###### 2. Procédure de nomination

- nomination ;

- mais parfois une approbation (aux États-Unis, Sénat examine notamment leur qualification ; procédure similaire s'applique en Allemagne où les seize juges constitutionnels sont élus à part égale par le Bundestag et le Bundesrat, selon des procédures différentes dans les deux cas ; en France, possibilité de blocage des 2/3 depuis 2008).

- nommé pour un délai ou à vie (États-Unis : une procédure de destitution après jugement par le Congrès, selon la même procédure d'[impeachment](http://fr.wikipedia.org/wiki/Impeachment) qui s'applique au Président des États-Unis, ce qui n'est jamais arrivé ; voté une fois par la [Chambre des représentants](http://fr.wikipedia.org/wiki/Chambre_des_repr%C3%A9sentants_des_%C3%89tats-Unis), en [1804](http://fr.wikipedia.org/wiki/1804) à l'encontre du juge [Samuel Chase](http://fr.wikipedia.org/wiki/Samuel_Chase), qui a ensuite été acquitté par le Sénat). Voir ainsi juge [Oliver Wendell Holmes Jr.](http://fr.wikipedia.org/wiki/Oliver_Wendell_Holmes_Jr.) n'a quitté la Cour, en [1932](http://fr.wikipedia.org/wiki/1932), qu'à la demande de ses collègues et à l'âge de 90 ans, après y avoir passé 30 ans. [John Paul Stevens](http://fr.wikipedia.org/wiki/John_Paul_Stevens) a quitté la Cour au même âge, après y avoir passé 35 ans.

#### II. La légitimité du juge constitutionnel

##### A. Un déficit de légitimité

Trois critiques :

* Le contrôle de constitutionnalité donne au juge un rôle de « coauteur » de la loi : il serait une sorte de « troisième chambre ».
* La loi est « expression de la volonté générale » (art. 6 DDHC),
* Juge n'est que nommé, vis-à-vis de représentants du peuple.

##### B. Les réponses doctrinales

###### 1. La théorie du « juge-aiguilleur » (Kelsen)

Le rôle du juge est seulement procédural (le juge constitutionnel a pour fonction de sanctionner une incompétence du législateur intervenu dans le domaine du pouvoir constituant).

Le juge constitutionnel est par principe un "législateur négatif" dans la mesure où le pouvoir de créer la loi qui appartient au législateur fait complètement défaut au juge constitutionnel qui se borne à annuler l'incompétence du législateur dans le domaine du pouvoir constituant.

Et le législateur peut encore passer outre en modifiant la Constitution (cf. Conseil constitutionnel : il ne détient pas un « pouvoir d'appréciation identique à celui du Parlement »).

Problème : la révision constitutionnelle est beaucoup plus dure à obtenir puisqu'elle nécessite une majorité qualifiée (3/5 des parlementaires en France), ce qui implique qu'une minorité peut bloquer la mesure (un seul vrai en précédent en France en 1993, pour tenir en échec une décision du Conseil constitutionnel). Sans compter le problème politique qu'induit le fait de porter atteinte au marbre de la Constitution.

Et comment fait-on pour réviser un principe non écrit (par exemple un principe fondamental reconnu par les lois de la République) ?

###### 2. Le législateur négatif

Il ne décide rien ; s’oppose tout au plus. Et libre au législateur de revoter la loi en la purgeant (ou de faire voter une révision).

Oui, mais il peut interpréter, dire dans quel sens la loi va s’appliquer, sans même annuler.

###### 2. La légitimité démocratique

La démocratie qui n'est pas limitée au pouvoir de la majorité, surtout compte tenu des enjeux (droits fondamentaux). Il faut donc assumer le contrôle, qui est un contrôle technique.

Ne pas se laisser abuser : le contrôle est toujours politique. Voir ainsi la pratique : New-deal ; 1981 puis 1986, contrôle du licenciement économique.

# Titre 3. L’organisation du pouvoir

L’objet d’une Constitution est donc d’organiser le pouvoir. Ce qui laisse entier trois questions essentielles :

* Comment répartir ce pouvoir comprendre : à qui confier ce pouvoir et pour quoi faire (chapitre 1) ;
* Comment désigner les autorités qui vont assurer le pouvoir (chapitre 2) ;
* Comment organiser l’accès au pouvoir (chapitre 3).

## Chapitre 1. La séparation des pouvoirs

1) Le sens à donner à l’expression « séparation des pouvoirs », qui est une conséquence de la représentation de la souveraineté :

* sur l’objet : spécialisation des tâches ?; contrôle mutuel ? hiérarchisation ? limitation du pouvoir en le fragmentant ?
* sur la nature des « pouvoirs » : quels sont les « pouvoirs » essentiels au fonctionnement de l’État au point d’être organisés par la Constitution ? (des fonctions)
* s’en remettre à l’expérience occidentale née en Grande-Bretagne au XVIIe : une vision négative où les titulaires d’une fonction de l’État se méfient dès lors qu’au départ toutes ces fonctions sont cumulées par un monarque-despote. D’où l’article 16 de la DDHC (« Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ») : un régime de confusion n’est pas régi par le droit.
* Mais la séparation ne garantit en soi rien si l’un des pouvoirs peut dominer l’autre (au point d’aboutir à une tyrannie, cf. Napoléon, ou à un immobilisme, cf. la IIIe) ; il faut donc un équilibre et la contrepartie des pouvoirs (la responsabilité politique).
* En réalité, l’émergence des « pouvoirs » est un jeu d’équilibre qui naît des pratiques (plus que des nécessités) : ces pouvoirs s’institutionnalisent au fil des pratiques (convention de la Constitution = pratiques constitutionnelles jugées obligatoires par les acteurs de la vie politique). Par exemple :
	+ la fonction de chef de gouvernement au 19e pour être inscrite dans le budget en 1934 et dans la Constitution en 1946 ;
	+ idem pour le cabinet ministériel et la responsabilité politique en Grande-Bretagne au XVIIe : en refusant de voter la loi, le Parlement montre qu’il n’a plus confiance dans le gouvernement et le gouvernement n’a plus les moyens de gouverner et la légitimité, dès lors qu’il n’est pas élu ; la démission s’impose alors, même si elle n’est pas une obligation juridique ; par exemple démission du gouvernement de Lord North en 1782). Tout cela sans Constitution, mais grâce à un principe électif qui règle les rapports en donnant une légitimité au Parlement.

2) Le principe de séparation horizontal (vertical : fédéralisme ; décentralisation) vient de la Grande-Bretagne. Ce sont les anglais qui, à partir du 17ème siècle, ont commencé à le mettre en pratique. Ce sont les premiers qui ont essayé de diviser, de partager le pouvoir politique qui n'appartenait traditionnellement qu'à un seul titulaire, le Roi. Mais dans un second temps, ce sont les penseurs politiques français (dont Montesquieu) et américains qui au 18ème siècle ont théorisé et popularisé avec succès ce principe qu'on peut énoncer ainsi : une même autorité ne doit pas cumuler entre ses mains tous les pouvoirs au sein de l'Etat. On peut dire qu'avec les révolutions française et américaine, la séparation des pouvoirs devient à la fois un "lieu commun" et un "dogme" de la pensée politique :

* un lieu commun car ce principe n'est pas contesté ou critiqué chez les partisans des Lumières. Même Rousseau, souvent présenté comme un adversaire de la théorie, y est  favorable. Il déclare presque banalement dans le Contrat Social : "Il n'est pas bon que celui qui fait les lois les exécute, ni que le corps du peuple détourne son attention des vues générales pour la donner aux objets particuliers" liv. III, chap. IV. Ce consensus ne signifie pas pour autant que l'on s'entend sur les modalités de la séparation des pouvoirs. A cet égard, les Constitutions de 1791 et de 1793 organisent de façon très différente la séparation des pouvoirs.
* un dogme car on arrive à considérer qu'une société qui ne respecte pas le principe de séparation des pouvoirs est inévitablement despotique ou tyrannique. Sa Constitution n'est donc que de papier. D'où l'article 16 de la DDHC de 1789 qui déclare qu'une société dans laquelle la séparation des pouvoirs n'est pas déterminée n'a pas de constitution.

### Section 1. Les fondements philosophiques

#### I. Les principes

Plus qu’une séparation des pouvoirs (qui), c’est une séparation des fonctions (pour quoi faire).

##### A. L'origine de la séparation des pouvoirs

En Grande-Bretagne, à l'époque féodale finissante, les pouvoirs pour l'essentiel étaient confondus dans les mains du Roi (comme dans les autres monarchies européennes). Le  monarque anglais détenait  ainsi le pouvoir de faire la loi, de l'exécuter et d'exercer la justice. Cependant, dès le 13ème siècle, apparaît un Parlement comprenant des représentants répartis entre deux chambres selon des critères sociaux et géographiques.  En 1295, se réunit ce qu'on appelle le "Parlement modèle" composé de :

-  représentants de la noblesse et de l'église qui forment la Chambre des Lords

- représentants des bourgs et des comtés qui forment la Chambre des Communes.

Ce Parlement, fort de sa légitimité "nationale" va tenter d'arracher au roi le pouvoir de faire la loi ordinaire : soit de la proposer et de la voter. Comment va-t-il s'y prendre? Les parlementaires vont exercer un chantage de plus en plus efficace sur le Roi en profitant d'une prérogative que la grande Charte de 1215 (§2) leur avait donnée : les impôts ne pouvaient être levés par le Roi sans leur consentement. Du coup, en échange de l'acceptation d'un impôt, le Parlement exigera du roi qu'il signe les pétitions (bills) votées par les parlementaires. Ce qui a pour effet de leur donner valeur de loi (statutes). Familièrement dit, si vous voulez de l'argent, il vous faudra accepter nos propositions de loi.

Tout ira bien pour le Parlement jusqu'au 17ème siècle. En effet, à cette époque, les souverains Stuart vont se rebeller : ils vont notamment prétendre créer des impôts sans le consentement du Parlement. C'est une des raisons qui va provoquer le déclenchement de la première Révolution anglais. Une guerre civile éclate qui va mener Cromwell au pouvoir en 1658. En 1660, la Monarchie est rétablie sous condition : elle devra respecter certaines libertés notamment parlementaires et religieuses. Mais les monarques ne respecteront pas cet engagement. En 1688, Jacques II (1685/1688) doit s'enfuir en France (il essaiera de débarquer en Écosse en 1708). Le Parlement appelle alors sur le trône Guillaume d'Orange.

C'est un épisode déterminant pour l'instauration définitive de la séparation des pouvoirs en Angleterre. En effet, Guillaume d'Orange (1689/1702) accepte de  renoncer au pouvoir de faire la loi ou de légiférer ; pouvoir qui est alors transmis sans restriction au Parlement. Tout cela est transcrit dans une Déclaration des droits (bill) de 1689 (§1/§2), un des premiers textes constitutionnels anglais toujours en vigueur.

Ainsi, pour la première fois, dans un  État occidental  a été mise en place une séparation des pouvoirs politiques. D'un côté le Parlement acquiert le pouvoir législatif tandis que le Roi conserve le pouvoir gouvernemental. Attention! même si on parle de séparation des pouvoirs, il faut préciser que les organes qui détiennent ces différents pouvoirs ainsi partagés doivent collaborer et peuvent agir l'un sur l'autre. Par exemple, le Roi peut s'opposer aux lois (droit de veto) en refusant de les signer (ou promulguer) et garde la prérogative féodale de dissoudre le Parlement.

Cette expérience anglais va fortement impressionner les penseurs politiques de l'époque ; d'abord les penseurs anglais tels John Locke (voir par exemple ses deux Traités sur le Gouvernement civil de 1690) puis les penseurs français comme Montesquieu. Ce dernier dans un livre fameux intitulé De l'Esprit des Lois (1750) va, en s'inspirant de la Constitution d'Angleterre, exposer dans sa forme quasi définitive le principe de séparation des pouvoirs. Principe qui deviendra un des fondements de la pensée libérale révolutionnaire en France, aux États-Unis... et que les constitutions les plus modernes ou récentes tentent toujours d'appliquer.
Nous allons préciser successivement à partir de Montesquieu le but, les modalités d'application et les interprétations de ce principe.

##### B. Les modalités

Montesquieu part du constat que toute personne qui détient des pouvoirs (a fortiori tous les pouvoirs), aura tendance à en abuser. Autrement dit, il aura tendance à utiliser ses compétences sans respecter aucune limite, notamment de droit. C'est une "loi" psychologique ou sociologique qu'on peut vérifier facilement. Les français de l'époque pensent à la Monarchie absolutiste, celle d'un Louis XIV par exemple usant sans retenue de lettres de cachet.

Il faut donc faire en sorte que s'instaure un "Gouvernement modéré" ; idéal de Montesquieu comme des premiers révolutionnaires français, américains... Autrement, les libertés, la sûreté comme on disait à l'époque ne seront pas garanties.

La solution : diviser le pouvoir, ne pas le confier dans son entier à un seul titulaire quel qu'il soit (Roi, Prince, Sultan, Peuple). S'il est distribué à différents individus, organes, alors la puissance d'État sera mieux répartie, freinée et du coup, la tyrannie sera évitée. On veillera en conséquence  que les trois grandes fonctions étatiques distinguées par Montesquieu (et avant lui par Locke notamment) ne soient jamais confiées à un même titulaire.

Par ordre d’importance, trois fonctions (et donc hiérarchiquement, ce qui n’interdit pas une collaboration dans la pensée de Montesquieu), elle même fragmentées (exécutif n’est pas un, il n’existe pas un seul tribunal et le législatif l’est également : ne pas trop exagérer car c’est aussi le fruit de pratiques, plus que de volontés d’éviter des dérives) :

1 la fonction de légiférer : « faire des lois pour un temps, ou pour toujours, la corriger ou l'abroger ». Et pour limiter le risque de lois liberticides, fragmentation par le bicaméralisme (ou même polycamérisme en 1795 et 1799).

2 la fonction exécutrice : exécuter les lois et au sens large gouverner: « faire la paix ou la guerre, envoyer ou recevoir des ambassades, établir la sûreté et prévenir les invasions ». (= pouvoir fédératif selon Locke). Exécuter, mais on concède au XXe que pas seulement : il faut aussi garantir la continuité de l’État/du groupe et prendre les décisions qu’imposent les circonstances.

3 la fonction de juger : punir les crimes ou juger les différends des particuliers. Il est la bouche de la loi qui ne peut pas l’interpréter (au point que la loi des 16 et 24 août 1790 imposera de renvoyer l’interprétation de la loi obscure au Parlement).

Cette solution s'opposait à des siècles de pensée politique qui depuis les grecs (Platon, Aristote) en passant par le Moyen-Age (Saint Thomas saint Augustin) admettait les bienfaits du régime de confusion des pouvoirs. Pour tous ces penseurs, le meilleur régime était un régime de monocratie (un seul pouvoir confié à un seul titulaire). Soit en Occident, la monarchie.

Il allait de soi pour les partisans de la théorie politique traditionnelle que l'on devait confier tous les pouvoirs à un seul titulaire et non les disperser entre plusieurs organes. Autrement, on courait le risque de l'anarchie. Or l'anarchie était pour tous ces penseurs le pire des régimes (après la démocratie selon Platon), soit l'expression du mal politique par excellence.

Dans un souci de cohérence, afin de préserver l'unité et la continuité de l'action de l'Etat, il allait de soi que l'on confie la totalité des pouvoirs à un seul responsable [ce qui n'excluait pas des délégations]. Ce responsable, c'est le roi-philosophe  de Platon, le roi très chrétien désigné par la providence divine des penseurs chrétiens du Moyen-Age. Ce roi par sa sagesse, son art de gouverner, a vocation a diriger l'Etat. Son régime ne dérivera pas en tyrannie car le roi enclin à respecter les préceptes fournis par sa conscience ou  sa religion saura agir avec mesure.
Montesquieu et la majorité des révolutionnaires sont persuadés au contraire que cette barrière (la conscience, la religion) est trop fragile. Il faut opposer au pouvoir du pouvoir et ne pas faire confiance à un seul homme. Autrement, l'Etat de droit ne serait exister. C'est ce qu'exprime de façon catégorique  l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution ».

###### 3. La mise en œuvre

a) La séparation horizontale

a. Notion

C’est cette séparation qui va être théorisée surtout par les auteurs européens, notamment Montesquieu. Ce dernier va distinguer trois grandes fonctions étatiques qui ne doivent jamais être confiées à un même titulaire au sommet de l’Etat. Par ordre d’importance (et donc hiérarchiquement) :

- la fonction de légiférer : « faire des lois pour un temps, ou pour toujours, la corriger ou l'abroger »

- la fonction exécutrice : exécuter les lois et au sens large gouverner : « faire la paix ou la guerre, envoyer ou recevoir des ambassades, établir la sûreté et prévenir les invasions ». (= pouvoir fédératif selon Locke).

- la fonction de juger : punir les crimes ou juger les différends des particuliers.

Or, nous dit Montesquieu, « Tout serait perdu si le même homme, ou le même corps de principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs » (Madison : « l’accumulation de tous les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire dans les mêmes mains (…) peut justement être dite la véritable définition de la tyrannie »).

Mais, une fois que l’on a admis la nécessité de répartir les fonctions étatiques (exécuter, légiférer, juger) entre différentes autorités, il reste à établir comment cette répartition va se faire.

Différentes difficultés surgissent qui appelleront des solutions divergentes : on ne s’entendra pas sur le choix des titulaires de ces fonctions, sur la nature de leurs relations (seront-ils indépendants ou dépendants). Pourront-ils agir les uns sur les autres ? etc.

La difficulté la plus grande est la suivante : comment faire en sorte que l’autorité qui est chargée de la fonction législative, (fonction la plus noble mais aussi la plus importante) ne profite pas de sa suprématie pour se saisir des autres fonctions et devienne finalement despotique. Dans ce cas, on aurait échangé une tyrannie (celle du Roi) pour une autre (celle du Parlement)... Deux grandes solutions vont être imaginées qui vont conduire à l’édiction de Constitutions très différentes au 18ème siècle.

b. Balance des pouvoirs

Cette solution est développée par Montesquieu à partir de l’expérience anglaise (dans le livre XI de l’Esprit des Lois). Elle sera adoptée notamment par les constituants français en 1791 et 1795 et par les constituants américains en 1787.

1 définition

La balance des pouvoirs consiste à partager le pouvoir législatif entre plusieurs organes hiérarchisés qui se font contrepoids. On refusera en conséquence de confier ce pouvoir à un seul organe comme le Parlement ; les autres organes (comme le Roi) participeront de cette fonction. Ils entreront dans le processus de fabrication de la loi. Comme cela, le gouvernement d’assemblée ou la tyrannie du Parlement sera évité. La solution est complexe : on ne se contente pas de répartir les trois grandes fonctions (exécuter, légiférer, juger) entre des organes différents. On prend soin de répartir aussi la fonction législative entre plusieurs autorités dont il faut coordonner les activités et prévoir les interactions.

b) les conséquences

- La « puissance législative » est répartie entre plusieurs organes. Chez Montesquieu, il s’agit du Parlement [divisé en deux chambres, une chambre haute représentant les nobles, une chambre basse représentant le peuple] et du Roi. De la même façon, ce pouvoir est réparti dans la Constitution de 1791 entre le Corps législatif et le Roi. Aux Etats-Unis en 1787, le Président et le Congrès [Parlement bicaméral] participent au pouvoir législatif.

- Les organes chargés de la législation se font contrepoids ou équilibre (d’où le terme de balance).

Aux Etats-Unis, on parle ici de la théorie des « checks and balances » (freiner l’action - faire équilibre). Pour cela on va permettre selon l’expression de Montesquieu aux organes de « s’arrêter » ou de faire pression les uns sur les autres.

Ainsi, selon Montesquieu, le Roi, en tant qu’organe/partie de la législation, se voit confier une « faculté d’empêcher ». On l’appellera droit de veto dans les Constitutions française et américaine.

• Constitution de 1791, chapitre III, section III intitulée De la sanction royale. Il est prévu que le Roi peut refuser son consentement ou sa sanction aux actes du pouvoir législatif mais ce refus (article 2) n'est que suspensif. Le consentement du roi est exprimé par cette formule : "le roi consent et fera exécuter". Le refus suspensif est exprimé par celle-ci : "le roi examinera". Le veto est suspensif au sens où il est temporaire. Ainsi, selon l'article 6, les actes législatifs qui lui auront été présentés trois fois de suite (après avoir été votés à l'occasion de 3 législatures donc sur trois ans) ont "force de loi et portent le nom et l'intitulé de lois".

• Constitution américaine de 1787 (article premier, section VII). Le Président américain aura le choix entre approuver un texte ou le renvoyer avec ses objections à la Chambre dont il émane.

Dans le premier cas, il le revêtira de sa signature.

- Aucun organe n’est spécialisé. Si plusieurs organes se partagent le pouvoir législatif, ils sont en même temps organe d’une autre fonction. Ainsi, selon Montesquieu, le monarque se voit confié par ailleurs la fonction exécutive. Le Parlement à travers la chambre basse peut participer à la fonction de juger qui est confiée principalement à des tribunaux temporaires composés par « des personnes tirées du peuple ».

c) les risques

Les moyens d’interaction entre les organes sont limités. On peut craindre la survenance de blocages, conflits sans solution, et finalement la paralysie du système. C’est ce qui se passera en 1791 avec l’abus du droit de veto par Louis XVI, surnommé « monsieur veto ».

c. Spécialisation des pouvoirs

Cette solution est proposée notamment par Rousseau et va être reprise dans les Constitutions de 1793 et de 1848. Elle sera reprise à l’époque contemporaine dans les Constitutions des Etats communistes.

1) définition :

Les organes constitutionnels hiérarchisés se voient confier l'entièreté ou le monopole d'un pouvoir. Il existe une séparation absolue entre eux, donc aucune interaction. Pas de faculté d’empêcher (ou de dissolution) en conséquence. Le Parlement se voit confier la fonction essentielle, la fonction législative car il est censé parler au nom du Peuple ou de la Nation. Les autres organes se voient confier les fonctions dérivées (pouvoir exécutif et judiciaire). Il faut noter que la séparation ici n’exclut pas des liens de subordination qui profitent au seul Parlement. Ainsi la Constitution de 1793 prévoit à son article 63 que le Corps législatif choisira les membres du Conseil exécutif ; ce dernier réside auprès du Corps législatif (art. 75) et est entendu toutes les fois qu’il a des comptes à rendre (art. 76).

Comment cette solution se justifie-t-elle et préserve-t-elle la liberté ?

2) justification

Pour Rousseau, le pouvoir législatif appartient nécessairement au peuple souverain qui l’exerce à travers un Parlement qui lui est fidèle et lui obéit. Le peuple ne saurait donc partager le pouvoir législatif avec personne. Ce serait abdiquer sa liberté. La spécialisation est donc nécessaire ; elle préserve la séparation des pouvoirs et finalement garantit la liberté.

Le peuple ici n’obéit qu’à lui-même ; il est l’auteur de la loi qu’il s’impose et nul ne vient interférer dans la fabrication de cette loi. Dès lors, le peuple est libre et la tyrannie impossible.

3) risque

La séparation des pouvoirs n’exclut pas une subordination de tous les organes au Parlement le risque est qu’elle mène au despotisme de ce Parlement n’est pas négligeable.

#### II. Les contestations du principe de séparation

Les idées de Montesquieu (mais aussi de Locke) ont fait l'objet d'une interprétation, dite "traditionnelle" par les juristes français lors du 19ème siècle. Elle est presque complètement abandonnée ; ses erreurs ayant été mises à jour. Il reste qu'elle a profondément influencé le droit public français.

##### A. L'interprétation traditionnelle

L'interprétation traditionnelle : C'est à elle qu'on doit cette expression, voire cette notion de "séparation des pouvoirs". En effet, à partir du 19ème siècle, les plus grands juristes français qu'ils soient partisans de la théorie comme Esmein ou adversaires comme Duguit ou Carré de Malberg (imités en cela par la doctrine allemande) vont affirmer que Montesquieu a non seulement voulu diviser le pouvoir mais aussi séparer les organes titulaires chacun d’une grande fonction étatique. Selon eux, il aurait prôné une séparation absolue ou un isolement des organes ; théorie qui aurait été appliquée en conséquence par les premières constitutions françaises révolutionnaires : celles de 1791 et de 1795 (= an III) et américaine.

Trois critères définissent cette conception de la doctrine classique :

1 spécialisation fonctionnelle : chaque organe est spécialisé et ne peut donc participer de la fonction d'un autre organe ; par exemple, le roi ne pourrait participer de la fonction législative ; il ne peut qu'exécuter les lois.

2 indépendance des organes politiques : les organes politiques ne peuvent agir les uns sur les autres même à travers de simples moyens d'empêcher.

3 équilibre : il n'y aurait pas de hiérarchie entre les pouvoirs ou les organes ; chacun serait au même niveau ayant des fonctions équivalentes.

b) Critique :

On va s'apercevoir assez tard que cette conception ne correspond ni aux idées de Montesquieu, ni aux intentions des constituants français et américains au18ème siècle et ne se reflète donc pas dans les textes constitutionnels.

- Concernant Montesquieu, C. Eisenmann dans un article paru en 1933 explique que "l'idée de séparer les autorités étatiques est complètement absente de l'Esprit des Lois : elle n'y est ni réalisée, ni formulée » (p. 179). En effet, "aucune des trois autorités n'est à la fois attributaire de l'intégralité d'une fonction, maîtresse de cette fonction et spécialisée dans cette fonction".
En fait, plus modestement, ce que Montesquieu aurait voulu, c'est "qu'il ne faut pas que deux quelconques des trois fonctions soient réunies entre les mêmes mains" (p. 178).
- Concernant les intentions des constituants français : si on prend l'exemple de la première constitution française de 1791, on peut voir ainsi que le Roi participe de la fonction législative (en invitant par exemple le Corps législatif à voter telles ou telles lois chapitre III, section 1, article 1) = pas de spécialisation. Il peut agir sur ce Corps législatif (à travers son droit de veto) = pas d'indépendance. Et enfin il a une fonction bien moins essentielle que celle de faire la loi ; il est en situation d'infériorité par rapport au Parlement = pas d'équilibre.

Nota : la conception traditionnelle de la séparation des pouvoirs si elle s’oppose complètement à l’idée de balance des pouvoirs se rapproche de l’idée de spécialisation des pouvoirs à une différence près qui est essentielle. En effet, Rousseau n’envisage aucun équilibre entre les organes mais plutôt une subordination au profit du Parlement exprimant la volonté du peuple.

##### B. Les aménagements au principe de séparation des pouvoirs

La théorie de la séparation des pouvoirs a été adaptée, perfectionnée. Cette évolution a concerné :

a) la conception des fonctions étatiques

b) les relations entre organes politiques sont encore plus poussées

a) Les fonctions

La hiérarchie et le contenu des fonctions ne sont plus les mêmes depuis le 18ème siècle. La nouvelle hiérarchie est la suivante : 1- pouvoir exécutif 2 - pouvoir législatif 3 - pouvoir judiciaire. Quant au contenu :

1 la fonction exécutive est entendue au sens large. Il ne s’agit plus seulement d'exécuter les lois aujourd'hui. Il s’agit de décider, d’administrer. Cela implique que l’organe chargé principalement de la fonction exécutive fixera les buts de l’Etat, son orientation générale. Cette fonction est comprise maintenant une fonction active, un « pouvoir d'action »

2 la fonction législative ne correspond plus seulement légiférer à l’action de légiférer ou de faire la loi. Elle signifie aussi surveiller, sanctionner le gouvernement. C’est devenu un « pouvoir de contrôle »

3 la fonction judiciaire ne signifie plus appliquer mécaniquement les lois aux différends des particuliers. Juger implique aussi interpréter, adapter la loi aux situations et aux époques.

b) Les relations entre les organes

Dans les régimes contemporains de séparation des pouvoirs, les organes politiques ont multiplié les interactions devenues elles-mêmes plus fortes. On peut donc dire que l’idée de balance des pouvoirs l’a emporté sur celle de spécialisation.

La principale évolution concerne l’apparition de la faculté de révocation qui est au cœur du parlementarisme contemporain. Ainsi, gouvernement et Parlement font plus que s'empêcher : ils se révoquent. Comment ?

\* Le gouvernement (son chef) a le droit de dissoudre le Parlement (généralement la 1e chambre). C’est le cas en Angleterre, en RFA, Italie.

\* Le Parlement réciproquement peut censurer le gouvernement ; ce qui oblige ce dernier à démissionner : ex l'article 49.

2 limitations de la théorie moderne de la séparation des pouvoirs

Si la théorie originelle de la séparation des pouvoirs avec ses deux modalités d’application a connu un échec relatif (blocages, dérive parlementariste), la théorie remaniée s’est révélée fiable.

Cependant la pratique révèle que cette théorie ne peut empêcher un retour à la confusion des pouvoirs :

a) par le jeu des élections : les électeurs peuvent toujours donner la victoire à un parti qui refuse le principe même de la séparation des pouvoirs et cherche à l’abolir. La seule garantie qui peut fonctionner ici est l’inscription du principe dans la Constitution. Ce qui permettra à une cour constitutionnelle de s’opposer à toute loi qui remette en cause le principe. Cette garantie existe en France. En effet, le Conseil constitutionnel veille au respect de l’article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui fait référence à ce principe et a valeur constitutionnelle. A plusieurs reprises, Il s'est référé à la S des P mais en l'invoquant surtout à propos des rapports entre Pouvoir Judiciaire et les autres pouvoirs :

Ex : décision n°87-228DC (26 juin 1987) qui précise que le législateur ne saurait censurer les décisions prises par les juridictions. Aller contre ces décisions reviendrait à enfreindre le principe de S des P et à ne pas respecter la chose jugée. [Ce qui n'empêche pas que le législateur « modifie les règles que le juge a mission d'appliquer » : décision n°80-119DC].

Cette garantie n’est pas absolue car la Constitution peut être révisée...

b) par le jeu partisan : rien n’empêche que le même parti ou coalition à la suite des élections détienne pouvoir exécutif et pouvoir législatif. Dès lors apparaît une subordination de type politique au profit de l’un ou l’autre pouvoir selon que les chefs politiques appartiennent à l’un ou l’autre de ces pouvoirs. Actuellement dans les régimes parlementaires comme le régime français, c’est le pouvoir exécutif qui se trouve en situation de prééminence. On peut compter cependant sur la tendance naturelle des partis démocratiques à se diviser ou se rebeller pour espérer que le pouvoir exécutif rencontre des résistances au sein de sa propre majorité parlementaire.

### Section 2. Les modalités de séparation des pouvoirs

1) Le ressort de la distinction : les rapports entre les pouvoirs publics.

2) Insister sur les limites du modèle et non d’un moule juridique interchangeable (les limites du droit en droit constitutionnel) : les régimes naissent d’une pratique et d’un passé (l’émergence d’un régime parlementaire en France au cours du 19ème; les rapports entre une classe dominante et la couronne en Grande-Bretagne ; la nécessité d’agglomérer plusieurs volontés aux États-Unis, etc.).

3) En tout cas, le choix n’a rien à avoir avec l’organisation de l’État (fédéral ou unitaire).

#### I. Le régime parlementaire

1) Régime de séparation souple des pouvoirs dans lequel, sous l’arbitrage du chef de l’État, le Gouvernement et le Parlement collaborent et possèdent un droit de récusation réciproque. À ne pas confondre avec le régime dit « présidentialiste » : régime de séparation souple des pouvoirs dans lequel le pouvoir exécutif appartient à un président de la République élu au suffrage universel direct (comme dans un régime présidentiel) et à un Premier ministre responsable devant le Parlement (comme dans un régime parlementaire). En cas de coïncidence entre les majorités présidentielle et parlementaire, il se produit une concentration du pouvoir au profit du chef de l’État, d’où le nom.

2) Des nuances :

* liée au rôle du Président ou du Parlement : dans un régime parlementaire dualiste ou orléaniste, le chef de l’État conserve des pouvoirs personnels importants si bien que le Gouvernement est également responsable devant lui ; dans un régime parlementaire moniste, la responsabilité politique du Gouvernement devant le Parlement est exclusive.
* liée aux rapports de force politique : si le régime connaît des majorités parlementaires stables, il est qualifié de parlementarisme majoritaire et donne naissance au gouvernement de législature. Sinon, il risque de sombrer dans l’instabilité gouvernementale et de dégénérer en régime d’assemblée.
* liée aux règles juridiques de mise en œuvre des pouvoirs respectifs : rationnalisation des règles d’engagement de la responsabilité gouvernementale, en vue de renforcer le Gouvernement et de favoriser sa stabilité.

#### II. Le régime présidentiel

##### A. Principes

1) Bien mal nommé puisque le Président de la République n’est pas le pilier ; tout au contraire, il a autant de pouvoirs que le législatif.

2) Partir d’une définition : régime de séparation stricte et équilibrée des pouvoirs dans lequel le président n’est pas responsable devant la ou les chambres qui, chargées de faire la loi, ne peuvent être dissoutes.

###### 1. Une séparation stricte du législatif et de l’exécutif

a) Cette séparation entraîne la dévolution de compétences respectives qui ne peuvent pas être remise en cause par l’autre pouvoir (spécialisation fonctionnelle : chacun assume les fonctions utiles à l’État). Sommairement : le législatif vote les lois ; le Président de la République assure la continuité de l’État (ce qui ici ne le distingue pas d’un Président de la République dans un régime parlementaire).

Conséquence (positive) : le Président de la République et le législatif n’ont pas à être du même bord politique.

b) Mais une organisation qui peut rester libre (le bicaméralisme n’est pas l’apanage du régime présidentiel). Tout au plus :

* le Président de la République doit avoir une forte légitimité et doit en toute logique être élu par le peuple ;
* le modèle impose un resserrement de l’exécutif autour du Président de la République.

###### 2. Une collaboration nécessaire

a) Pas de cloisonnement : pas de lois sans l’exécutif (qui peut avoir un droit de veto en refusant la promulgation ; aux États-Unis : surmonté par un vote des 2/3) ; l’exécutif peut participer au processus législatif en suscitant des projets par le biais des parlementaires de son bord politique (mais il n’en a pas l’initiative et n’en est donc pas le coauteur).

Aux États-Unis, facilité par le fait qu’il n’existe pas de discipline de partis et que les majorités peuvent se faire sur un texte, avec un jeu en coulisse. La majorité parlementaire n’a pas de sens.

b) Mais des aménagements nécessaires : l’exécutif doit pouvoir agir (en fait, il a sensiblement le même pouvoir que dans un régime parlementaire : le modèle n’impose ni n’interdit rien).

###### 3. Une séparation aménagée

a) Comprise comme l’impossibilité de destitution réciproque (ni dissolution, ni motion de censure).

b) Mais un contrôle (des décisions de l’exécutif pour le moins, par le biais du fonctionnement de l’administration dès lors que le budget dépend d’une loi).

Et aux États-Unis, une utilisation de la responsabilité pénale de manière proche de celle d’une responsabilité politique (le ressort : l’atteinte à la Constitution et non pas le crime de droit commun).

##### B. Illustrations (États-Unis)

1. Des pouvoirs respectifs

a) Un pouvoir législatif bicaméral (article 1er: tous les pouvoirs législatifs accordés par la présente Constitution seront attribués à un Congrès des États-Unis, qui sera composé d'un Sénat et d'une Chambre des représentants) :

* Chambre des représentants choisis tous les deux ans par le peuple des États ; nombre des représentants n'excédera pas un pour trente mille habitants, mais chaque État aura au moins un représentant ; Sénat composé de deux sénateurs pour chaque État pour six ans). Avec un monopole de compétence en matière fiscale (Tout projet de loi comportant la levée d'impôts émanera de la Chambre des représentants ; mais le Sénat pourra proposer ou y apporter des amendements comme aux autres projets de loi).
* Un Sénat

Une compétence du Congrès définie par la Constitution (renvoi).

b) Un Président de la République

3) Modalités d’adoption : projet de loi adopté par la Chambre des représentants et par le Sénat devra, avant d'acquérir force de loi, être soumis au président des États-Unis. Si celui-ci l'approuve, il le signera ; sinon il le renverra, avec ses objections, à la chambre dont il émane, laquelle insérera les objections in extenso sur son procès-verbal et procédera à un nouvel examen du projet. Si, après ce nouvel examen, le projet de loi réunit en sa faveur les voix des deux tiers des membres de cette chambre, il sera transmis à l'autre chambre, qui l'examinera également de nouveau, et, si les deux tiers des membres de celle-ci l'approuvent, il aura force de loi.

Le pouvoir exécutif sera confié à un président pour quatre ans élu par des grands électeurs élus dans chaque État. Si aucune personne n'a obtenu la majorité, la Chambre des représentants choisira alors le président.

Pouvoirs : commandant en chef de l'armée ; sur l'avis et avec le consentement du Sénat, conclure des traités sous réserve de l'approbation des deux tiers des sénateurs ; propose au Sénat et sur l'avis et avec le consentement de ce dernier, de nommer les ministres, ambassadeurs, juges à la Cour suprême et les hauts fonctionnaires.

Le président, le vice-président et tous les fonctionnaires seront destitués pour trahison, corruption ou autres crimes et délits majeurs.

#### III. Le régime d’assemblée (ou conventionnel)

Définition : confusion des pouvoirs dans lequel les fonctions législative et exécutive sont exercées par une assemblée (abus de langage lorsque le régime d’assemblée désigne une dérive du régime parlementaire caractérisée par la subordination du Gouvernement au Parlement, en raison notamment de l’absence de majorité parlementaire stable).

Constitution suisse

Art. 148. 1 L'Assemblée fédérale est l'autorité suprême de la Confédération, sous réserve des droits du peuple et des cantons.

2 Elle se compose de deux Chambres, le Conseil national et le Conseil des Etats, dotées des mêmes compétences.

Art. 174. Le Conseil fédéral est l'autorité directoriale et exécutive suprême de la Confédération.

Art. 175. 1 Le Conseil fédéral est composé de sept membres.

2 Les membres du Conseil fédéral sont élus par l'Assemblée fédérale après chaque renouvellement intégral du Conseil national.

3 Ils sont nommés pour quatre ans et choisis parmi les citoyens et citoyennes suisses éligibles au Conseil national.

Art. 176. 1 La présidence du Conseil fédéral est assurée par le président ou la présidente de la Confédération.

Art. 177. 1 Le Conseil fédéral prend ses décisions en autorité collégiale.

[Art. 181 Droit d'initiative](https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19995395/index.html#a181). Le Conseil fédéral soumet à l'Assemblée fédérale des projets relatifs aux actes de celle-ci.

Art. 186. 1 Le Conseil fédéral est chargé des relations entre la Confédération et les cantons et collabore avec ces derniers.

## Chapitre 2. La légitimité du pouvoir

Les sources de la légitimité :

* divine : la religion comme explication générale du monde et comme fondement du pouvoir ;
* l’aptitude à gouverner par une aristocratie ;
* démocratie : confier le pouvoir au groupe social, dans son entier (Lincoln : démocratie comme gouvernement « du peuple, par le peuple, pour le peuple »).

### Section 1. La répartition du pouvoir

1) Plusieurs réponses ; la répartition démocratique est sans doute la plus récente et postule être la meilleure (au point d’en affirmer l’universalité).

2) À cela une explication : « l’intérêt du peuple ne peut être mieux réalisé que par l’accomplissement de sa propre volonté. Ce que veut le peuple est ce qui bon pour lui » (Baranger, p. 75). Cf. DDHC, art. 6 (« la loi est l’expression de la volonté générale »).

Ce qui veut dire que le peuple sait ce qui est bien pour lui (Rousseau, Contrat social : « la volonté générale peut seule diriger les forces de l’État selon la fin de son institution, qui est le bien commun »).

#### I. La répartition démocratique

1) Baranger : « L’État démocratique est régi par un principe simple et exigeant : les gouvernés doivent devenir les gouvernés. On a dit que la démocratie était « l’identité du dominant et du dominé, du gouvernant et du gouverné, de celui qui commande et de celui qui obéit » (C. Schmitt) »

2) Un accord quasi-général sur la nécessité de participation au pouvoir (vote ; être élu) mais quelle forme de « liberté participation » ? Car cette liberté est susceptible de deux grandes formes mais une seule est compatible avec l’exercice des Droits fondamentaux.

##### A. La démocratie directe

Les libéraux écartent une forme de liberté participation qui s’opposerait à la jouissance des droits de l’individu (« liberté des anciens », Constant). Cette liberté consiste à « exercer collectivement mais directement plusieurs parties de la souveraineté toute entière, à délibérer sur la place publique de la guerre et de la paix, à conclure avec les étrangers des traités d'alliance, à voter les lois, à prononcer les jugements, à examiner les comptes, les actes, la gestion des magistrats ». Des droits donc et notamment celui de s’exprimer.

Intéressant car une 1ère réflexion sur le terrain de la liberté politique (participation à la chose publique, à l'exécution du pouvoir et à la détermination d'organes publics). Et des droits pour l’individu qui sont conçus par rapport à l'exercice du pouvoir (des aspects de la sûreté mais pour éviter qu'un clan s'assure le pouvoir par des condamnations).

Mais cette liberté s’oppose à tout droit propre de l’individu car dès lors que l’individu s’est exprimé et a voté, il ne peut pas contester les choix de la majorité, notamment en imposant au groupe des droits (ex. : si la majorité a décidé de construire un ouvrage public, il ne peut pas ensuite opposer un droit de propriété).

« Mais en même temps que c'était là ce que les anciens nommaient liberté, ils admettaient comme compatible avec cette liberté collective l'assujettissement complet de l'individu à l'autorité de l'ensemble... (de sorte que) chez les anciens, l'individu souverain presque habituellement dans les affaires publiques est esclave dans tous ses rapports privés" ("De la liberté des anciens comparée à celle des modernes", 1819).

Soit une contestation du groupe et de la démocratie directe (celle des Grecs mais en fait celle de 1793 et de Rousseau).

Constitution suisse

Art. 140. 1 Sont soumises au vote du peuple et des cantons: les révisions de la Constitution; l'adhésion à des organisations de sécurité collective ou à des communautés supranationales; les lois fédérales déclarées urgentes qui sont dépourvues de base constitutionnelle et dont la durée de validité dépasse une année; ces lois doivent être soumises au vote dans le délai d'un an à compter de leur adoption par l'Assemblée fédérale.

2 Sont soumis au vote du peuple: les initiatives populaires tendant à la révision totale de la Constitution; les initiatives populaires conçues en termes généraux qui tendent à la révision partielle de la Constitution et qui ont été rejetées par l'Assemblée fédérale; le principe d'une révision totale de la Constitution, en cas de désaccord entre les deux conseils.

[Art. 141 Référendum facultatif](https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19995395/index.html#a141) 1 Si 50 000 citoyens et citoyennes ayant le droit de vote ou huit cantons le demandent dans les 100 jours à compter de la publication officielle de l'acte, sont soumis au vote du peuple: les lois fédérales; les lois fédérales déclarées urgentes dont la durée de validité dépasse un an; les arrêtés fédéraux, dans la mesure où la Constitution ou la loi le prévoient; les traités internationaux qui sont d'une durée indéterminée et ne sont pas dénonçables, prévoient l'adhésion à une organisation internationale, contiennent des dispositions importantes fixant des règles de droit ou dont la mise en oeuvre exige l'adoption de lois fédérales.

##### B. La démocratie représentative

Il faut donc préférer une autre forme de la liberté participation qui n’aboutit pas à la dictature de la majorité (libéralisme comme fondement de la démocratie moderne : mettre en tout cas fin du despotisme pour assurer l’autonomie de l’individu, la démocratie sans l’un de ces moyens).

Arrière pensée : imposer un régime représentatif d'ailleurs censitaire (voir aussi une critique de contexte de la monarchie qui devient absolue) qui est respectueuse des droits de l’individu et assure aussi la régulation du pouvoir (le régime représentatif de Siéyes).

Essentielle car cette liberté participation rend possible la liberté autonomie de l’individu.

Dans ce régime représentatif, les libéraux estiment que les représentants des individus vont se borner à organiser la société, sans imposer la volonté d’une majorité aux minorités. Car cette liberté des modernes rend possible l’exercice des droits fondamentaux.

Pourquoi : car les représentants du peuple n’ont pas à régir les rapports entre l’autorité et les individus ; ces représentants doivent s’en tenir aux besoins essentiels du groupe (assurer la sécurité des biens et des personnes, infra) et s’abstenir de légiférer en dehors de ces besoins. Définition d’un État minimaliste. Autrement formulé, cette liberté des modernes rend possible la liberté autonomie (ou liberté résistance). Cette liberté autonomie se concrétisent par des droits fondamentaux qui matérialisent juridiquement cette liberté (= interdire concrètement à l’autorité et à autrui de s’immiscer dans l’exercice d’une sphère privée).

Pour un moderne, être libre « c'est pour chacun le droit de n'être soumis qu'aux lois, de ne pouvoir être ni arrêté, ni détenu, ni mis à mort, ni maltraité d'aucune manière par l'effet de la volonté arbitraire d'un ou plusieurs individus. » Ce sont les droits fondamentaux de 1789 ou de CEDH.

« Le but des modernes est la sécurité dans les jouissances privées; et ils nomment liberté les garanties accordées par les institutions à ces jouissances ».

#### II. La répartition non démocratique

### Section 2. La représentation

1) « rendre présent ce qui est absent. Transposée à la question politique, la notion de représentation indique le gouvernant a pour mission de rendre présent le gouverné dans l’exercice du pouvoir politique » (Baranger). C'est-à-dire susciter des organes qui vont former et exprimer la volonté souveraine par des mécanismes (tirage au sort ; élection ; concours ; naissance pour un Roi).

2) Comment désigner le pouvoir suprême reconnu à l’État et en assurer sa légitimité ? (II)

3) Une logique de méfiance (I) : la représentation est provisoire ; elle doit se renouveler dans le cadre d’un mandat renouvelable et en principe bref et révocable (droit à la résistance à l’oppression ; principe de responsabilité).

#### I. Les modèles de représentation

1) Pour s’en tenir à la démocratie, deux doctrines se sont longtemps opposées (la Nation ou le Peuple) :

* la Nation est un être collectif distinct des individus : le vote est une fonction et le suffrage peut être restreint.
* tous les individus composant le peuple assument collectivement le pouvoir : le vote est un droit (voire une obligation) et le suffrage doit être universel.

2) Comme celle de 1946, la Constitution de 1958 combine curieusement les deux doctrines. L’article 3 al. 1 C: la souveraineté nationale appartient au peuple ; le peuple « l’exerce par ses représentants et par la voie du référendum » dans des conditions qui, depuis 1964, précisées dans le Code électoral. Malgré la possibilité du référendum constituant ou législatif (art. 89 et 11 C), la France est en réalité une démocratie essentiellement représentative.

3) Ne pas être dupe de la distinction (déjà parce qu’elle confond souveraineté et représentation) : le peuple est (comme la Nation) une fiction et reste indivisible (voir Boudon, p. 60).

##### A. La représentation « nationale »

C'est une abstraction pour organiser la souveraineté qui s’exerce difficilement directement, c'est-à-dire par les personnes qui en sont les détenteurs (le peuple aujourd'hui).

###### 1. La représentation de la Nation

a) Elle naît d’un principe électif qui va transférer la souveraineté du peuple vers des élus (même si le corps électoral n’est pas le peuple car tout le monde ne vote pas). L’élection est donc au fondement du pouvoir : elle matérialise le lien gouvernant/gouvernés.

D’où l’importance du pouvoir de suffrage (pouvoir voter ; pouvoir se présenter à une élection). Au fond, peu importe ici le mode de scrutin, dès lors qu’il ne biaise pas le processus (infra). Même si aujourd'hui, les élus sont plus représentatifs que représentants.

Pour Hobbes (1651), « une multitude d’hommes devient une seule personne quand ces hommes sont représentés par un seul homme ou par une seule personne ». Le Léviathan est le produit de la convention passée entre les membres d’une même collectivité pour former un État, ces membres se reconnaissant par le biais de la représentation dans ce pouvoir.

Barnave (Constituante, le 10 août 1791) : représenter signifie « vouloir pour la Nation », c'est-à-dire légiférer à sa place puisque la loi est l’expression de la volonté générale, cf. article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

b) Mais la mission du corps électoral s’arrête avec l’élection (choisir ; investir une personne d’une légitimité).

c) Avec un aménagement possible : le référendum (Constitution 1958, article 3 : « le peuple exerce sa souveraineté par ses représentants et par la voie du référendum » ; renvoi).

###### 2. Le mandat des représentants

a) Il est le plus large possible puisque les représentants expriment la Nation.

b) Il n’est pas impératif (l’élu est dissocié des électeurs). Cf. art. 27 de la Constitution de 1958 (« tout mandat impératif est nul », ne pas contractualiser l’élection).

Fonde l’immunité très large reconnue aux élus : ils votent, mais ne peuvent pas rendre de compte (sauf à violer la loi pénale commune). Tout au plus, ils rendent des comptes dans le cadre électif.

Seuls remèdes (on ne rend pas de compte, mais on passe son tour rapidement ou on est contrôlé fréquemment) : l’impossibilité d’être réélu (1791) ; le mandat bref (deux ans en 1791 ; un en 1793).

##### B. La représentation populaire

Rousseau : le peuple serait une entité concrète et divisible ; de là, chaque individu serait porteur d’une parcelle de pouvoir (souveraineté) ce qui fonderait :

###### 1. Un modèle de démocratie (directe)

a) Comprendre que si la souveraineté est inaliénable et qu’elle appartient par essence au peuple, elle ne peut pas se déléguer.

Rousseau : « la souveraineté ne peut être représentée, par la même raison qu’elle ne peut être aliénée ; elle consiste essentiellement dans la volonté générale et la volonté ne se représente point ; elle est la même ou elle est autre : il n’y a point de milieu ». « à l’instant qu’un peuple se donne des représentants, il n’est plus libre ».

b) Conséquence : le peuple décide de tout et peut tout défaire ; il ne peut pas mal faire et sa volonté ne peut donc pas être contrôlée ou subordonnée à des normes supérieures (de là, pas de Constitution, si ce n’est pour organiser une procédure).

En France, ce modèle va dévier au 19ème en un dogme de souveraineté parlementaire (légicentrisme : la loi est le centre de tout car elle est votée par les représentants du peuple).

###### 2. Un modèle de représentation (mandat impératif)

a) Parce que tout le monde ne peut pas participer à la chose publique, on concède une représentation (Rousseau va lui même le constater en réservant le modèle à un petit État et en limitant la démocratie directe au vote de la loi).

b) Mais les délégués n’expriment rien : ils représentent les personnes qui les ont élus et doivent voter dans un sens précis. Ils doivent rendre des comptes et peuvent être révoqués à tout moment s’ils ne respectent pas leur mandat.

#### II. Les conditions de la représentation

1) La représentation est une charge, de sorte que l’investiture par l’élection ne garantit que l’accès au pouvoir (voir aussi infra pour la moralisation de la vie politique).

2) Remettre en cause un mandat suppose un exercice pacifié du pouvoir et un modèle d’organisation qui admet que les personnes qui représentent le pouvoir peuvent se tromper (ce qui n’est pas le cas dans un régime autoritaire ou dans une représentation directe : le peuple ne peut pas mal faire) et être destitué.

3) Admis très tôt (Locke, 1689 ; DDHC 1789).

##### A. La responsabilité

###### 1. Sens

S’assurer de la persistance d’un lien de volonté (il ne s’agit donc pas de sanctionner une « faute » ou de réparer), pour vérifier l’existence d’une légitimité (exemple : vérifier qu’un gouvernement exprime la volonté générale) : le lien (la question) de « confiance ».

La conséquence (qui n’est pas une sanction au sens pénale : la démission ou la poursuite de l’exercice du pouvoir.

###### 2. Modalités

La responsabilité est le propre du régime parlementaire ; plus complexe pour les autres formes de régime.

Modalités variables : collégiale ou non ; une seule chambre ou pas.

##### B. La résistance à l’oppression

1. Théorisé par Locke, inscrit dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen mais pas organisé par le droit, si ce n’est pour les fonctionnaires (obligation de refuser un ordre illégal et de nature à compromettre un intérêt public).

Tout au plus, la responsabilité politico-pénale de l’exécutif peut être comprise comme l’expression d’un manquement grave incompatible avec la poursuite du pouvoir (« hauts crimes et délits » justifiant un impeachment, article 1-2 de la Constitution américaine ; 1875 : « haute trahison »). Mais rien n’est accordé au peuple.

2. Locke.

Quand un homme ou plusieurs entreprennent de faire des lois, quoiqu'ils n'aient reçu du peuple aucune commission pour cela, ils font des lois sans autorité, des lois par conséquent auxquelles le peuple n'est point tenu d'obéir ; au contraire, une semblable entreprise rompt tous les liens de la sujétion et de la dépen­dance, s'il y en avait auparavant, et fait qu'on est en droit d'établir une nouvelle puis­sance législative, comme on trouve à propos; et qu'on peut, avec une liberté entière, résister à ceux qui, sans autorité, veulent imposer un joug fâcheux, et assujettir à des choses contraires aux lois et à l'avantage de l'État. (…)

215. En second lieu, lorsque le Prince empêche que les membres du corps légis­latif ne s'assemblent dans le temps qu'il faut, ou que l'assemblée législative n'agisse avec liberté, et conformément aux fins pour lesquelles elle a été établie, le pouvoir législatif est altéré. (…)

220. Dans ces cas, et dans d'autres semblables, lorsque le gouvernement est dis­sous, le peuple est rentré dans la liberté et dans le plein droit de pourvoir à ses besoins, en érigeant une nouvelle autorité législative, par le changement des person­nes, ou de la forme, ou des personnes et de la forme tout ensemble, selon que la société le jugera nécessaire pour sa sûreté et pour son avantage. En effet, il n'est point juste que la société perde, par la faute d'autrui, le droit originaire qu'elle a de se conserver : or, elle ne saurait se conserver que par le moyen du pouvoir législatif éta­bli, et par une libre et juste exécution des lois faites par ce pouvoir. Et dire que le peuple doit songer à sa conservation, et ériger une nouvelle puissance législative, lors­que, par oppression, ou par artifice, ou parce qu'il est livré à une puissance étrangère, son ancienne puissance législative est perdue et subjuguée; c'est tout de même que si l'on disait que le peuple doit attendre sa délivrance et son rétablissement, lorsqu'il est trop tard pour y penser, et que le mal est sans remède (…)

224. (…) lorsqu'un peuple a été rendu misérable, et se voit exposé aux effets funestes du pouvoir arbitraire, il est aussi disposé à se soulever, dès que l'occasion se présentera, que puisse être un autre qui vit sous certaines lois, qu'il ne veut pas souffrir qu'on viole. (…) un peuple générale­ment maltraité contre tout droit n'a garde de laisser passer une occasion dans laquelle il peut se délivrer de ses misères, et secouer le pesant joug qu'on lui a imposé avec tant d'injustice. Il fait plus, il désire, il recherche des moyens qui puissent mettre fin à ses maux : et comme les choses humaines sont sujettes à une grande inconstance, les affaires ne tardent guère à tourner de sorte qu'on puisse se délivrer de l'esclavage. (…)

225. En second lieu, je réponds que les révolutions dont il s'agit, n'arrivent pas dans un état pour de légères fautes commises dans l'administration des affaires publi­ques. Le peuple en supporte même de très grandes, il tolère certaines lois injustes et fâcheuses, il souffre généralement tout ce que la fragilité humaine fait pratiquer de mauvais à des Princes, qui, d'ailleurs, n'ont pas de mauvais desseins. Mais si une longue suite d'abus, de prévarications et d'artifices, qui tendent à une même fin, don­nent à entendre manifestement à un peuple, et lui font sentir qu'on a formé des desseins funestes contre lui, et qu'il est exposé aux plus grands dangers ; alors, il ne faut point s'étonner s'il se soulève, et s'il s'efforce de remettre les rênes du gouverne­ment entre les mains qui puissent le mettre en sûreté, conformément aux fins pour lesquelles le gouvernement a été établi, et sans lesquelles, quelque beaux noms qu'on donne à des sociétés politiques, et quelque considérables que paraissent être leurs formes, bien loin d'être préférables à d'autres qui sont gouvernées selon ces fins, elles ne valent pas l'état de nature, ou une pure anarchie; les inconvénients se trouvant aussi grands des deux côtés; mais le remède à ces inconvénients étant beaucoup plus facile à trouver dans l'état de nature ou dans l'anarchie.

226. En troisième lieu, je réponds que le pouvoir que le peuple a de pourvoir de nouveau à sa sûreté, en établissant une nouvelle puissance législative, quand ses législateurs ont administré le gouvernement d'une manière contraire à leurs engage­ments et à leurs obligations indispensables, et ont envahi ce qui lui appartenait en propre, est le plus fort rempart qu'on puisse opposer à la rébellion, et le meilleur moyen dont on soit capable de se servir pour la prévenir et y remédier. En effet, la rébellion étant une action par laquelle on s'oppose, non aux personnes, mais à l'autorité qui est fondée uniquement sur les constitutions et les lois du gouvernement, tous ceux, quels qu'ils soient, qui, par force, enfreignent ces lois et justifient, par force, la violation de ces lois inviolables, sont véritablement et proprement des rebelles. Car enfin, lorsque des gens sont entrés dans une société politique, ils en ont exclu la violence, et y ont établi des lois pour la conservation des choses qui leur appar­tenaient en propre, pour la paix et l'union entre eux; de sorte que ceux qui viennent ensuite à employer la force pour s'opposer aux lois, font rebellare, c'est-à-dire, qu'ils réintroduisent l'état de guerre, et méritent proprement le nom de rebelles. Or, parce que les Princes qui sont revêtus d'un grand pouvoir, qui se voient une autorité suprême, qui ont entre leurs mains les forces de l'État, et qui sont environnés de flatteurs, sont fort disposés à croire qu'ils ont droit de violer les lois, et s'exposent par là à de grandes infortunes; le véritable moyen de prévenir toutes sortes d'inconvé­nients et de malheurs, c'est de leur bien représenter l'injustice qu'il y a à violer les lois de la société, et de leur faire bien voir les dangers terribles auxquels ils s'exposent par une conduite opposée à la conduite que ces lois exigent (…)

## Chapitre 3. L’accès au pouvoir

### Section 1. L’électorat

#### I. Le droit de vote

##### A. La condition de nationalité

##### B. La condition d’âge

##### C. Les incapacités

Selon l’article 3 al. 3 C, le suffrage « est toujours universel, égal et secret ». Définitivement consacré en 1848 (décret du 5 mars puis Constitution du 4 novembre), le suffrage universel s’oppose au suffrage restreint, tel le suffrage censitaire qui réserve le droit de voter aux possesseurs d’un certain niveau de revenu ou de fortune. Toutefois, l’universalisation du suffrage n’est jamais entière.

Depuis la reconnaissance de l’électorat des femmes par une ordonnance du 21 avril 1944 puis la Constitution de 1946, les principales conditions de l’électorat sont la nationalité, l’âge et la dignité morale. « Sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques » (art. 3 al. 4 C). Depuis la loi du 5 juillet 1974, la majorité électorale est fixée à 18 ans accomplis. Par ailleurs, dans la tradition républicaine française, la citoyenneté est liée à la nationalité. Toutefois, la loi organique du 25 mai 1998 mettant en œuvre l’article 88-3 C permet aux ressortissants étrangers de l’Union européenne domiciliés ou résidant en France d’être électeurs dans le cadre des élections municipales, comme ils le peuvent depuis 1994 pour les élections européennes.

Dans tous les cas, l’électorat suppose l’inscription sur une liste électorale qui, depuis la loi du 10 novembre 1997, se fait normalement d’office pour les nationaux à leur majorité. En revanche, le vote demeure en principe facultatif.

Toujours d’après l’article 3 al. 3 C, le suffrage peut être « direct ou indirect ». Dans le premier cas, les électeurs choisissent eux-mêmes les personnes qui occuperont les mandats ou les fonctions à pourvoir (élection présidentielle par ex.). Dans le second, ce choix revient aux représentants qu’ils ont élus (par ex. « grands électeurs » pour les élections sénatoriales).

#### II. L’exercice du droit de vote

### Section 2. Les élections

#### I. L’organisation des élections

##### A. L’accès au scrutin

###### 1. L’éligibilité

###### 2. Le contrôle des campagnes électorales

##### B. Le financement de la vie politique

Pour être candidat à une élection politique, il faut être électeur. Le Code électoral impose également trois conditions générales sanctionnées par une inéligibilité absolue. D’abord, l’éligibilité est réservée aux nationaux. Cependant, un étranger communautaire peut être éligible comme représentant au Parlement européen ou comme conseiller municipal (mais non comme maire, adjoint au maire ou « grand électeur » sénatorial). Ensuite, l’âge d’éligibilité dépend de l’élection : 18 ans pour les élections locales et, depuis la loi organique du 14 avril 2011, législatives et présidentielle ; 24 ans pour les élections sénatoriales (30 ans avant 2011 et 35 ans avant 2003.. Enfin, l’individu que le juge a interdit de droits civiques ne peut être candidat à aucune élection.

De plus, la législation définit des conditions particulières aux différentes élections et sanctionnées par une inéligibilité relative. Ainsi, lors des élections parlementaires ou locales, certains hauts fonctionnaires de l’État (préfets, sous-préfets, magistrats...) ne peuvent être élus sur le territoire où ils exercent leurs fonctions.

L’inéligibilité ne doit pas être confondue avec l’incompatibilité qui n’interdit pas de se présenter et d’être régulièrement élu. Mais, en cas d’élection, la loi impose un délai d’option pour renoncer soit aux mandats, fonctions ou activités incompatibles, soit au nouveau mandat. Elle peut aussi décider du sens de la régularisation (par ex. tout parlementaire élu dans une nouvelle assemblée cesse d’appartenir à l’assemblée précédente). Depuis les lois organique et ordinaire du 30 décembre 1985 renforcées par celles du 5 avril 2000, le législateur a institué des incompatibilités en vue de limiter le cumul des mandats électoraux (voir Leçon 4). Quant à la loi organique du 14 février 2014, elle interdit, à partir de 2017, le cumul d’un mandat parlementaire avec toute fonction exécutive locale.

Enfin, la loi du 6 juin 2000 rendue possible par la révision constitutionnelle du 8 juillet 1999 (art. 3 al. 5 et 4 al. 2 C) puis renforcée par la loi du 31 janvier 2007 favorise l’égal accès des hommes et des femmes aux mandats électoraux et fonctions électives. Pour les élections municipales dans les communes de 1000 habitants et plus, les élections régionales, les élections sénatoriales dans les départements élisant trois sénateurs ou plus et les élections européennes, les listes doivent alterner des candidats de chaque sexe. Sinon les listes sont irrecevables. Pour favoriser la parité des candidatures aux élections législatives, qui sont uninominales, un système de pénalisation financière des partis politiques qui la méconnaissent est institué en 2000, renforcé en 2007 sans grand succès et de nouveau durci par la prochaine loi pour l’égalité entre les femmes et les hommes. Par ailleurs, la loi du 31 janvier 2007 crée des suppléants pour les conseillers généraux, le titulaire et le suppléant devant être de sexe différent. Enfin, la loi du 17 mai 2013 instaure un mode de scrutin départemental inédit, le scrutin majoritaire binominal à deux tours, les deux candidats de sexe différent figurant par ordre alphabétique sur un seul bulletin de vote et étant pourvu d’un remplaçant de même sexe.

#### II. Les modes de scrutin

##### A. Les modalités du scrutin

###### 1. Le scrutin direct ou indirect

###### 2. Le scrutin uninominal ou de liste

###### 3. Le scrutin à un tour ou deux tours

##### B. Les formes de scrutin

###### 1. Le scrutin majoritaire

Traditionnellement, le mode de scrutin majoritaire s’oppose à la représentation proportionnelle. En France, le scrutin majoritaire concerne les élections municipales dans les communes de moins de 1000 habitants, les élections sénatoriales dans les départements élisant deux sénateurs ou moins, les élections cantonales (qui deviendront départementales en 2015), législatives et présidentielle. Pour être élu au premier tour, le candidat doit obtenir la majorité absolue des suffrages exprimés représentant, sauf pour l’élection présidentielle, le quart des électeurs inscrits. En cas de ballottage, un second tour est organisé, auquel ne peuvent en principe se maintenir que certains candidats (obtention d’un nombre de suffrages au moins égal à 12,5 % des inscrits par ex.). Le ou les candidats arrivés en tête obtiennent alors le ou les sièges. Ce mode de scrutin est habituellement loué pour son efficacité ou critiqué pour son manque de représentativité.

###### 2. Le scrutin proportionnel

La représentation proportionnelle est un scrutin de liste à un tour présentant des vertus et des vices exactement opposés. Elle consiste à répartir les sièges entre les différentes listes au prorata des suffrages exprimés qu’elles ont obtenus, sans panachage ni vote préférentiel. Elle concerne actuellement les représentants français au Parlement européen ainsi que les départements élisant trois sénateurs ou plus. Entre 1985 et 1999, elle s’est aussi appliquée aux conseils régionaux dans lesquels elle ne permettait pas l’émergence de majorités cohérentes et durables.

###### 3. Les modes de scrutin mixtes

Le mode de scrutin mixte inauguré par la loi du 19 novembre 1982 pour les communes de 3 500 habitants et plus combine majorité et proportionnalité (la loi du 17 mai 2013 abaisse son champ d’application à 1 000 habitants). À l’issue du premier ou du second tour, on commence par attribuer la moitié des sièges à la liste ayant obtenu la majorité absolue ou relative. Puis on répartit la seconde moitié à la représentation proportionnelle à la plus forte moyenne entre toutes les listes ayant obtenu au moins 5 % des suffrages exprimés (y compris la liste majoritaire). Ce mode de scrutin permet donc à la fois de dégager une majorité municipale, grâce à la prime majoritaire, et de représenter la pluralité des listes. C’est pourquoi la loi du 19 janvier 1999 réformée par celle du 11 avril 2003 instaure un mode de scrutin mixte pour les élections régionales (la prime majoritaire correspondant au quart des sièges).

### Section 3. Les représentants

#### I. Les partis politiques

##### A. Le statut des partis

##### B. Le financement des partis

|  |
| --- |
| B. - Loi du 11 mars 1988Dans le prolongement de l'article 4 de la Constitution de la Ve République, lequel dispose “les partis et groupements politiques concourent à l'expression des suffrages. Ils se forment et exercent leur activité librement. Ils doivent respecter les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie”, l'article 7 de la loi, qui reprend pour partie cette disposition “Les partis et groupements politiques se forment et exercent leur activité librement”, amorce un "statut" des formations politiques en précisant qu'“ils jouissent de la personnalité morale”, qu'“ils ont le droit d'ester en justice”(Const., art. 4, al. 2)“et (...) d'acquérir à titre gratuit ou onéreux des biens meubles ou immeubles : ils peuvent effectuer tous les actes conformes à leur mission et notamment créer et administrer des journaux et des instituts de formation conformément aux dispositions des lois en vigueur”(Const., art. 4, al. 3).La reconnaissance de la spécificité des partis et groupements politiques s'accompagne du bénéfice de trois règles particulières posées par l'article 10 de la loi. D'abord, les dispositions relatives au contrôle financier de la [loi du 10 août 1922](http://www.lexisnexis.com/fr/droit/search/runRemoteLink.do?A=0.3090464736003893&bct=A&service=citation&risb=21_T22232112888&langcountry=FR&linkInfo=F%23FR%23fr_acts%23sel1%251922%25acttype%25Loi%25enactdate%2519220810%25" \t "_parent) concernant l'organisation du contrôle des dépenses engagées ne sont pas applicables à la gestion des crédits de l'aide publique. Ensuite, les formations politiques ne sont pas soumises au contrôle de la Cour des comptes. Enfin, le [décret du 30 octobre 1935](http://www.lexisnexis.com/fr/droit/search/runRemoteLink.do?A=0.5885252449758287&bct=A&service=citation&risb=21_T22232112888&langcountry=FR&linkInfo=F%23FR%23fr_acts%23sel1%251935%25acttype%25D%C3%A9cret%25enactdate%2519351030%25" \t "_parent) relatif au contrôle des associations, oeuvres et entreprises privées ne leur est pas davantage applicable.A. - Financement publicLe financement public des partis politiques prend la forme d'une aide publique directe régie par les [articles 8 à 10 de la loi du 11 mars 1988](http://www.lexisnexis.com/fr/droit/search/runRemoteLink.do?A=0.8012716537574603&bct=A&service=citation&risb=21_T22232112888&langcountry=FR&linkInfo=F%23FR%23fr_acts%23article%258%25sel1%251988%25acttype%25Loi%25art%258%25enactdate%2519880311%25" \t "_parent) modifiée. Inscrit dans la loi de finances annuelle, le montant global des crédits est partagé en deux fractions égales. La première fraction est destinée au financement des partis et groupements en fonction de leurs résultats aux élections législatives (1°), la seconde est spécialement réservée au financement des partis et groupements représentés au Parlement (donc à l'Assemblée nationale et au Sénat) (2°). S'est ajoutée à ce dispositif une contribution forfaitaire de l'État à certaines formations politiques (3°).1° Première fraction de l'aide publique143. – En application des dispositions de l'article 9 de la loi, dans sa rédaction issue de la [loi n° 2003-327 du 11 avril 2003](http://www.lexisnexis.com/fr/droit/search/runRemoteLink.do?A=0.18916682869300294&bct=A&service=citation&risb=21_T22232112888&langcountry=FR&linkInfo=F%23FR%23fr_acts%23num%252003-327%25sel1%252003%25acttype%25Loi%25enactdate%2520030411%25" \t "_parent), la première fraction de l'aide publique est attribuée soit aux partis et groupements politiques qui ont présenté des candidats ayant obtenu chacun 1 % des suffrages exprimés dans au moins cinquante circonscriptions lors du plus récent renouvellement de l'Assemblée nationale, soit aux partis et groupements politiques qui n'ont présenté des candidats lors du plus récent renouvellement de l'Assemblée nationale que dans un ou plusieurs départements d'outre-mer.144. – Cette répartition est effectuée proportionnellement au nombre des suffrages obtenus au premier tour de scrutin par chacun des partis ou groupements concernés. Mais, pour mettre un terme aux abus auxquels cette règle avait donné lieu (la multiplication de candidatures fantaisistes se réclamant d'une même formation politique), la [loi du 19 janvier 1995](http://www.lexisnexis.com/fr/droit/search/runRemoteLink.do?A=0.28436761172171976&bct=A&service=citation&risb=21_T22232112888&langcountry=FR&linkInfo=F%23FR%23fr_acts%23sel1%251995%25acttype%25Loi%25enactdate%2519950119%25" \t "_parent) a modifié l'article 9 de la loi primitive en précisant qu'il n'est pas tenu compte pour cette répartition des suffrages obtenus par les candidats déclarés inéligibles au titre de l'[article LO 128 du Code électoral](http://www.lexisnexis.com/fr/droit/search/runRemoteLink.do?A=0.2781187581183683&bct=A&service=citation&risb=21_T22232112888&langcountry=FR&linkInfo=F%23FR%23fr_code%23title%25Code+%C3%A9lectoral%25article%25LO+128%25art%25LO+128%25" \t "_parent) (c'est-à-dire, des voix obtenues par des candidats dont le compte de campagne n'a pas été présenté – ou présenté hors délais – a été rejeté ou dont le compte de campagne a fait apparaître un dépassement du plafond des dépenses électorales d'un montant tel que l'intéressé a été déclaré inéligible).2° Seconde fraction de l'aide publiqueLa seconde fraction de l'aide est attribuée aux partis et groupements bénéficiaires de la première fraction proportionnellement au nombre non plus des voix mais des membres du Parlement qui ont déclaré au bureau de leur assemblée, au cours du mois de novembre, y être inscrits ou s'y rattacher. Il est bien entendu que chaque parlementaire ne peut indiquer qu'un seul parti ou un groupement ([L. n° 88-227, art. 9, al. 4](http://www.lexisnexis.com/fr/droit/search/runRemoteLink.do?A=0.3945994267428382&bct=A&service=citation&risb=21_T22232112888&langcountry=FR&linkInfo=F%23FR%23fr_acts%23num%2588-227%25article%259%25acttype%25Loi%25art%259%25" \t "_parent)). L'effet du rattachement d'un parlementaire sur l'attribution de la seconde fraction de l'aide équivalait en 1995 à 299 829 F pour la formation politique de laquelle se réclamait l'intéressé.B. - Financement privéLes partis politiques et leurs organisations territoriales ne peuvent recueillir des fonds que par l'intermédiaire d'un mandataire qui est soit une personne physique soit une association de financement (L. 88-227, art. 11).Plafonnement des dons des personnes physiques : dons des personnes physiques sont autorisés à concurrence de 7 500 euros par an, par “formation politique” ou organisation territoriale ou spécialisée qui en dépend et par “personne physique” et tout don de plus de 150 euros doit être versé par chèque, virement, prélèvement automatique ou carte bancaire.Les personnes morales à l'exception des partis ou groupements politiques ne peuvent contribuer au financement des partis ou groupements politiques, ni en consentant des dons sous quelque forme que ce soit, à leurs associations de financement ou à leurs mandataires financiers, ni en leur fournissant des biens, services ou autres avantages directs ou indirects à des prix inférieurs à ceux qui sont habituellement pratiqués.C. - Mandataire financier1° Association de financementSi un parti entend choisir comme mandataire financier une association de financement, il est nécessaire que cette dernière reçoive l'agrément de la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques. Cet agrément est accordé aux trois conditions suivantes : l'objet social de l'association doit être limité au seul financement d'un parti politique ; les statuts de l'association doivent comporter la définition de la circonscription territoriale à l'intérieur de laquelle elle exerce ses activités ; l'engagement d'ouvrir un compte bancaire ou postal unique pour y déposer tous les dons reçus en vue du financement du parti.2° Mandataire financier, personne physiqueLorsque le parti politique choisit comme mandataire financier une “personne physique”, il doit en faire la “déclaration par écrit à la préfecture” de son siège. Comme dans le cas où le mandataire financier est une association de financement, lorsque le mandataire est une personne physique, il est tenu d'ouvrir un compte bancaire ou postal unique pour y déposer tous les dons reçus en vue du financement du parti.3° Rôle165. – À cet égard, la doctrine de la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques est claire. Le rôle du mandataire financier du parti est limité à la "perception des fonds" destinés au financement dudit parti. Cela comprend non seulement les "dons" des personnes physiques mais aussi les "contributions financières" provenant d'autres formations politiques. De plus et spécialement, les sommes correspondant à la dévolution de l'actif net des associations de financement électorales ou au solde positif du compte d'un mandataire financier, personne physique, d'un candidat à une élection ne peuvent être versées qu'à une association de financement d'un parti agrée à l'exclusion des mandataires financiers, personnes physiques. Il est, par ailleurs, admis que les autres recettes (aide budgétaire publique, cotisations des adhérents, produits des manifestations et colloques, recettes commerciales, produits financiers) transitent – facultativement – par l'intermédiaire du mandataire.4° ObligationsOutre l'obligation, déjà signalée, d'ouvrir un compte bancaire ou postal unique pour y déposer les fonds par lui recueillis, il doit veiller à ne point recevoir de personnes morales des dons (sous quelque forme que ce soit, chèques, espèces), des biens, services et autres avantages directs ou indirects à des prix inférieurs à ceux qui sont pratiqués habituellement (à l'exception des contributions émanées d'autres formations politiques). Il doit aussi contrôler le respect des limites des plafonds légaux des dons des personnes physiques (7 500 euros, par an, par personne et par formation). Il doit encore délivrer à chaque donateur, quel que soit le montant du don, un reçu obligatoirement établi sur un imprimé ad hoc édité par la Commission. D. - Obligations des partis politiques1° Obligation de tenir une comptabilité2° Obligation de dépôt et de certification des comptes par deux commissaires aux comptes et déposés dans le premier semestre de l'année suivant celle de l'exercice à la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (respectées en pratique).E. - Sanctions1° Sanctions administratives : retrait de l'agrément ; amputation ou suppression de l'aide publique2° Sanctions pénales : 45 euros à 2 250 euros et un emprisonnement d'un an ou l'une de ces deux peines.III. - Droit des situations patrimoniales de certains élus et titulaires de fonctionsD. – Sanctions* pour les différentes catégories d'élus, l'“inéligibilité” temporaire d'“un an” aux fonctions exercées ([L. n° 88-227](http://www.lexisnexis.com/fr/droit/search/runRemoteLink.do?A=0.4459394003522662&bct=A&service=citation&risb=21_T22232112888&langcountry=FR&linkInfo=F%23FR%23fr_acts%23num%2588-227%25acttype%25Loi%25" \t "_parent) modifiée, art. 5, I à 5, V) ;
* absence de “remboursement forfaitaire des dépenses électorales” ([C. élect., art. L. 52-11-1, al. 2](http://www.lexisnexis.com/fr/droit/search/runRemoteLink.do?A=0.9927289263961574&bct=A&service=citation&risb=21_T22232112888&langcountry=FR&linkInfo=F%23FR%23fr_code%23title%25Code+%C3%A9lectoral%25article%25L.+52-11-1%25art%25L.+52-11-1%25" \t "_parent), disposition de portée générale. – [C. élect., art. L. 167](http://www.lexisnexis.com/fr/droit/search/runRemoteLink.do?A=0.3771736940375956&bct=A&service=citation&risb=21_T22232112888&langcountry=FR&linkInfo=F%23FR%23fr_code%23title%25Code+%C3%A9lectoral%25article%25L.+167%25art%25L.+167%25" \t "_parent), pour les députés, rédaction L. n° 95-55, 19 janv. 1995) ;
* pour les dirigeants d'organismes publics ou parapublics, la “nullité de la nomination”([L. n° 88-227](http://www.lexisnexis.com/fr/droit/search/runRemoteLink.do?A=0.9683431639321779&bct=A&service=citation&risb=21_T22232112888&langcountry=FR&linkInfo=F%23FR%23fr_acts%23num%2588-227%25acttype%25Loi%25" \t "_parent), modifiée, art. 2).
 |

#### II. Le statut des élus

##### A. Les droits

Organes de gestion et de contrôle

Si la gestion des recettes et des dépenses électorales est confiée à un mandataire financier (1°), le contrôle des comptes relève, en principe, de la compétence d'une instance spéciale, la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (2°).

1° Gestion des recettes et des dépenses : mandataire financier

Pour sa campagne électorale, un candidat (ou une liste de candidats) doit avoir recours à un mandataire financier. Le recours au mandataire financier n'est plus réservé au cas où le candidat ou la liste a décidé de financer – sur ses fonds propres exclusivement – la campagne électorale. En fait, il n'est plus exact de dire que “si aucun don n'est recueilli, le recours à un mandataire n'est pas nécessaire”.

Quoi qu'il en soit, lorsqu'un candidat ou une liste décide de recourir à un mandataire financier – et c'est le cas de beaucoup le plus fréquent car indispensable pour la collecte des fonds – celui-ci peut être indistinctement, sous réserve de quelques précisions, une association de financement électorale ou un mandataire personne physique.

a) Association de financement électorale

Aux termes de l’article L. 52-5 du Code électoral, l'association de financement électorale doit être déclarée dans les conditions prévues par la loi du 1er juillet 1901. Cette déclaration doit être accompagnée de l'accord écrit du candidat.

La loi n° 96-300 du 10 avril 1996 fait interdiction au candidat d'être membre de l'association électorale qui le soutient et précise que, lorsque l'élection se déroule au scrutin de liste, aucun des membres de la liste ne peut être en même temps membre de l'association de financement électorale (C. élect., art. L. 52-5, al. 1er).

L’association doit ouvrir un compte retraçant la totalité de ses opérations financières et ses comptes doivent être annexés au compte de campagne du candidat qu'elle a soutenu ou au compte de campagne du candidat tête de liste lorsque le candidat qu'elle a soutenu figure sur cette liste.

L'association de financement électorale ne peut recueillir des fonds que pendant l'année précédant le premier jour du mois d'une élection et jusqu'à la date du tour de scrutin où l'élection est acquise.

L'association est dissoute de plein droit trois mois après le dépôt du compte de campagne du candidat.

Selon l'[article L. 52-6 du Code électoral](http://www.lexisnexis.com/fr/droit/search/runRemoteLink.do?A=0.2943588036853034&bct=A&service=citation&risb=21_T22232112888&langcountry=FR&linkInfo=F%23FR%23fr_code%23title%25Code+%C3%A9lectoral%25article%25L.+52-6%25art%25L.+52-6%25" \t "_parent) : “le solde doit être attribué, soit à une association de financement d'un parti politique, soit à un ou plusieurs établissements reconnus d'utilité publique. À défaut de décision de dévolution dans les conditions et délais prévus (...), à la demande du préfet du département dans lequel est domicilié le candidat, le procureur de la République saisit le président du tribunal de grande instance qui détermine le ou les établissements reconnus d'utilité publique attributaires de l'actif net. Il en va de même lorsque la dévolution n'est pas acceptée”.

b) Mandataire financier, personne physique

Quand un candidat choisit de recourir à un mandataire financier personne physique, il procède de la même façon que lorsque le mandataire financier est une association de financement électorale. Les obligations du mandataire financier personne physique sont à tous égards identiques à celles de l'association.

Depuis l'intervention de la [loi n° 95-65 du 19 janvier 1995](http://www.lexisnexis.com/fr/droit/search/runRemoteLink.do?A=0.44041561379991956&bct=A&service=citation&risb=21_T22232112888&langcountry=FR&linkInfo=F%23FR%23fr_acts%23num%2595-65%25sel1%251995%25acttype%25Loi%25enactdate%2519950119%25" \t "_parent), “un même mandataire ne peut être commun à plusieurs candidats”([C. élect., art. L. 52-4, al. 1er](http://www.lexisnexis.com/fr/droit/search/runRemoteLink.do?A=0.9944164031612122&bct=A&service=citation&risb=21_T22232112888&langcountry=FR&linkInfo=F%23FR%23fr_code%23title%25Code+%C3%A9lectoral%25article%25L.+52-4%25art%25L.+52-4%25" \t "_parent)).

Pour une élection donnée, si un candidat n'est pas en droit de recourir simultanément à une association de financement électorale et à une personne physique, mandataire financier ([C. élect., art. L. 52-7, al. 1er](http://www.lexisnexis.com/fr/droit/search/runRemoteLink.do?A=0.7444641476078903&bct=A&service=citation&risb=21_T22232112888&langcountry=FR&linkInfo=F%23FR%23fr_code%23title%25Code+%C3%A9lectoral%25article%25L.+52-7%25art%25L.+52-7%25" \t "_parent)), il peut faire appel successivement à deux ou plusieurs intermédiaires.

2° Contrôle : Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques

Le compte de campagne des candidats aux élections est systématiquement contrôlé par la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques (CNCCFP), qui est qualifiée d'autorité administrative indépendante par l'[ordonnance n° 2003-1165 du 8 décembre 2003](http://www.lexisnexis.com/fr/droit/search/runRemoteLink.do?A=0.2305386263175807&bct=A&service=citation&risb=21_T22232112888&langcountry=FR&linkInfo=F%23FR%23fr_acts%23num%252003-1165%25sel1%252003%25acttype%25Ordonnance%25enactdate%2520031208%25" \t "_parent), sous le contrôle du juge de l'élection, qui n'est pas lié par la position qu'elle adopte (Cons. const., 11 janv. 1990, déc. n° 89-271 DC : Journal Officiel 13 Janvier 1990).

a) Composition : neuf membres nommés pour cinq ans par décret :

b) Attributions (52-15)

Il lui revient d'approuver ou, après procédure contradictoire.

Elle doit se prononcer sur les comptes de campagne dans des délais à tout prendre assez brefs et, en cas de rejet du compte, saisir le juge de l'élection. Sauf si le juge administratif de l'élection est saisi d'une contestation dirigée contre l'élection ([C. élect., art. L. 118-2](http://www.lexisnexis.com/fr/droit/search/runRemoteLink.do?A=0.5832058346335153&bct=A&service=citation&risb=21_T22232112888&langcountry=FR&linkInfo=F%23FR%23fr_code%23title%25Code+%C3%A9lectoral%25article%25L.+118-2%25art%25L.+118-2%25" \t "_parent)), elle est tenue de se prononcer dans les six mois du dépôt des comptes de campagne. Passé ce délai, les comptes sont réputés approuvés ([C. élect., art. L. 52-15, al. 2](http://www.lexisnexis.com/fr/droit/search/runRemoteLink.do?A=0.16059795894173112&bct=A&service=citation&risb=21_T22232112888&langcountry=FR&linkInfo=F%23FR%23fr_code%23title%25Code+%C3%A9lectoral%25article%25L.+52-15%25art%25L.+52-15%25" \t "_parent)).

Si la Commission s'abstient, lorsqu'elle rejette le compte, de saisir le juge de l'élection dans ce délai, sa saisine est jugée tardive et par suite irrecevable.

Dans le cas où l'élection a été contestée devant le juge administratif, la Commission doit se prononcer sur les comptes dans le délai de deux mois “suivant l'expiration du délai fixé au deuxième alinéa de l'article L. 52-12” pour déposer les comptes à la préfecture. Autrement dit, la saisine de la Commission, en cas de rejet du compte, doit intervenir dans les quatre mois qui suivent la date à laquelle l'élection a été acquise.

Lorsque, après réformation ou rejet d'un compte, la CNCCFP saisit le juge de l'élection, cette saisine n'a pas pour objet de faire valider par le juge cette décision de rejet ou de réformation ; elle tend seulement à ce que le juge de l'élection recherche s'il y a lieu ou non de prononcer l'inéligibilité d'un candidat et, dans l'affirmative, s'il s'agit d'un candidat proclamé élu, d'annuler son élection ou de le déclarer démissionnaire d'office.

L. 52-15 : “dans tous les cas où un dépassement du plafond des dépenses électorales a été constaté par une décision définitive, la commission fixe alors une somme égale au montant du dépassement que le candidat est tenu de verser au Trésor public.

si le montant d'une dépense déclarée dans le compte ou ses annexes est inférieur aux prix pratiqués habituellement, la Commission évalue cette différence et l'inscrit d'office dans les dépenses de campagne après avoir invité le candidat (ou le responsable de la liste en cas de scrutin de liste) à produire toute justification utile à l'appréciation de ces circonstances. La somme ainsi inscrite est réputée constituer un don.

C. - Sanctions

1° Rejet du compte de campagne

98. – Avant 1995, il existait pratiquement autant de motifs de rejet d'un compte de campagne qu'il y avait de transgressions, mêmes involontaires, des règles relatives aux obligations comptables des candidats et au financement des campagnes électorales ; ce n’est plus le cas.

a) Motifs de rejet

motifs : absence de dépôt, de désignation d'un mandataire financier, d'ouverture d'un compte bancaire ou postal unique, aucune justification des recettes recueillies au profit d'un candidat ou d'une liste, compte en déséquilibre, même très faiblement.

Entraînent en outre le rejet du compte de campagne, la démission d'office et l'inéligibilité pendant un an aux fonctions de conseiller municipal d'un candidat élu, les versements effectués d'ailleurs postérieurement aux élections par une association qui ne peut être regardée ni comme une association de financement électorale, ni comme une association de financement d'un parti politique ou d'une organisation territoriale ou spécialisée d'un tel parti, ni comme un parti ou un groupement politique.

b) Absence de rejet systématique

Depuis 1995, la sévérité initiale du juge de l'élection a fait place à un plus grand libéralisme. Toute violation des règles relatives au financement des campagnes électorales n'entraîne pas systématiquement le rejet du compte de campagne. La Commission nationale des comptes de campagnes et des financements politiques, ainsi que le juge de l'élection, disposent d'une liberté d'appréciation.

Ainsi, le fait qu'un candidat a bénéficié d'avantages en nature consentis par une collectivité publique n'a pour effet d'entraîner nécessairement, dans une telle hypothèse, le rejet du compte, ni, par suite et par application de l'article L. 197 du code, l'inéligibilité du candidat dont il s'agit ; il n'en irait ainsi, en vertu des [articles L. 118-3 et L. 197 du Code électoral](http://www.lexisnexis.com/fr/droit/search/runRemoteLink.do?A=0.25169259266826116&bct=A&service=citation&risb=21_T22232112888&langcountry=FR&linkInfo=F%23FR%23fr_code%23title%25Code+%C3%A9lectoral%25article%25L.+118-3%7EL.+197%25art%25L.+118-3%7EL.+197%25" \t "_parent), que dans le cas où le compte soit n'a pas été déposé dans les conditions et délais prescrits, soit a été rejeté à bon droit (CE, sect., 29 déc. 1995, Élect. cant. La Côte Radieuse).

2° Sanctions électorales

1. Législation de 1990-1995 : l'inéligibilité temporaire d'un an était – et continue d'être – la sanction électorale première applicable à tout candidat fautif ou à tout candidat tête de liste. Cette sanction première était susceptible – et demeure encore aujourd'hui susceptible – de s'accompagner de conséquences complémentaires. L'inéligibilité d'un an était tantôt une sanction obligatoire, tantôt une sanction facultative.
2. Les conséquences propres aux candidats élus étaient et sont toujours de deux types : l'inéligibilité temporaire s'accompagne de l'annulation de l'élection du candidat élu ou du candidat tête de liste lorsqu'un recours a été formé contre l'élection ; d'autre part, la démission d'office de l'intéressé est prononcée lorsqu'aucun recours contentieux n'a été dirigé contre l'élection.
3. Législation de 1996

124. – Si elle ne modifie en rien le droit applicable aux élections présidentielles et législatives, la [loi n° 96-300 du 10 avril 1996](http://www.lexisnexis.com/fr/droit/search/runRemoteLink.do?A=0.9529732811188114&bct=A&service=citation&risb=21_T22232112888&langcountry=FR&linkInfo=F%23FR%23fr_acts%23num%2596-300%25sel1%251996%25acttype%25Loi%25enactdate%2519960410%25" \t "_parent) a apporté des corrections de quelque importance au droit applicable aux élections locales.

La première modification est d'importance au moins au niveau du droit écrit. Désormais en effet, l'inéligibilité devient une sanction toujours facultative.

seconde tient à l'introduction de la notion de bonne foi dans la législation électorale. Estimant que les juges administratif et constitutionnel de l'élection appliquaient avec sévérité la législation relative au financement des campagnes électorales, députés et sénateurs ont voulu l'assouplir en ayant recours à cette notion.

3° Sanctions pénales

Article L. 113-1 du Code électoral : 3 750 euros et un emprisonnement d'un an (ou l'une de ces deux peines seulement) tout candidat (en cas de scrutin uninominal) ou toute tête de liste (en cas de scrutin de liste).

4° Sanctions financières

a) Versement au Trésor public d'une somme égale au dépassement du plafond des dépenses

134. – Toutes les fois que le juge (administratif ou constitutionnel) de l'élection a constaté, par une décision devenue définitive, qu'un candidat ou un candidat tête de liste a dépassé le plafond des dépenses électorales autorisé dans la circonscription, le fautif est contraint de verser au Trésor public une somme égale au montant de ce dépassement.

b) Perte du droit au remboursement

Article L. 52-15 avant-dernier alinéa, “le remboursement total ou partiel des dépenses retracées dans le compte de campagne, quand la loi le prévoit, n'est possible qu'après l'approbation du compte de campagne par la commission”.

##### B. Les obligations

La France a adopté en 1988 une législation destinée à assurer la transparence et à vérifier l'évolution de la situation patrimoniale de candidats, d'élus et, depuis 1995, de certains dirigeants du secteur public. Le système original mis en place repose sur l'obligation d'une déclaration de patrimoine à laquelle sont soumis les intéressés aussi bien au début de leur mandat ou de leur entrée en fonction qu'au terme de leur mandat ou au moment de la cessation de leur fonction.

A. - Personnes assujetties à déclaration

Environ 4 000 responsables politiques en dehors des dirigeants d'EPIC et d'entreprises nationales – sont soumises à l'obligation de déclarer leur situation patrimoniale.

1° Candidats à l'élection présidentielle et candidat élu

2° Membres du Parlement

3° Membres du Gouvernement

4° Titulaires de certains mandats électifs : représentants français au Parlement européen, des titulaires d'une fonction de président de conseil régional, de président de l'assemblée de Corse, de président du conseil exécutif de Corse, de président d'une assemblée territoriale d'outre-mer, de président de conseil général d'un département, de Mayotte ou de Saint-Pierre-et-Miquelon, de président élu d'un exécutif d'un territoire d'outre-mer, de maire d'une commune de plus de 30 000 habitants ou de président élu d'un groupement de communes doté d'une fiscalité propre dont la population excède 30 000 habitants.

5° Titulaires de certaines fonctions dans le secteur public : “présidents, directeurs généraux et directeurs généraux-adjoints des entreprises nationales et des établissements publics nationaux à caractère industriel et commercial, ainsi (que les) présidents, directeurs généraux et directeurs généraux-adjoints d'organismes publics d'habitations à loyer modéré gérant plus de 2 000 logements et de sociétés d'économie mixte dont le chiffre d'affaires annuel est supérieur à 750 000 euros”.

B. - Modalités d'établissement et de dépôt de la déclaration : déposées à la Commission

C. - Commission pour la transparence financière de la vie politique

Pour l'essentiel, chargée de recevoir les déclarations des membres du Parlement et des personnes mentionnées aux articles 1er et 2 de la loi, de procéder aux vérifications, d'apprécier la variation des patrimoines des intéressés durant l'exercice de leur mandat ou de leurs fonctions et d'informer les autorités compétentes de la situation des assujettis défaillants.

Elle est tenue d'assurer “le caractère confidentiel des déclarations reçues ainsi que des observations formulées, le cas échéant, par les déclarants sur l'évolution de leur patrimoine”.

Sa mission consiste à apprécier “la variation des situations patrimoniales des membres du Parlement et des personnes mentionnées aux articles 1er et 2 de (...) la loi telle qu'elle résulte des déclarations et des observations qu'ils ont pu lui adresser”.

@

Des dates à retenir

3 septembre 1791 : première Constitution écrite de la France, organisant une monarchie limitée et reprenant la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen du 26 août 1789.

5 mars 1848 : décret du Gouvernement provisoire établissant le suffrage universel masculin pour l’élection de l’Assemblée constituante. Le caractère universel du suffrage est définitivement consacré par la Constitution du 4 novembre 1848.

21 avril 1944 : ordonnance du Comité français de Libération nationale étendant aux femmes le droit de vote (une ordonnance du 17 août 1945 le donnant aux militaires de carrière).

5 juillet 1974 : loi abaissant la majorité électorale à 18 ans accomplis (au lieu de 2).

25 mai 1998 : loi organique définissant, en application de l’article 88-3 C, les modalités du droit de vote et d’éligibilité des étrangers communautaires lors des élections municipales dans le cadre de la citoyenneté européenne instituée par le traité de Maastricht (depuis 1994 ils peuvent déjà être électeurs et éligibles en France pour les élections européennes).

Des chiffres à retenir

16 : nombre des Constitutions françaises de 1791 à nos jours (trois Constitutions monar- chiques, sept Constitutions bonapartistes et six Constitutions républicaines), auxquelles il faut ajouter une vingtaine de gouvernements de fait.

24 : nombre des révisions de la Constitution du 4 octobre 1958, 22 en vertu de l’article 89 C, une par la voie d’un référendum de l’article 11 C et une selon la procédure dérogatoire prévue pour les institutions de la Communauté franco-africaine (article 85 C aujourd’hui abrogé).

44,6 millions : au 1er mars 2014, nombre des citoyens composant le corps électoral en 2014 (hors collectivités d’outre-mer). L’INSEE évalue à 93 % le taux d’inscription sur les listes électorales des Français en âge de voter.

52,6 % : proportion des femmes dans le corps électoral en 2011 (à rapprocher des 26,9 % de députées élues en juin 2012 et des 22,1 % de sénatrices depuis 2011..

281 000 : au 1er mars 2014, nombre des étrangers communautaires pouvant participer aux élections municipales et européennes (ce qui correspond à un taux d’inscription de 27 %).

Deuxième partie) La pratique constitutionnelle française (semestre 2.