

Partie 1

Théorie du droit constitutionnel

Par Stéphane Caporal-Gréco

Présenter le droit constitutionnel comme la branche du droit public en rapport avec la constitution permet de déterminer l'objet du droit constitutionnel, mais la notion de constitution est elle-même sujette à d'infinies controverses. Aussi se bornera-t-on dans un premier temps à reprendre la définition du grand romaniste espagnol Alvaro d'Ors :

DÉFINITION « La forme stable par laquelle se structure un État avec un type déterminé de gouvernement s'appelle Constitution. »

Examinons les éléments de cette définition. D'abord, la structuration d'un État par une forme stable : dans les langues indo-européennes, la racine *st* exprime précisément la stabilité : on la retrouve dans les mots constitution, institutions, État – lequel s'écrivait autrefois Estat, ce dont diverses langues conservent la trace (*stato* en italien, *estado* en espagnol, *state* en anglais, *staat* en allemand, etc.). Ainsi, la constitution a pour fonction de donner forme à l'État et d'en assurer la stabilité par des institutions durables. Ensuite, le type de gouvernement. Gouverner, c'est étymologiquement tenir le gouvernail d'un bateau. Au sens large, le gouvernement est l'ensemble des institutions qui dirigent l'État. Dans un sens moderne, beaucoup plus restrictif, le gouvernement, formé des ministres, s'oppose au Parlement, assemblée de laquelle il est issu (régime parlementaire) et, aux États-Unis, il désigne l'administration fédérale qui dépend du président. Au sens large, un type déterminé de gouvernement est ce que l'on appelle classiquement un régime politique. Enfin, l'État : selon Alvaro d'Ors, il y a une corrélation entre constitution et État. Certes, certains groupements politiques ont eu une constitution sans être des États *stricto sensu*, étant eux-mêmes composés d'États ou de collectivités qui en revendiquaient le statut : Saint Empire romain germanique à partir de 1356, États-Unis d'Amérique jusqu'à la guerre de Sécession, Suisse jusqu'à la guerre du Sonderbund en 1848 ou Empire allemand (1871-1919). Pourtant, ces

exemples ne sont guère probants. D'une part, le mot constitution n'a pas le même sens selon qu'on a affaire à un État ou à un groupement d'États: dans le premier cas, c'est un acte unilatéral, dans le second, c'est une convention, un traité qui lie des États. D'autre part, l'histoire de ces groupements est marquée par leur volonté de s'affirmer comme des États à part entière en reléguant leurs composantes au rang de collectivités infra-étatiques: certains y ont échoué (Saint Empire), d'autres y ont pratiquement réussi (Suisse, États-Unis), souvent au terme d'une guerre. On examinera tour à tour l'État (Titre I) et le pouvoir dans l'État (Titre II).

Chapitre 1

L'État

Étudier l'État implique d'en passer en revue la notion (I), la constitution (II) et la forme (III).

I. La notion d'État

Parce que la notion d'État présuppose la notion de politique (Carl Schmitt), on doit élucider celle-ci (A) en préalable à l'étude des conditions d'existence de l'État (B) et de sa propriété qu'est la souveraineté (C).

A. La notion de politique

Dès l'Antiquité, des auteurs affirment l'irréductible essence du politique (1) et s'efforcent de dresser une typologie des régimes politiques (2).

1. L'essence du politique

REMARQUE Le mot d'Aristote: «l'homme est un animal politique» (*to zoon politikon*) signifie qu'on ne peut le concevoir qu'en société. L'homme isolé n'existe pas dans la nature. Ce n'est qu'avec Hobbes, Locke et surtout Rousseau, qu'on en viendra à imaginer la fiction du contrat social.

Politique, vient de *polis*, la cité qui donne aussi *politeia*, lequel désigne, d'une part, le politique en tant que phénomène d'organisation de la cité, toutes les institutions qui participent de cette organisation et que l'on appelle aujourd'hui constitution – au sens de *La Constitution d'Athènes* d'Aristote – et, d'autre part, la politique au sens actuel de vie politique. Les Romains ont traduit *politeia* par République (*res publica*, chose publique). Parce que gouverner c'est choisir (duc Gaston de Levis), le politique est affaire de décision mais, la décision politique étant spécifique, il faut en examiner les présupposés. D'abord, il n'y a pas de politique sans commandement et sans obéissance sauf à priver la décision de tout effet. Vient ensuite une autre distinction entre le public et le privé c'est-à-dire entre sphère publique et sphère privée. Si tout est privé, il n'y a pas de corps politique, mais si tout est public, on est dans un pur totalitarisme encore que même les régimes totalitaires ne parviennent pas à effacer complètement le privé et une part d'autonomie. Enfin, une dernière distinction oppose l'ami et l'ennemi: souvent accusée de ruiner l'espoir d'une humanité pacifiée, elle ne fait qu'exprimer le constat qu'on ne s'unit jamais

aussi bien que face à une menace. La question de l'ennemi n'est pas d'ordre moral : l'ennemi est celui qui menace les intérêts vitaux et l'existence même du groupe, peu importent ses intentions. C'est pourquoi, la guerre et la diplomatie sont, avec la justice et la police, au centre de la problématique de l'État.

2. Les régimes politiques

Au V^e siècle av. J.-C., Hérodote classe les régimes politiques en trois : la monarchie, gouvernement d'un seul, l'oligarchie, celui de quelques-uns, et la démocratie, celui de tous. Monarchie, de *monos* (un seul) et *arché* (origine, commandement, autorité, primauté) incarne la stabilité institutionnelle, le respect des grands principes et des anciennes lois : si l'autorité du monarque est incontestée, il ne peut pas pour autant faire n'importe quoi. Oligarchie, de *oligos*, petite quantité, laisse ouverte la question du critère de sélection du petit groupe appelé à gouverner. Enfin, démocratie de *demos*, peuple, et *cratos*, commandement fondé sur le fait d'être fort (Hérodote utilise aussi isonomie qui veut dire partage égal du pouvoir) comme pouvoir du peuple (par le vote ou le tirage au sort à Athènes) fait de chaque citoyen un gouvernant : c'est donc le plus exigeant des régimes.

REMARQUE La démocratie ne se confond pas avec la République laquelle a deux sens : 1° la chose publique comme objet de l'attachement des membres du corps politique par opposition à ceux qui ploient sous le joug d'un tyran et obéissent par peur. Au XVI^e siècle, Jean Bodin, dans *Les Six Livres de la République*, qualifie ainsi un État fondé sur la justice tel que le Royaume de France ; 2° le contraire de la royauté, car elle succéda au roi étranger qui opprimait Rome où il n'y eut plus jamais de roi par la suite. Ce sens resurgit avec la révolution d'Amérique jusqu'à faire oublier que République désigne d'abord un État libre (les Américains fondent une République, mais leur Sénat est aristocratique).

Platon distingue les régimes d'après leur principe : aristocratie (gouvernement des meilleurs, *aristoi*), timocratie, ploutocratie, démocratie (qu'il juge ignoble) et tyrannie, respectivement fondées sur l'honneur, les richesses, l'égalité, le seul désir et le gouvernement en dehors des lois. Pour Aristote, trois régimes, monarchie, aristocratie et République ou gouvernement constitutionnel (*politeia*), ont en vue l'intérêt commun, mais dégénèrent en tyrannie, oligarchie et démocratie. Enfin, Polybe en compte six : la royauté, acceptée par la raison, se dégrade en autocratie ou despotisme, l'aristocratie se pervertit en oligarchie matérialiste, la démocratie fondée sur l'égalité et la liberté, dégénère en ochlocratie, gouvernement par la populace, ou dominant les démagogues qui flattent tous les vices.

REMARQUE Pour empêcher les régimes de dégénérer on peut prendre ce qu'il y a de préférable dans chacun pour former un régime mixte ou recourir à l'institution de crise que le droit romain appelle dictature.

Sparte est le modèle du régime mixte : deux rois issus de deux dynasties (l'un fait la guerre, l'autre administre), une oligarchie de citoyens de plus de soixante ans (gérontes), élus à vie, la *gérousia*, et l'assemblée démocratique des citoyens qui s'appellent les égaux (*homoioi*). Mais la démocratie, ce sont les citoyens eux-mêmes, élevés rudement en commun dès l'âge de sept ans, servant dans l'armée jusqu'à soixante ans et résidant dans des communautés militaires égalitaires où la vie de famille est réduite. Rome aussi est un régime mixte : deux consuls, civil et militaire, un Sénat, oligarchie aristocratique, et des comices centuriates rassemblant annuellement les citoyens au champ de Mars pour élire et décider. Plus tard, on verra des régimes mixtes dans le Saint Empire, avec l'Empereur élu et le collège électoral aristocratique, et dans la monarchie française avec le roi, initialement élu par l'assemblée de la noblesse et des évêques (d'où le « Qui t'a fait roi ? » d'Adalbert de Périgord à Hugues Capet), l'aristocratie au sein du Conseil royal et la démocratie dans les États généraux. Ces thèses, vivement contestées par les légistes royaux, ressurgissent lors des grandes crises politiques (guerres de religion, Fronde, Révolution).

DÉFINITION La dictature est l'institution qui consiste à confier les pleins pouvoirs pour une durée limitée à un homme choisi comme dictateur afin qu'il sauve Rome lorsque celle-ci est gravement menacée de l'intérieur ou de l'extérieur.

L'exemple célèbre est Cincinnatus qui cultive son champ lorsqu'on vient lui proposer la dictature. En seize jours, il remporte la victoire et, après son triomphe, il retourne à sa charrue. Cette idée de salvation perdue sous l'Ancien Régime avec le « coup de majesté » : le roi peut user de tout moyen contre une menace que les règles et procédures habituelles ne peuvent écarter : assassinat (Henri III contre Henri de Guise, Louis XIII contre Concini), édit (de Louis XV sur la justice en 1771), etc. Jusqu'à nos jours, divers textes donnent la possibilité au chef de l'État de prendre des mesures adaptées au temps de crise : charte de 1814, Constitution allemande de Weimar de 1919 ou Constitution de 1958 (art. 16).

Le mot régime est chargé d'une ambiguïté que la théorie du régime mixte ne fait que renforcer. Comment classer ou définir un régime qui mêle des organes et des principes antagonistes ? Jean Bodin répond en distinguant forme d'État et forme de gouvernement.

REMARQUE Un régime monarchique (forme d'État) peut fonctionner démocratiquement (forme de gouvernement) ou inversement. Cependant, le mot régime peut aussi désigner le cas particulier de tel ou tel pays (régime britannique, régime de la V^e République), une classification propre au droit constitutionnel (régime parlementaire ou présidentiel), une manière de faire fonctionner les institutions (régime autoritaire) voire le projet de transformer l'humanité (régime totalitaire).

Normalement, un régime est censé avoir en vue le Bien commun qui dépasse l'intérêt personnel (saint Thomas d'Aquin) et repose sur la succession des générations et les notions de justice et d'équilibre. C'est le fondement de la légitimité et sont donc légitimes ceux qui parviennent au pouvoir conformément au droit et qui gouvernent en vue du Bien commun. Lorsqu'un gouvernement devient tyrannique, saint Thomas conseille de ne pas se révolter pour éviter d'envenimer la situation et de créer des injustices encore plus graves, mais si la tyrannie s'installe et devient la règle, alors on peut la combattre.

Pour aller plus loin

J. Freund. *L'essence du politique*, 1965, rééd. Dalloz, 2003; A. d'Ors, *Une introduction à l'étude du droit*, 1963, 8^e éd. 1999, tr. fr. A. Sériaux 2000; J.-C. Ricci, *Histoire des idées politiques*, 3^e éd. Dalloz, 2014; F. Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, PUF, Léviathan, 2000; C. Schmitt, *La dictature*, (1901), tr. fr. Seuil, 2000 et *La notion de politique* (1932), rééd. tr. fr. Flammarion, 2009; J.-F. Spitz, « Régime mixte », *Dictionnaire de philosophie politique*; Ph. Raynaud, S. Rials dir., PUF, Quadrige, 1996, p. 634-640.

B. Les conditions d'existence de l'État

Les conditions d'existence de l'État sont ses éléments constitutifs (1) et sa personnalité juridique (2).

1. Les éléments constitutifs de l'État

REMARQUE Pour qu'un État puisse naître, il faut un territoire pour y fixer un groupe humain et une organisation politique détentrice de la puissance publique.

a. Un territoire

Il n'y a pas d'État nomade : l'État apparaît avec la sédentarisation et l'ancrage territorial. Peu importe la dimension du territoire, lequel peut être gigantesque (Russie) ou minuscule (État de la Cité du Vatican : 44 hectares) dès lors qu'il est naturel (en revanche, une simple plate-forme servant à la domiciliation, telle *Sealand*, n'est pas un État). Les frontières délimitent le territoire national y compris l'espace aérien et ce que l'on appelle les eaux territoriales à 12 milles marins (environ 22,2 km) de la côte. La protection de son territoire étant une condition d'existence d'un État, d'après le droit international, celui-ci a le droit de s'opposer par la force à toute intrusion quels qu'en soient les motifs.

b. Un groupe humain spécifique

Une foule ne fait pas un État : le mot population est trop ambigu parce qu'il a une connotation démographique et peut inclure les étrangers. Les mots « peuple » et « nationaux », plus précis, conviennent parfaitement pour la plupart des États qui sont des États-nations (un État correspondant à une nation ou un peuple), mais pas pour tous, certains, dits multinationaux, pouvant comporter plusieurs

peuples : Autriche-Hongrie (1867-1918), Suède-Norvège (1814-1905), URSS, ex-Yougoslavie, Royaume Uni... Le mot « citoyens » est inapproprié, puisqu'il implique l'exercice de droits auxquels tous les nationaux n'ont pas accès tels les mineurs. Bien qu'il ait son sens en droit international, le mot idoine pourrait être « ressortissants », qui désigne ceux qui bénéficient de la protection diplomatique de leur État d'origine lorsqu'ils sont à l'étranger.

La question se pose de ce qui fait l'unité d'un État et d'une nation si l'on s'en tient à l'État-nation. L'ethnie, évidente dans les États à la composition homogène (Islande, Japon, Hongrie voire Empire romain germanique), est un peu plus relative dans d'autres comme la France où domine plutôt un substrat celto-germanique et romain. La langue, essentielle dans certains États (Allemagne), s'est imposée tardivement dans d'autres (en France, le français devient langue du droit en 1539 par l'édit de Villers-Cotteret et se répand au début du XX^e siècle) et est sans effet en Suisse qui compte quatre langues pour huit millions d'habitants (allemand, français, italien, romanche). La religion est un puissant vecteur d'unité (France catholique, Grèce et Russie orthodoxes) et la diversité peut ruiner l'État (guerres de religions, ex-Yougoslavie), mais certains États sont devenus pluri-religieux en conservant leur unité (Allemagne, Suisse).

REMARQUE L'unité est aussi affaire de psychologie et de volonté, comme le souligne l'effort pluriséculaire des capétiens pour unifier le royaume de France ou encore la citation de Renan : « Une nation est une âme, un principe spirituel. [...] une grande solidarité, constituée par le sentiment des sacrifices qu'on a fait et de ceux qu'on est disposé à faire encore. Elle suppose un passé : elle se résume pourtant dans le présent par un fait tangible : le consentement, le désir clairement exposé de continuer la vie commune ». On oublie parfois que, dans ce texte, Renan évoque avec raison l'inscription dans la succession des générations et ce qu'il qualifie d'hymne abrégé de toute patrie, le chant des guerriers de Sparte : « Nous sommes ce que vous fûtes, nous serons ce que vous êtes ». À sa suite, Barrès aperçoit la nation dans l'enracinement, « la terre et les morts », tandis que, tourné vers l'imagination, Malraux en cherche la force dans « la communauté des rêves ». On peut y voir un aspect de l'opposition entre nation ethnique, plutôt allemande, et nation civique, plutôt française, opposition relative car il y a le plus souvent dans le fait national un mélange de civisme et d'ethnicité.

c. Une organisation politique détentrice de la puissance publique

Avec que l'on appelle familièrement un gouvernement, des institutions politiques, l'État s'organise pour commander, rendre la justice et assurer la sécurité de ses membres. Weber écrit : « il faut concevoir l'État contemporain comme une communauté humaine qui, dans les limites d'un territoire déterminé – la notion de territoire étant une de ses caractéristiques –, revendique avec succès pour son propre compte le monopole de la violence physique légitime ».

La question de la légitimité est centrale : dans l'usage de la contrainte, ce qui distingue l'État d'un malfaiteur, c'est que l'action du premier est réputée légitime par hypothèse. C'est d'ailleurs pourquoi elle bénéficie du « privilège du préalable » en vertu de quoi ses décisions sont exécutoires de plein droit (Maurice Hauriou).

Mais la légitimité peut être contestée comme durant l'Occupation lorsque gouvernement de l'État français et gouvernement de la France libre s'accusent d'illégitimité et d'illégalité. À la Libération, l'ordonnance du 9 août 1944 portant rétablissement de la légalité républicaine en France métropolitaine proclame : « La forme du gouvernement est et demeure la République. En droit, celle-ci n'a pas cessé d'exister ». Elle conclut à la nullité des actes constitutionnels, législatifs ou réglementaires et arrêtés d'exécutions pris du 10 juin 1940 à la Libération, mais ajoute que la nullité doit être expressément constatée et énumère les matières concernées, ce qui permet *a contrario* de conserver les autres actes.

2. La personnalité juridique de l'État

REMARQUE L'État est une personne morale. Cette notion, issue du droit canonique, a inspiré le droit constitutionnel. Elle signifie que l'État est plus qu'une simple juxtaposition d'individus et de volontés sur un territoire et qu'il dépasse la vie de ses gouvernants.

L'école sociologique de Léon Duguit a critiqué cette notion accusée d'être une fiction destinée à légitimer les gouvernants et on connaît le « je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale » (Gaston Jèze) à quoi on a pu répondre « mais je l'ai souvent vue payer l'addition » (Jean-Claude Soyer). La personnalité juridique est peut-être une fiction, mais c'est une fiction nécessaire dans la réalité du droit pour décider au nom de l'État (ou de la nation) en vue du Bien commun. La nier, c'est admettre, par exemple, qu'un traité étant passé entre des individus ne lie donc pas les États. De plus, le pseudo-réalisme sociologique ne tient compte que des éléments matériels en oubliant qu'on n'agit pas uniquement par intérêt comme le montre la sociologie de Max Weber qui énumère les différentes formes de légitimité (traditionnelle, charismatique, rationnelle-légale).

REMARQUE La personnalité juridique implique l'unité et la continuité.

En France, l'unité de la nation, se fait d'abord autour du Roi, puis de la République ce qui permet à Péguy de célébrer : « la République une et indivisible, notre royaume de France ». La continuité de l'État est la continuité de sa personnalité. Sous la monarchie, elle se traduit par la théorie des deux corps du roi, corps physique périssable et corps mystique inaltérable, par l'adage « Le mort saisit le vif » soulignant la continuité dans la succession royale et par la formule qui annonce le décès du monarque : « Le roi est mort, vive le roi ». De même, protègent la continuité, des Lois fondamentales telles que la dévolution successorale du pouvoir royal par primogéniture masculine (la Loi salique), qui empêche le Royaume de tomber par mariage entre des mains étrangères, ou l'inaliénabilité du domaine royal. Enfin, en droit international, l'unité suppose une représentation unique et la continuité résiste aux changements de régime : les engagements restent valables de même que les sanctions.