

Objectif **Fonction Publique**

LES MÉMENTOS

Réussir son concours administratif !

10^e édition

Le droit public en 20 leçons

- ▶ Toutes les connaissances
- ▶ Enjeux et débats actuels
- ▶ Lexique juridique

Philippe-Jean Quillien
Vincent Tchen



Leçon 1

Les notions constitutionnelles fondamentales¹

1. Leçon rédigée par Philippe-Jean QUILLIEN.

Dans les démocraties occidentales, l'État représente la forme essentielle d'un pouvoir politique dont le statut est défini dans une Constitution et dont la source réside dans le peuple.

I. La Constitution

Il est d'usage de distinguer une **définition formelle et matérielle** de la Constitution. Du point de vue formel, elle se définit comme un ensemble de règles élaborées selon une procédure spéciale et dotées d'une puissance renforcée. Du point de vue matériel, elle consiste traditionnellement dans l'ensemble des règles ayant pour objet l'organisation et le fonctionnement des pouvoirs publics étatiques.

Ces deux notions ne coïncident pas nécessairement. Ainsi les pays à Constitution principalement coutumière comme le Royaume-Uni ne possèdent une Constitution qu'au sens matériel. Et une Constitution formelle peut inclure des dispositions sans rapport avec l'établissement, l'exercice et la transmission du pouvoir étatique. Par exemple, la loi constitutionnelle du 10 août 1926 porte création d'un organisme purement financier, la Caisse autonome d'amortissement. Au cours des dernières années, de nombreux États ont inscrit dans leurs Constitutions la « règle d'or » de l'équilibre des comptes publics afin de renforcer leur crédibilité budgétaire et de protéger les générations futures de la dette (en France, le projet de loi constitutionnelle relatif à l'équilibre des finances publiques voté en termes identiques par les deux assemblées le 13 juillet 2011 est « enterré »).

En ce qui concerne la **France actuelle**, force est d'utiliser le mot dans ses deux acceptions. En effet, la Constitution du 4 octobre 1958 (sens formel) est complétée par d'autres textes, notamment les lois organiques et les règlements des assemblées parlementaires, l'ensemble de ces règles formant la Constitution de la France (sens matériel).

De nombreuses Constitutions formelles comportent des dispositions considérées comme essentielles, bien qu'elles ne concernent pas « l'ordre des diverses magistratures d'un État » (Aristote). Il s'agit notamment de dispositions relatives à l'organisation territoriale ou aux **droits fondamentaux**. Composant ce que le doyen Hauriou appelait en 1929 la Constitution sociale (par opposition à la Constitution politique), les seconds peuvent être consacrés dans une déclaration placée en tête de la Constitution (par ex. Déclaration des droits de l'homme et du citoyen adoptée le 26 août 1789 et reprise par la Constitution du 3 septembre 1791), dans le préambule de celle-ci (Constitution du 27 octobre 1946 par ex.) ou dans son corps (par ex. chapitre I de la Loi fondamentale allemande).

Pouvoir suprême de l'État, le **pouvoir constituant** consiste à élaborer une nouvelle Constitution (pouvoir constituant originaire) ou à modifier une Constitution existante (pouvoir constituant dérivé).

A. L'élaboration des Constitutions

1. Constitution coutumière ou écrite

Il existe deux grands procédés d'élaboration des Constitutions. Dans le **mode de formation coutumier**, les règles relatives à l'organisation et au fonctionnement des pouvoirs publics résultent de pratiques dont la répétition engendre un sentiment d'obligation. Sous l'Ancien Régime, la France possédait ainsi une Constitution coutumière couronnée par les « Lois fondamentales du Royaume ». Dans le monde contemporain, quelques pays seulement, le Royaume-Uni notamment, ont encore une Constitution principalement coutumière, même s'il existe aussi quelques textes, de la *Magna Carta* (Grande Charte) de 1215 au *House of Lords Act* de 1999 (quasi-suppression de la pairie héréditaire à la Chambre des Lords).

Inauguré par les États-Unis en 1787 (avec une Constitution 27 fois révisée et toujours en vigueur), le **système des Constitutions écrites** s'est imposé dans presque tous les pays. D'inspiration libérale, le mouvement de rédaction des Constitutions, appelé constitutionnalisme, avait pour objet de limiter l'absolutisme du pouvoir (notamment monarchique) afin de garantir les droits des citoyens. En s'attachant aujourd'hui à promouvoir la supériorité juridique effective de la Constitution, le constitutionnalisme vise à empêcher une dictature de la majorité politique et à protéger l'État de droit.

La première Constitution écrite de la **France** est celle du 3 septembre 1791 qui instaure une monarchie limitée. Mais notre pays connaît ensuite une « valse » des Constitutions. Entre 1791 et 1958, 16 textes constitutionnels ont mis en place trois monarchies, deux empires et cinq républiques, des régimes de séparation (stricte ou souple) ou de confusion des pouvoirs, des dictatures, des oligarchies et des démocraties. La France a constitué un véritable laboratoire constitutionnel.

2. Procédure autoritaire ou démocratique

Les procédures d'élaboration d'une Constitution écrite sont diverses, **autoritaires** aussi bien que démocratiques. La Constitution peut ainsi être octroyée par un monarque, telle la Charte que Louis XVIII accorde en 1814 à ses « sujets », ou négociée avec lui comme la Charte de 1830.

Dans la **tradition républicaine française**, la Constitution est élaborée par une assemblée exerçant le pouvoir législatif, puis adoptée par elle (lois constitutionnelles de 1875 par ex.) ou par le peuple dans le cadre d'un référendum (par ex. Constitution du 27 octobre 1946). En 1958, la France opte pour un mode d'élaboration d'apparence bonapartiste (voir Zoom).

B. La révision des Constitutions

1. Constitution souple ou rigide

Le problème de la révision concerne les pays à Constitution écrite. En principe, la loi fondamentale fixe les règles relatives à sa modification. Une Constitution est

rigide lorsqu'elle impose une procédure spéciale et renforcée en vue de sa révision. Elle est **souple** quand elle peut être modifiée dans les mêmes conditions qu'une loi ordinaire. L'absence de procédure prévue, comme dans les Chartes de 1814 et 1830, signifie l'existence d'une Constitution souple.

En **France**, toutes les Constitutions républicaines ont été rigides, même si cette rigidité s'est atténuée au fil du temps. En effet, plus une Constitution est rigide, comme celle du 3 septembre 1791 (selon le titre VII, l'Assemblée de révision ne peut être élue que si trois législatures consécutives, de deux années chacune, ont formulé un vœu uniforme), plus elle freine voire empêche les évolutions nécessaires, plus elle appelle finalement les révolutions et les coups d'État. Il n'existe toutefois aucune automaticité. Ainsi la rigidité de la Constitution américaine n'a nullement empêché sa longévité. En France, la procédure de révision est organisée par l'article 89 de la Constitution du 4 octobre 1958 (voir Zoom).

2. La coutume constitutionnelle

Dans un **pays à Constitution coutumière**, une coutume nouvelle peut par définition modifier une coutume ancienne. C'est ainsi que les institutions britanniques ont pu évoluer dans la stabilité depuis 1688.

En ce qui concerne les **pays à Constitution écrite** (rigide notamment), le rôle de la coutume constitutionnelle divise les juristes. Beaucoup admettent finalement qu'elle peut préciser une disposition constitutionnelle (coutume interprétative), voire compléter la Constitution en cas de lacune (coutume supplétive). En revanche, ils rejettent la coutume abrogative qui aurait pour objet de modifier ou de contredire le texte constitutionnel : la Constitution se définit comme « une loi possédant une puissance renforcée », donc « la coutume ne possède pas la force supérieure qui caractérise le droit constitutionnel » (Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, 1920-1922).

Force est pourtant de reconnaître avec René Capitant « l'étrange faiblesse des textes en matière constitutionnelle, la force d'évasion de la vie politique hors des formules où l'on a tenté de l'enserrer, le divorce presque constant qui en résulte entre l'apparence juridique et la réalité politique, en un mot l'importance de la coutume constitutionnelle, à côté, et souvent à l'encontre des Constitutions écrites » (*La Coutume constitutionnelle*, 1929). Dans l'évolution des régimes politiques, cette coutume joue souvent un rôle plus important que les révisions formelles. Sous les III^e et IV^e Républiques, elle a créé des mécanismes de délégation du pouvoir législatif (malgré l'interdiction expresse de l'article 13 de la Constitution de 1946). Sous la V^e, elle a établi la détermination de la politique de la nation par le président de la République comme le recours au référendum de l'article 11 C, concurremment avec l'article 89 C, pour réviser la Constitution (voir Zoom).

Enfin, la **disparition** d'une Constitution résulte soit d'un acte juridique contraire, c'est-à-dire d'une manifestation de volonté abrogeant la Constitution (loi constitutionnelle du 3 juin 1958 par ex.), soit d'un « fait juridique contraire » tel qu'un coup d'État ou une révolution consécutive à un soulèvement populaire (1830, 1848, 1851...).

II. L'État

Inventé en Europe puis diffusé sur tout le globe, l'**État** peut se définir comme une personne morale de droit public exerçant une puissance souveraine sur une population dans le cadre d'un territoire délimité par des frontières. Ce qui le distingue des autres groupements humains, c'est l'institutionnalisation du pouvoir et la souveraineté de la puissance. L'État ne procède d'aucune autre autorité et se distingue ainsi des organisations internationales dont les compétences résultent des transferts consentis par les États membres (voir Leçon 20). En droit du moins, il ne peut être subordonné à aucune autorité extérieure. Doté d'un pouvoir juridique originaire et suprême, il décide de son organisation en se dotant d'une Constitution.

A. Les formes juridiques de l'État

1. L'État unitaire

Forme la plus répandue, l'État **unitaire ou simple** comporte un seul ordre constitutionnel et politique : il détient et exerce en principe l'ensemble des compétences régaliennes (législation, défense, diplomatie, justice, monnaie...).

En cas de **centralisation**, il constitue même la seule personne morale de droit public compétente sur son territoire : toutes les décisions politiques mais aussi administratives sont prises au nom de l'État (voir Leçon 6).

En général, l'État unitaire recourt à la **décentralisation** administrative, comme c'est le cas en France (voir Leçon 7).

Dans les États **régionaux**, la décentralisation est politique : l'État partage le pouvoir législatif avec les collectivités supérieures comme les communautés autonomes en Espagne et les régions en Italie. Mais, contrairement aux États fédérés, ces collectivités ne disposent pas du pouvoir constituant.

Toutefois, le développement des autonomies locales rend moins nette la frontière entre l'État unitaire décentralisé, l'État régional et l'État fédéral.

2. L'État composé

L'État composé consiste en une association d'États. Sa forme contemporaine est essentiellement celle de l'**État fédéral**. Pour concilier l'unité et la diversité, deux ordres constitutionnels se superposent, celui des différents États fédérés et celui du super-État fédéral qui seul est sujet de droit international.

Deux lois du fédéralisme sont traditionnellement distinguées. En vertu de la **loi de participation** ou de collaboration, les États fédérés participent par leurs représentants à l'élaboration et à la révision de la Constitution fédérale, à la formation des institutions fédérales ainsi qu'à l'élaboration de leurs décisions, c'est-à-dire à la définition de la volonté fédérale. Le plus souvent, la participation à l'élaboration de la législation fédérale se fait grâce au bicamérisme ou bicaméralisme, une chambre représentant le peuple (par ex. Chambre des représentants américaine et *Bundestag* allemand) et l'autre les États fédérés (Sénat américain et *Bundesrat* par ex.).

En vertu de la **loi d'autonomie**, les collectivités associées constituent des États et possèdent leurs Constitutions, leurs Parlements, leurs Gouvernements, leurs législations, leurs systèmes juridictionnels et administratifs. La Constitution fédérale leur garantit une compétence de principe ou du moins des compétences étendues, la compétence fédérale ne s'appliquant normalement qu'à la gestion des affaires d'intérêt commun : relations internationales, défense nationale, monnaie... Une juridiction constitutionnelle (Cour suprême américaine et Cour constitutionnelle fédérale allemande par ex.) garantit cette répartition des compétences.

L'**équilibre** entre les deux lois du fédéralisme se montre souvent difficile à établir. Même si quelques États sont travaillés par le séparatisme (Belgique et Canada par ex.), la tendance générale est à la centralisation comme aux États-Unis.

Un État fédéral se forme soit par démembrement d'un État unitaire, comme la Belgique en 1993, soit par agrégation libre ou forcée de plusieurs États unitaires, comme les États-Unis d'Amérique en 1787 et l'Allemagne en 1871. Dans le second cas, la **confédération** peut constituer une étape : elle consiste en une association d'États conservant leur souveraineté internationale, coopérant pour des activités définies par un traité (économie, défense, etc.) et prenant leurs décisions à l'unanimité. Malgré son nom, la Confédération helvétique constitue depuis 1848 une fédération.

B. Les fonctions juridiques de l'État

Dans *L'Esprit des lois* (1748), Montesquieu définit trois fonctions juridiques : l'élaboration de la loi (la « puissance législative »), son application (la « puissance exécutive ») et le règlement des litiges provoqués par cette application (la « puissance de juger »). Mais ces fonctions peuvent être distribuées de façon fort différente selon les États.

1. Les régimes de confusion des pouvoirs

Dans un régime de confusion des pouvoirs, les fonctions législative et exécutive sont exercées par le même organe qui peut être un homme ou une assemblée.

D'inspiration rousseauiste, notre première Constitution républicaine (24 juin 1793) – demeurée inappliquée – donne tous les pouvoirs au Corps législatif, auquel le Conseil exécutif est étroitement subordonné. C'est un **régime conventionnel ou régime d'assemblée**. Cette seconde expression désigne également une dérive du régime parlementaire caractérisée par la subordination du Gouvernement au Parlement, en raison notamment de l'absence de majorité parlementaire stable (par ex. III^e et IV^e Républiques).

2. Les régimes de séparation des pouvoirs

On distingue traditionnellement les régimes présidentiel et parlementaire qui sont respectivement illustrés par les États-Unis et le Royaume-Uni. Le **régime parlementaire**, qui est le plus répandu en Europe, est un régime de séparation souple des pouvoirs : sous l'arbitrage du chef de l'État, le Gouvernement et le Parlement

collaborent et possèdent un droit de récusation réciproque. Cela signifie d'abord qu'aucun organe n'exerce seul sa fonction maîtresse : le Gouvernement collabore à l'élaboration de la loi (par ex. initiative législative), tandis que le Parlement participe à l'exécution des lois (autorisation de ratifier les traités par ex.). Cela signifie ensuite que le Parlement peut mettre en jeu la responsabilité du Gouvernement qui, de son côté, peut décider la dissolution du Parlement (même si la décision relève formellement du chef de l'État).

Les éléments du régime parlementaire se mettent en place au Royaume-Uni à partir du XVIII^e siècle et en France après la Restauration. Dans un premier temps, le roi conserve des pouvoirs personnels, si bien que le Gouvernement est également responsable devant lui. C'est pourquoi ce type de régime parlementaire est appelé **dualiste** ou, en référence à la monarchie de Juillet, orléaniste. Puis l'affirmation du suffrage universel comme source du pouvoir conduit à l'effacement du chef de l'État et à une responsabilité politique exclusive du Gouvernement devant le Parlement dans le cadre d'un régime parlementaire **moniste**.

Le système des partis exerce une influence décisive sur le fonctionnement des régimes parlementaires. S'il permet de dégager des urnes des majorités stables, qu'il soit bipartisan ou producteur de coalitions solides comme au Royaume-Uni ou en Allemagne (la question des « migrants » et les échecs électoraux fragilisent toutefois la coalition difficilement constituée par Angela Merkel après les élections fédérales allemandes de septembre 2017), il donne naissance au **parlementarisme majoritaire** et au gouvernement de législature. En l'absence de majorité cohérente au Parlement, le régime risque de sombrer dans l'instabilité gouvernementale comme sous la IV^e République française.

Inauguré en 1919 par la Constitution de Weimar, le **parlementarisme rationalisé** consiste à constitutionnaliser des règles traditionnellement déterminées par les assemblées parlementaires, notamment celles relatives à la responsabilité gouvernementale, en vue de renforcer le Gouvernement et de favoriser sa stabilité. En France, ces techniques se retrouvent par exemple dans l'article 49 C (voir Leçon 4).

Dans un **régime présidentiel**, la modération du pouvoir doit au contraire résulter de la séparation stricte des pouvoirs qui font « poids et contrepoids ». En vertu du principe de séparation fonctionnelle, qui souffre certes des exceptions, le président élu exerce l'ensemble des attributions exécutives, tandis qu'une ou deux chambres (Assemblée nationale de la Constitution du 4 novembre 1848 ou Congrès américain composé de la Chambre des représentants et du Sénat) font la loi et votent le budget. La séparation est également organique : le président ne peut dissoudre les assemblées qui, elles, ne peuvent mettre en jeu sa responsabilité politique. Faute de pouvoir se révoquer, les pouvoirs exécutif et législatif sont condamnés à s'entendre, comme ils le font aux États-Unis, ou à faire un coup d'État, comme Louis-Napoléon Bonaparte le 2 décembre 1851.

Les cinq principes définis par la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 faisaient le choix d'un régime parlementaire (voir Zoom). En raison des prérogatives importantes

attribuées au président de la République par la **Constitution du 4 octobre 1958**, la doctrine a d'abord qualifié le régime de parlementarisme dualiste ou orléaniste. La révision du 6 novembre 1962 la plonge dans la perplexité. Le nouveau régime serait « semi-parlementaire » ou « semi-présidentiel » (Maurice Duverger), « présidentia-liste » (Jean Gicquel), « mixte » (Pierre Avril), « parlementaire à direction présidentielle » (Guy Carcassonne)... C'est en effet un régime où le pouvoir exécutif appartient à un président de la République élu au suffrage universel direct – comme dans un régime présidentiel – et à un Gouvernement 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. Mais les cohabitations sont venues rappeler que la Constitution de 1958 était porteuse d'au moins deux régimes distincts (voir Leçon 2).

III. La souveraineté

La **souveraineté** désigne le pouvoir suprême reconnu à l'État, mais aussi le principe fondant ou légitimant cette suprématie. À cet égard, deux doctrines se sont longtemps opposées. Dans la conception de la souveraineté **nationale**, la souveraineté est confiée à la Nation qui est un être collectif distinct des individus : le vote est une fonction et le suffrage peut être restreint. Dans celle de la souveraineté **populaire**, elle est attribuée à tous les individus composant le peuple : le vote est un droit et le suffrage doit être universel.

Comme celle de 1946, la **Constitution de 1958** combine curieusement les deux doctrines. L'article 3 al. 1 C dispose en effet que « la souveraineté nationale appartient au peuple ». Cet alinéa précise que le peuple « l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum » dans des conditions qui, depuis 1964, sont 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.

A. Les conditions du suffrage

1. Le régime de l'électorat

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