

1. La séparation des pouvoirs

L'étude de la théorie constitutionnelle implique de s'intéresser aux principaux fondements de l'organisation politique française actuelle. Elle est donc indispensable pour qui veut comprendre le fonctionnement de nos institutions. Le premier de ces fondements est celui de la séparation des pouvoirs. Le deuxième grand principe du droit public est le principe de constitutionnalité.

► Origine de la théorie

Sous l'Ancien Régime, l'ensemble des pouvoirs tendaient à être concentrés entre les mains d'un seul homme. Au XVIII^e siècle, au nom de la protection des libertés, Montesquieu a défini trois fonctions ne devant pas être attribués à la même personne : l'élaboration de la loi (pouvoir législatif), l'application de celle-ci (pouvoir exécutif), et le règlement des litiges provoqués par cette application (pouvoir juridictionnel).

La théorie de Montesquieu n'exige pas que chacun des pouvoirs soit attribué à un organe distinct ; elle impose simplement qu'un seul organe ne soit pas titulaire de la plénitude de plusieurs pouvoirs. Montesquieu souhaitait que chaque pouvoir puisse se paralyser mutuellement pour empêcher les abus. Ainsi par exemple, à l'instar du régime anglais de son époque, la puissance exécutrice peut empêcher la promulgation des lois ; les chambres, quant à elles, ont le droit de surveiller leur exécution et de punir les ministres qui ne les feraient pas observer.

« Certes, le résultat de telles relations pourrait être une paralysie complète du pouvoir, mais dans une perspective libérale de préservation de la liberté, moins l'État agit, moins il risque de porter atteinte aux libertés. De plus, les nécessités de l'action politique s'imposant, exécutif et législatif seront obligés de trouver un terrain d'entente » (J.-P. Jacqué).

Cette théorie a été critiquée par Rousseau qui ne concevait pas que la souveraineté puisse être partagée.

Elle n'en est pas moins devenue un dogme. Ainsi l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen affirme : « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution ».

La théorie de la séparation des pouvoirs a même servi de base à une classification des régimes politiques. On distingue ainsi les régimes de confusion des pouvoirs au profit de l'exécutif (dictature ou présidentielisme), et les régimes de confusion des pouvoirs au profit du Parlement (régime conventionnel ou d'assemblée).

Le régime d'assemblée désigne également une dérive du régime parlementaire caractérisée par la subordination du gouvernement au Parlement, notamment

parce que les dispositifs destinés à assurer l'équilibre entre le législatif et l'exécutif ne fonctionnent plus (par exemple, III^e et IV^e République).

Par ailleurs, on parle de séparation souple des pouvoirs en cas de régime parlementaire, et de séparation stricte en cas de régime présidentiel. On doit noter que le principe de séparation des pouvoirs est assez largement remis en cause dans les démocraties occidentales contemporaines. En effet, presque partout aujourd'hui, c'est le gouvernement qui décide de la loi, le Parlement se bornant à la ratifier plus ou moins de bon gré.

► La séparation souple des pouvoirs : le régime parlementaire

Le régime parlementaire est un régime de séparation souple des pouvoirs dans lequel la conduite des affaires publiques est assurée par la collaboration entre l'exécutif et le législatif par l'intermédiaire d'un gouvernement responsable devant le Parlement, mais qui peut lui-même dissoudre ce dernier. Aucun organe n'exerce seul sa fonction principale : le gouvernement collabore à l'élaboration des lois (exemple, initiative législative), tandis que le Parlement participe à l'exécution de celles-ci (autorisation de ratifier les traités par exemple). Le régime parlementaire est apparu au XVIII^e siècle au Royaume-Uni, puis s'est généralisé dans l'ensemble de l'Europe. Il a d'abord été dualiste. Il a évolué ensuite vers une forme moniste.

Le régime parlementaire dualiste

Initialement, le régime parlementaire a d'abord été dualiste (monarchie de Juillet en France par exemple). Le régime parlementaire dualiste est celui dans lequel le gouvernement est responsable devant deux autorités : le chef de l'État, doté de pouvoirs importants, et le Parlement. Pouvant se prévaloir de la confiance de chacun d'eux, le gouvernement tente alors de dégager une politique acceptable par les deux parties.

Le régime parlementaire dualiste ne pouvait être qu'un régime de transition entre deux époques marquées chacune par des conceptions différentes du lieu où doit se situer la souveraineté dans l'État : entre le XVIII^e siècle où l'on considérait que le pouvoir appartient au roi, et le XX^e siècle où prévaut la conception selon laquelle la souveraineté réside dans le peuple.

À la fin du XVIII^e siècle et au début du XIX^e siècle ces deux conceptions s'affrontent. Le régime parlementaire a permis cette conciliation temporaire. Mais à partir du moment où la conception divine du pouvoir a décliné et que l'idéal démocratique s'est progressivement répandu, le parlementarisme dualiste a laissé place au parlementarisme moniste : « il n'y aura plus dans l'État qu'une volonté, celle des représentants du peuple, et pour le gouvernement il n'y aura plus lieu de chercher à la concilier avec celle du monarque, mais seulement de lui obéir ; de conciliateur, il deviendra exécutant » (B. Chantebout).

Le régime parlementaire moniste

L'avènement du régime parlementaire moniste s'est effectué en France à la fin du XIX^e siècle sous la III^e République. Le 7 février 1879, le président de la République, Jules Grévy adressa un message au Parlement dans lequel il déclarait : « je n'entrerai jamais en lutte contre la volonté nationale exprimée par ses organes constitutionnels » (il abandonne le recours au droit de dissolution). La présidence de la République renonçait ainsi à tout rôle politique actif.

Dès lors, il n'y a plus de contrepoids à opposer au Parlement. Le « monisme » met en présence les mêmes protagonistes que le parlementarisme dualiste, mais leur influence respective n'est plus la même. Le chef de l'État ne gouverne pas, et il ne peut que choisir les membres du gouvernement ainsi que son chef au sein de la majorité parlementaire. Le bon fonctionnement du régime dépend alors de la solidité et de la discipline de la majorité parlementaire.

Le risque du régime parlementaire moniste (« parlementarisme absolu ») est d'évoluer vers un régime d'assemblée. Dans celui-ci, l'ensemble du pouvoir (législatif et exécutif) est concentré dans les mains de l'Assemblée nationale. Le gouvernement doit se plier aux injonctions de celle-ci et exécuter ses décisions. Ce régime est aussi parfois qualifié de conventionnel. L'expression vient de la Convention qui l'a mis en pratique en 1793. Rousseau prônait ce régime qui s'oppose à la séparation des pouvoirs.

La séparation stricte des pouvoirs : le régime présidentiel

L'expression de régime présidentiel est trompeuse. En effet, elle ne désigne pas un régime organisé autour d'un président tout-puissant. L'expression désigne, en fait, un régime qui allie une séparation juridique des pouvoirs tout en favorisant leur collaboration politique.

Une séparation juridique des pouvoirs

Dans le régime présidentiel – qui est une exclusivité américaine – l'essentiel des attributions exécutives est remis à un seul homme, et non à une équipe. Il n'y a pas aux États-Unis de gouvernement au sens où on l'entend en Europe. En outre, le chef de l'exécutif n'encourt aucune responsabilité politique (il ne peut être renversé par le Congrès). Par ailleurs, le pouvoir législatif est détenu par le Congrès (le président n'a pas l'initiative des lois). Toutefois, le régime présidentiel implique une collaboration politique des organes constitutionnels.

Une collaboration politique des organes constitutionnels

Conformément à la théorie de Montesquieu, le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif se voient reconnaître chacun des possibilités de se faire contrepoids, de se freiner mutuellement.

➔ Les contrepoids présidentiels

Pour pallier son absence de pouvoir au niveau de l'initiative des lois, le président des États-Unis utilise la voie des messages au Congrès pour émettre des suggestions. Plus directement, il fait déposer au Congrès, par un parlementaire ami, un projet élaboré dans ses bureaux. Le président apparaît en fait comme le véritable moteur de la législation américaine. Il dispose également d'un droit de veto qui lui permet de refuser d'approuver les textes votés par le Congrès. Pour surmonter ce veto, les chambres doivent voter le texte à la majorité des deux tiers.

➔ Les contrepoids sénatoriaux

Le Sénat doit approuver les nominations des membres du cabinet du président, ainsi que celle de tous les fonctionnaires fédéraux. Ce dernier a également besoin de l'approbation du Sénat pour la ratification des traités (à la majorité des deux tiers). Quoiqu'il en soit, par la séparation des pouvoirs qu'il institue, le régime américain serait voué au blocage si le président et le Congrès ne parvenaient, même lorsqu'ils sont politiquement opposés, à trouver les compromis nécessaires. Cela est rendu possible notamment grâce au formalisme du bipartisme américain et fait apparaître que le régime présidentiel reste une exception américaine.

2. La notion de Constitution

Le deuxième grand principe du droit public est le principe de constitutionnalité. En vertu de ce principe, les actes pris par les autorités publiques doivent être conformes aux normes constitutionnelles. Pour Hans Kelsen, juriste américain d'origine autrichienne, le droit est constitué par un ensemble de règles hiérarchisées qui tiennent chacune leur autorité de leur conformité à la règle supérieure. Au sommet de cette hiérarchie des normes, on trouve la Constitution dont il convient notamment d'étudier les principales fonctions, ainsi que ses modalités d'adoption et de révision.

► L'histoire de la notion de Constitution

Pendant longtemps, on a considéré que le pouvoir venait de Dieu et que le prince n'était que son représentant sur terre. Progressivement (à partir du ^{xvi}^e siècle notamment) s'est développée l'idée que l'origine du pouvoir résidait dans un pacte (un Contrat social) passé entre le prince et ses sujets. Parallèlement est apparue l'idée qu'il convenait d'organiser de façon cohérente et rationnelle les gouvernements en fixant leur fonctionnement dans un texte précis. Le principe de constitution recouvre ainsi celui d'organisation.

La Constitution a aussi pour fonction de mettre les individus à l'abri de l'arbitraire en encadrant le pouvoir (c'est ce que l'on appelle le constitutionnalisme). Au sens moderne, la Constitution est la Loi que s'est donnée le peuple afin de régir tant les modalités de dévolution et d'exercice du pouvoir que les rapports entre gouvernants et gouvernés.

Les fonctions de la Constitution

⇒ La Constitution, source de légitimité

Le fondement de l'autorité des gouvernants réside dans le fait qu'ils ont été désignés conformément à la Constitution. Le consentement populaire à la Constitution fait présumer de l'adhésion des citoyens à une autorité qui exerce ses pouvoirs en application de celle-ci. Ainsi, en France, même si le chef de l'État peut être (indirectement) désavoué lors des élections législatives, il reste néanmoins en place (cf. les « cohabitations »).

⇒ La Constitution, expression d'une philosophie politique

Une Constitution n'est pas seulement un ensemble de procédures. À travers son texte, s'exprime une vision de la société, un projet politique. Ainsi, lorsque

la Constitution de 1958 précise que la France est une « république indivisible, laïque, démocratique, et sociale » (art. 1), cela n'est pas neutre politiquement. Mais c'est surtout dans les déclarations des droits que s'exprime la philosophie d'un régime politique.

Ainsi, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 exprimait une philosophie individualiste visant à protéger les individus contre les interventions de l'État. Il faut attendre le Préambule de la Constitution de 1946 pour que s'ajoutent aux droits individuels des droits économiques et sociaux (le Préambule de la Constitution de 1958 fait référence aux deux textes).

On s'est longtemps interrogé sur la valeur juridique réelle des préambules et des déclarations. L'existence d'un contrôle de constitutionnalité des lois dans les démocraties modernes a apporté une réponse claire à cette question : les règles contenues dans les déclarations des droits s'imposent au législateur (cf. notamment la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971, Liberté d'association).

⇒ La Constitution, statut des gouvernants

Toute société politique comporte un corps de règles, écrites ou non, destinées à fixer les modalités d'acquisition et d'exercice du pouvoir politique. Ces règles forment la Constitution.

Le but premier des Constitutions est d'organiser l'exercice du pouvoir. Étant le statut de l'État personne morale, la Constitution a pour rôle de déterminer qui aura qualité pour agir en son nom. Le rôle de la Constitution est de définir le statut des titulaires des fonctions définies par Montesquieu (nom et composition des organes, mode de désignation de leurs membres, durée de leur pouvoir...) et de déterminer, au moins dans ses grandes lignes, la procédure qu'ils devront suivre pour édicter valablement les normes qu'ils sont chargés d'édicter.

La Constitution règle en outre les rapports entre les différents organes qu'elle institue (responsabilité des ministres devant les Chambres, droit de dissolution...). C'est en fonction de ces règles que l'on appréciera la légalité de l'action des pouvoirs publics. La Constitution est ainsi un instrument de limitation du pouvoir. Une fois pris dans les formes constitutionnelles, les lois et règlements deviennent obligatoires pour tous, y compris pour leurs auteurs.

Les différents types de Constitution

⇒ Constitution matérielle et Constitution formelle

Au sens matériel, tout État a nécessairement une constitution, à savoir un ensemble de règles qui déterminent les conditions d'acquisition et d'exercice du pouvoir politique. En effet, Il existe toujours des règles coutumières, ou écrites, précisant qui peut gouverner et de quelle manière le faire.

En revanche, tout État n'a pas de Constitution au sens formel, à savoir un ensemble de règles ayant reçu une forme distincte. Un écrit est nécessaire, mais

il doit s'agir d'un texte spécial, rédigé par un organe spécifique, établi et modifié selon une procédure également particulière.

→ La combinaison des deux types de Constitution

Dans la plupart des cas, les deux définitions coïncident : les Constitutions formelles précisent les règles relatives à l'exercice du pouvoir. Cependant, certains États n'ont pas de Constitution au sens formel. Ainsi, la Grande-Bretagne n'a pas de texte particulier : les règles constitutionnelles peuvent résulter de la loi et être adoptées selon la procédure législative ordinaire.

Par ailleurs, des règles matériellement constitutionnelles peuvent ne pas figurer dans la Constitution formelle. Il en est ainsi souvent des modes de scrutin qui peuvent donc être modifiés par le législateur.

En outre, une Constitution formelle ne peut tout prévoir. Le constituant renvoie donc parfois à des lois organiques ultérieures le soin de préciser certains « détails ». Apparues sous la III^e République en France, les lois organiques ont été longtemps tenues au rang de lois ordinaires.

Toutefois, la V^e République, quant à elle, les place entre les lois ordinaires et la Constitution. Les délais de discussion et d'adoption sont désormais les mêmes que pour les lois ordinaires. Mais, contrairement à ces dernières, elles sont obligatoirement soumises au contrôle du Conseil constitutionnel. Elles ne peuvent contredire la Constitution, mais les lois ordinaires, quant à elles, ne peuvent ni les modifier, ni comporter des dispositions qui leur seraient contraires.

→ Constitution écrite et Constitution coutumière

- Les Constitutions coutumières

Les Constitutions coutumières sont fondées sur des précédents, des coutumes, qui n'ont jamais fait l'objet d'une adoption explicite par une instance quelconque (cas de l'Angleterre). Un tel système est plus souple et permet d'adapter le régime politique d'un État sans à-coups trop rudes, et sans avoir à recourir à des révisions constitutionnelles trop fréquentes et souvent difficiles à effectuer. Dans ce sens, l'existence d'une Constitution coutumière est une garantie de stabilité. Néanmoins, la plupart des pays adoptent des Constitutions écrites.

Traditionnellement, quatre conditions sont exigées pour que soit consacrée l'existence d'une coutume. Il faut d'abord qu'il y ait répétition d'une même pratique : un fait isolé ne saurait suffire. Ensuite, une constance sans faille dans cette pratique est exigée. Plusieurs faits en sens contraire la remettraient en question. En outre, la nouvelle pratique observée doit être claire et ne pas être sujette à plusieurs interprétations possibles. Enfin, pour devenir coutume, l'usage doit faire l'objet d'un consensus, d'une approbation générale du personnel politique et de l'opinion publique.

La majorité des auteurs admet la légalité de la coutume qui éclaire le texte de la Constitution et lui apporte des précisions. En revanche, la plupart des juristes contestent le principe qu'une coutume (négative) puisse contredire des disposi-

tions écrites du texte constitutionnel. En effet, ils estiment que les gouvernants remettent ainsi en cause la volonté du peuple constituant. Il n'empêche que la coutume modifie parfois de manière substantielle le fonctionnement d'un régime politique (cf. *infra*, par exemple, la dérive présidentialisée de la V^e République).

- Les Constitutions écrites

Le retentissement de l'expérience américaine au xviii^e siècle va permettre à l'écrit de s'imposer de façon quasi générale et irréversible. Celui-ci permet en effet d'éviter l'imprécision et l'incertitude des Constitutions coutumières. Toutefois, l'existence d'une Constitution écrite n'exclut pas la coutume. En effet, tout texte de loi contient nécessairement une part d'interprétation. La coutume permet ainsi de combler les lacunes éventuelles de la Constitution.

Dans la pratique, les coutumes constitutionnelles tiennent parfois une place considérable puisqu'elles peuvent aller jusqu'à modifier l'équilibre des pouvoirs voulu par le constituant (par exemple, transformation du régime parlementaire dualiste sous la III^e République en régime parlementaire moniste ; retour de la pratique des décrets-lois sous la IV^e République malgré l'interdiction constitutionnelle).