

# Le droit constitutionnel

---



Le droit est « l'ensemble des règles obligatoires et destinées à faire régner parmi les hommes vivant en société l'ordre et la justice ». Cette définition classique est fondée sur l'analyse historique qui montre que là où il y a une société, il y a un droit. La notion de droit est liée à celle de pouvoir : dans tout groupe humain régi par des règles, une minorité d'individus (les gouvernants) fixe des règles que la majorité (les gouvernés) applique. Ce phénomène d'obéissance, donc de pouvoir, s'est déroulé en trois étapes qui expliquent les vicissitudes du droit constitutionnel.

## Les trois étapes du passage du pouvoir à l'État

---

### Le pouvoir anonyme

C'est un pouvoir qui n'est exercé par personne et qui s'impose néanmoins à tous les membres du groupe. Personne n'exerce un commandement, mais tout le monde obéit. C'est la situation des sociétés archaïques préoccupées essentiellement par la survie (se nourrir, se protéger, se reproduire...).

### Le pouvoir individualisé

Certaines fonctions (militaires, religieuses) se développent et confèrent un rang supérieur à ceux qui les exercent. Ce pouvoir exercé par un individu ou un groupe est fondé sur la force, la crainte, l'autorité ou le prestige.

Il résulte de la reconnaissance de capacité ou de compétences qui permet à un individu ou à un petit groupe d'incarner les représentations collectives du groupe. L'exercice et la propriété du pouvoir sont confondus.

### Le pouvoir institutionnalisé

Cette troisième phase établit une distinction entre celui qui possède le pouvoir et celui qui l'exerce. Le pouvoir est incarné dans l'État (voir fiche n° 2). L'individu qui exerce le pouvoir n'en est pas titulaire : il exerce une fonction, il exerce le pouvoir au nom de l'État. Le pouvoir appartient à la collectivité organisée, soumise à des règles et à une autorité reconnue.

- ▶ Le pouvoir est la conséquence d'une volonté humaine

Deux théories ont été dégagées sur le fondement soit religieux, soit laïc du pouvoir :

1. La *théorie de l'origine divine du pouvoir*. Tout comme les Anciens (Aristote, Cicéron) qui croient que le droit, alors coutumier, est le reflet de la volonté des dieux, saint Paul pose en axiome que le pouvoir vient de Dieu. Par la suite, Bossuet construira la doctrine du « droit divin surnaturel » : Dieu choisit les gouvernants et définit leurs pouvoirs. Cette doctrine, qui justifie la monarchie absolue, est abandonnée après la Révolution en faveur de la théorie du « droit divin providentiel » prônée par Joseph de Maistre et Bonald : le pouvoir fait partie de l'ordre providentiel du monde, mais est attribué par le groupe humain qui lui est soumis.
2. La *théorie de l'origine contractuelle du pouvoir*. L'organisation du pouvoir politique provient non de la volonté divine, mais d'un « contrat » conclu entre les individus, contrat qui peut prendre deux formes, celle du contrat de sujétion au Prince ou celle du contrat social.

Les auteurs calvinistes français du <sup>xvi</sup><sup>e</sup> siècle (les « monarchomaques »), comme Théodore de Bèze évoquent un contrat ou pacte de sujétion conçu dans des temps très anciens entre le futur roi et ses futurs sujets, ceux-ci ayant promis d'obéir contre un engagement du roi de respecter un minimum de règles garantissant leur liberté. En rompant ce pacte, le roi devient un tyran auquel le peuple est invité à résister.

Le contrat social est passé non plus entre le peuple et le roi, mais entre tous les membres d'une société qui s'entendent entre eux pour ériger un gouvernement. Ce contrat préexiste donc à la formation de l'État.

Pour Hobbes (*Le Léviathan*, 1651), les hommes passent des accords entre eux pour échapper à l'état de nature et mettre fin à un état de guerre continue qui empêche la société de prospérer et finirait par la détruire. Ils concluent des pactes mutuels par lesquels ils renoncent à se gouverner eux-mêmes, au profit d'un seul individu tiers. Ce dernier n'est lié par aucune obligation vis-à-vis de la société, sauf celle de maintenir l'ordre et la paix.

Pour Rousseau (*Du contrat social*, 1762), l'état de nature est au contraire un état bienheureux où l'homme, vivant isolé des autres hommes, est totalement libre. L'homme ne renonce à sa liberté que pour permettre la vie en société. Pour Rousseau, l'élaboration de la loi comme la désignation des gouvernants revient au peuple. C'est de la société et d'elle seule que les gouvernants reçoivent leur pouvoir.

- ▶ Le pouvoir évoque la notion d'entreprise

L'expérience montre que toute nouvelle équipe politique qui accède au pouvoir veut y entreprendre une action consistant à gouverner selon un certain nombre d'orientations.

- Le pouvoir repose sur deux éléments indissociables :  
la domination et la compétence

Les détenteurs du pouvoir doivent, d'une part, être aptes à trouver des solutions aux problèmes posés à la collectivité nationale et, d'autre part, disposer des moyens de coercition nécessaires pour les imposer à l'ensemble de cette collectivité.

- Le pouvoir ne peut s'exercer légitimement sans le consentement des gouvernés

Seul le consentement des gouvernés permet à un pouvoir de s'exercer légitimement, car il est le signe qu'il s'exerce dans l'intérêt de ceux auxquels il s'adresse.

## Les vicissitudes du droit constitutionnel

---

Sous l'Ancien Régime, le droit public n'est pratiquement pas enseigné dans les universités qui se consacrent au droit romain et au droit canonique. La Constituante ordonne le 26 septembre 1791 aux facultés de droit d'enseigner « la Constitution française ». Le Consulat prévoit par la loi du 22 ventôse an XII (13 mars 1804) que seront enseignés « le droit public français et le droit civil dans ses rapports avec l'administration publique ». L'étude de la Constitution de l'an VIII est incluse dans celle du droit public. La suppression du Tribunat en 1807 se traduit par une suspicion pour le droit constitutionnel, insuffisamment docile aux volontés de Napoléon et qui sera supprimé des programmes d'enseignement. La Restauration rétablit à Paris seulement, par l'ordonnance du 24 mars 1819, les enseignements de droit constitutionnel qui seront supprimés à nouveau en 1822 par le gouvernement ultra-royaliste qui souhaite éviter que les étudiants ne s'égarerent dans les controverses politiques. Une ordonnance du 22 août 1834 crée une chaire de « droit constitutionnel » à la faculté de droit de Paris afin, dans l'esprit de Guizot, de présenter favorablement la Charte de 1830 aux étudiants de la capitale. Le juriste « libéral » d'origine italienne, Pellegrino Rossi, en sera le titulaire. La chaire est supprimée le 8 décembre 1852 ainsi que l'enseignement du « droit politique » que le nouveau régime, le Second Empire, redoute.

Le droit constitutionnel se présente au XIX<sup>e</sup> siècle comme un droit « politique » instable car sujet à de fréquents bouleversements, non codifié, et comme un ensemble de normes dépourvu d'une sanction effective.

L'écroulement du Second Empire permet le rétablissement de la chaire de droit constitutionnel en 1871 et la réintroduction du droit constitutionnel comme matière à option en doctorat par le décret du 28 décembre 1878. L'adoption des lois constitutionnelles en 1875, la victoire des républicains permettront de rendre obligatoire en première année, à partir de 1889, le cours de droit constitutionnel.

Le droit constitutionnel est une branche spécifique du droit public dont l'objet n'a cessé de s'étendre. Il comprend les institutions politiques et, plus récemment, les normes constitutionnelles issues de la justice constitutionnelle.

## Les institutions politiques

Les institutions politiques regroupent les organes étatiques et les règles qui les régissent. Le droit constitutionnel étudie les institutions ; les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire et leur mode de dévolution, d'exercice ; l'État c'est-à-dire son statut, son organisation ; les rapports entre gouvernants et gouvernés, la souveraineté ; l'étendue et la limite des différents pouvoirs. Les institutions politiques ont été l'objet unique du droit constitutionnel jusqu'à l'avènement, à l'instar du droit constitutionnel américain, des contrôles de constitutionnalité des lois.

### ▷ Une expansion des constitutions et du constitutionnalisme

De profonds changements sont intervenus dont les causes sont d'une part la décolonisation et d'autre part l'effondrement de l'URSS et des démocraties populaires.

La décolonisation a accru le nombre d'États, donc le nombre de constitutions. Certains États ont transposé par mimétisme, mais dans un environnement différent, le constitutionnalisme marxiste (parti unique, primauté de l'armée, collectivisation) ou occidental (régime parlementaire ou régime présidentiel). Mais, comme pour les anciens États socialistes, l'influence du constitutionnalisme occidental conduit de nombreux pays à se rapprocher de ses principes.

En 1945, l'Europe a été partagée entre les démocraties libérales et les régimes marxistes qui se proclament démocraties socialistes ou démocraties populaires. Plusieurs pays passent de l'occupation nazie à la soumission à l'influence soviétique. Afin de resserrer les liens entre « pays frères » sont signés trois pactes d'intégration : politique avec le Kominform en 1947, économique avec le COMECON en 1949 et militaire avec le pacte de Varsovie en 1955. Ces instruments servent à l'URSS à maintenir sa domination sur l'Albanie, la Bulgarie, la RDA, la Pologne, la Hongrie, la Tchécoslovaquie, la Roumanie et à conforter le système marxiste.

Dans ce type de régime, le texte constitutionnel a un caractère abstrait et fictif. Le parti unique, en interdisant, par nature, l'expression d'un pluralisme politique, vide de sens les notions démocratiques qu'expriment les constitutions : à libertés formelles, constitutions formelles. De plus, la conception marxiste léniniste du parti unique, avant-garde de la société, rend le Parti prééminent sur l'État et contraire aux principes sociaux toute contestation du monopole politique et idéologique. Le fonctionnement des mécanismes constitutionnels est théorique car la décision incombe au Bureau politique (*Politburo*) ou au seul Secrétaire général du Parti lors des périodes de « culte de la personnalité ». Ce dernier est également parfois chef formel de l'État (président du présidium du Soviet suprême en URSS).

La chute du communisme (« révolutions de velours » de 1989, dissolution de l'URSS le 31 décembre 1991) permet aux anciens États socialistes de se doter d'institutions inspirées des démocraties occidentales, en reprenant quatre traits dominants du constitutionnalisme occidental :

- adoption du pluralisme politique (en abrogeant le rôle dirigeant du Parti communiste et l'unanimité d'une société sans conflit du fait de la suppression de la lutte des classes);
- généralisation des élections libres (les élections ratifiant à 98 ou 99 % des suffrages la liste unique des candidats du Parti aux postes électifs ne sont plus qu'un souvenir);
- mise en place de régime mixte ou parlementaire prévoyant la responsabilité du gouvernement devant le Parlement, à rebours de la théorie marxiste du pouvoir qui niait la séparation des pouvoirs, considérée comme un leurre masquant le caractère de classe de l'État;
- création de cours constitutionnelles chargées de vérifier la constitutionnalité des lois et de veiller au respect des droits de l'homme. La suprématie de la Constitution est garantie par de nombreuses procédures de saisine de ces cours.

Désormais, le législateur n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution. Les États d'Europe de l'Est ont rejeté depuis 1989 l'organisation hiérarchisée et disciplinée du Parti communiste qui assurait conformément aux principes du centralisme démocratique l'unité de vue et d'action des organes de l'État et du Parti sur l'ensemble du pays. L'infailibilité de la vérité marxiste était le dogme suprême qui commandait l'action des citoyens et assurait l'unité de la nation. Cette unanimité était exclusive de toute opposition.

La loi ne peut porter atteinte aux droits et libertés des individus. Les libertés, la démocratie, l'État de droit sont devenus depuis quelques années des préoccupations d'ordre politique, juridique et diplomatique sur tous les continents. Plusieurs textes proclament ces droits: Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948, qui se transforme progressivement en droit international coutumier donc juridiquement contraignant, Convention européenne des droits de l'homme de 1950 qui est justiciable et Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne destinée à être intégrée au traité constitutionnel de l'Europe élargie à 25.

L'objet d'étude du droit constitutionnel s'est internationalisé du fait de la multiplication du nombre de constitutions lié aux mutations et du perfectionnement des mécanismes constitutionnels pour mieux garantir l'État de droit.

Une seconde extension de l'objet du droit constitutionnel est constituée par la consécration de normes constitutionnelles par les juges constitutionnels.

▷ Les normes constitutionnelles issues de la justice constitutionnelle

► L'essor des cours constitutionnelles

À la différence des États-Unis où dès 1803 la Cour suprême exerce un contrôle de constitutionnalité des lois, la justice constitutionnelle est un phénomène récent en Europe. La première Cour constitutionnelle remonte à la constitution autrichienne de 1867 et au tribunal d'Empire.

Après la chute de l'Empire austro-hongrois, la Constitution autrichienne de 1920 crée, sous l'influence du grand juriste Kelsen, une Cour constitutionnelle qui servira de modèle et de référence aux autres États. C'est seulement à partir de 1945 que le contrôle de constitutionnalité va se développer. En Allemagne (Loi fondamentale de 1949) et en Italie (Constitution de 1947), il est considéré comme une garantie du respect des principes démocratiques et des cours constitutionnelles sont instituées. Dans les autres pays d'Europe, la justice constitutionnelle se développe plus tardivement : à partir de la Constitution de 1958 et surtout de la révision constitutionnelle de 1974 en France, au lendemain de la chute des dictatures en Espagne et au Portugal, puis en 1993 avec la Cour d'arbitrage belge et enfin après la chute du rideau de fer dans les pays d'Europe centrale.

#### ► Le cas de la France

En France, le Conseil constitutionnel, en dégagant des principes et des règles non expressément écrites dans le texte constitutionnel, mais ayant une valeur aussi forte au plan juridique que celui-ci, exerce de fait une forme de pouvoir « dérivé » ou « subsidiaire ».

De sa jurisprudence, surtout depuis la réforme de 1974 qui a permis que toutes les lois de portée significative puissent être soumises à son examen, il a dégagé un « bloc de constitutionnalité », c'est-à-dire un ensemble de valeurs constitutionnelles dont le respect s'impose au législateur.

Les articles de la *Constitution du 4 octobre 1958*, souvent modifiée, constituent la première composante du bloc de constitutionnalité. Si la plupart de ces dispositions concernent l'organisation des pouvoirs publics, quelques articles constituent des règles de fond : égalité devant la loi de tous les citoyens, sans distinction selon l'origine, la race ou la religion (art. 2) ; unité, égalité et secret du suffrage (art. 3) ; liberté de Constitution et d'activité des partis politiques (art. 4).

Second élément du bloc de constitutionnalité, les droits de l'homme et les principes de la souveraineté nationale définis par la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*. Ces principes ont été précisés et complétés. Il s'agit notamment du droit de propriété (CC, 16 janvier 1982, loi de nationalisation), du droit à la liberté, utilisé dans les domaines très nombreux (liberté d'aller et venir, CC 12 juillet 1979, ponts à péage ; liberté d'entreprendre, CC, 16 janvier 1982, loi de nationalisation ; liberté de mariage, réaffirmé dans la décision constitutionnelle du 13 août 1993 à propos de la loi sur les étrangers), ou encore du principe d'égalité (CC, 27 décembre 1973, taxation d'office) : ce dernier principe, appliqué dans des hypothèses très diverses, est à l'origine d'un nombre élevé de déclarations d'inconstitutionnalité.

Fait également partie du bloc de constitutionnalité le *préambule de la Constitution de 1946* (auquel se réfère le préambule du texte de 1958) et, en particulier les « principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps » (16 alinéas dans le texte de 1946). Ces principes ont donné lieu à une jurisprudence importante du Conseil constitutionnel, dont on retiendra la décision du 13 août 1993 consacrant la valeur constitutionnelle du droit d'asile,

celle du 16 décembre 1993 sur le principe de la participation des travailleurs aux décisions les concernant, à propos de la loi quinquennale sur l'emploi, ou encore celle du 18 août 1994, où le Conseil consacre pour la première fois, à l'occasion de l'examen des lois sur la bioéthique, la valeur constitutionnelle de la sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation.

Les « *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* » constituent une catégorie évolutive qui comprend les éléments suivants :

- liberté d'association (CC, 16 juillet 1971) ;
- liberté de l'enseignement (CC, 23 novembre 1977), en se fondant sur l'article 91 de la loi de finances du 31 mai 1931 ;
- indépendance de la juridiction administrative (CC, 22 juillet 1980), en faisant état de la loi du 24 mai 1872 sur le Conseil d'État ;
- indépendance des professeurs d'université (CC, 20 janvier 1984), en se référant au régime législatif des incompatibilités entre mandats parlementaires et fonctions publiques ;
- principe selon lequel l'annulation ou la réformation des décisions prises par l'administration dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique relève de la juridiction administrative (CC, 23 janvier 1987) ;
- principe consacrant « l'importance des attributions » conférées à l'autorité judiciaire en matière de protection de la propriété immobilière (CC, 25 juillet 1989) ;
- respect des droits de la défense, non seulement en matière pénale, mais aussi en matière civile et administrative (1976).

Le Conseil constitutionnel a, enfin, dégagé des « *principes à valeur constitutionnelle* ».

Très peu de normes ne se rattachent pas à un texte écrit : le principe de la continuité du service public (CC, 25 juillet 1979) reste le seul principe non écrit dégagé explicitement, mais il faut observer que certains principes à valeur constitutionnelle ne se rattachent que de façon très indirecte à des textes écrits : ainsi en est-il du principe du respect des droits de la défense, affirmé avec vigueur à propos des sanctions administratives prises par les autorités administratives indépendantes ou dans les décisions de 1993 et 1994 relatives à la réforme du Code de procédure pénale, ou du droit à « un recours juridictionnel effectif » (DC, 1987 sur le Conseil de la concurrence : un recours non suspensif doit être accompagné de la possibilité d'obtenir le sursis à exécution ; CC, 13 août 1993 sur les étrangers ; CC, 19 novembre 1993 sur la loi organique relative à la Cour de justice de République).

La définition d'« objectifs à valeur constitutionnelle » témoigne certes d'une jurisprudence constitutionnelle innovante qui ne se réfère pas toujours à des textes de droit écrit : la sauvegarde de l'ordre public, le pluralisme de la presse constituent des exemples de ces « objectifs », vers lesquels doivent tendre les nouvelles législations. Mais il s'agit ici d'une technique de contrôle s'approchant

du contrôle de proportionnalité exercé par la juridiction administrative, plutôt que de véritables normes à valeur impérative.

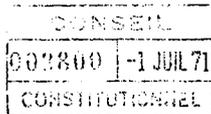
Ainsi, le Conseil a-t-il mis en place et précisé la portée juridique d'un grand nombre de normes de référence qui lui permettent d'exercer un contrôle serré des lois votées par le Parlement.

Cette approche « constructive », qui consiste à « inventer » à l'occasion de l'examen des lois votées des principes à valeur constitutionnelle, se double fréquemment d'une approche « pédagogique » qui conduit le Conseil à émettre des « réserves d'interprétation » quant aux risques d'inconstitutionnalité des conséquences que certaines interprétations des lois votées pourraient induire et qu'il entend prévenir. Ces approches qui dépassent le rôle expressément accordé au Conseil par le texte de 1958 et que ses rédacteurs n'avaient vraisemblablement pas envisagées, ont modifié notablement la portée de certaines dispositions de la Constitution, mais ont aussi renouvelé la notion même de Constitution, dans un contexte de renforcement de l'État de droit. Le Conseil constitutionnel réalise un élargissement jurisprudentiel de la Constitution.

**SÉNAT**

LE PRÉSIDENT

PARIS, LE 1er Juillet 1971.



Monsieur le Président,

J'ai l'honneur de vous faire connaître que, conformément au second alinéa de l'article 61 de la Constitution, je défère au Conseil Constitutionnel, avant sa promulgation, la loi tendant à compléter les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association.

Je demande au Conseil Constitutionnel de vouloir bien se prononcer sur la conformité de ce texte à la Constitution.

En application de l'article 18 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil Constitutionnel, j'informe M. le Président de la République et M. le Premier Ministre que je vous adresse la présente lettre de saisine.

Veuillez agréer, Monsieur le Président, les assurances de ma haute considération.

Alain POHER.

*Lettre de saisine du Conseil constitutionnel par le président du Sénat le 1<sup>er</sup> juillet 1971.*