

# QU'EST-ce que la Constitution ?

## TABLE DES MATIERES

I-La Constitution : un acte juridique écrit.....	2
<b>A-L'écriture de la Constitution .....</b>	<b>2</b>
1-L'expérience française.....	2
2-L'expérience récente en Tunisie.....	5
3-Les modalités d'exercice du pouvoir constituant originaire.....	6
<b>B-La révision de la Constitution.....</b>	<b>7</b>
1-L'expérience sous la V <sup>e</sup> République .....	7
2-Les modalités d'exercice du pouvoir constituant dérivé.....	7
<b>C-La Constitution, comme acte juridique vivant.....</b>	<b>8</b>
1-L'interprétation politique.....	9
2-L'interprétation juridictionnelle .....	9
II-La Constitution : un acte juridique fondateur .....	11
<b>A-La Constitution, fondement de l'organisation du pouvoir .....</b>	<b>11</b>
1-La détermination de la forme de gouvernement .....	11
2-La détermination de la forme de l'État .....	11
<b>B-La Constitution, fondement de l'ordre juridique .....</b>	<b>14</b>
<b>C-La Constitution, fondement de l'ordre social .....</b>	<b>12</b>
III-La Constitution : un acte juridique protégé.....	14
<b>A-La controverse entre Hans Kelsen et Carl Schmitt : gardien juridictionnel c/ gardien politique.....</b>	<b>14</b>
<b>B-La préférence pour un gardien juridictionnel de la Constitution.....</b>	<b>14</b>
GLOSSAIRE.....	16

L'ensemble des termes en vert et dotés d'un astérisque sont définis dans le glossaire se trouvant en fin de document

# I-La Constitution : un acte juridique\* écrit

La Constitution est un texte<sup>1</sup> qui peut être modifié. Du reste, « la Constitution est un acte vivant dont les énoncés, loin d'être sacralisés ou figés dans le temps de leur fondation, sont discutés et interprétés de manière continue »<sup>2</sup>.

## A-L'écriture de la Constitution

La question de l'écriture de la Constitution sera envisagée à travers l'expérience française, car l'histoire constitutionnelle a été marquée par des changements successifs de Constitutions, l'expérience tunisienne qui permet de montrer toute l'actualité du sujet et la présentation des modalités d'exercice du **pouvoir constituant originaire\***, c'est-à-dire du pouvoir chargé de rédiger la Constitution.

### 1-L'expérience française

#### Aperçu historique

En France, la première Constitution du [3 septembre 1791](#) est née dans le prolongement de la révolution française de 1789. Elle est précisément rédigée à la suite du serment du Jeu de Paume du 20 juin 1789 par lequel les députés du Tiers État, constitués en Assemblée nationale depuis le 17 juin 1789, « jurent de ne jamais [se] séparer (...), et de [se] réunir partout où les circonstances l'exigeront, jusqu'à ce que la Constitution du royaume soit établie et affermie sur des fondements solides ». Dès lors, par l'intermédiaire de ses représentants, le peuple maîtrise sa destinée sociale. À l'ordre imposé par le roi, succède l'ordre voulu par le peuple. Il y a là une « inversion du fondement, la substitution à un ordre sciemment instauré, à une norme définie et imposée par en en haut, d'une organisation spontanément constituée par en bas, selon des lois immanentes et objectives, indépendantes des intentions et des valeurs des individus particuliers »<sup>3</sup>.

Par la suite, « de 1789 à 1875, la France a vu surgir [treize constitutions écrites](#) (...) de sorte qu'en quatre-vingt-six ans la France a subi plus de quinze régimes politiques différents et généralement opposés. Leur succession ne s'est d'ailleurs point effectuée sans heurts : on peut compter au moins quatre révolutions, deux coups d'État et trois interventions de l'étranger. Il n'est pas exagéré de parler d'une "valse des Constitutions" »<sup>4</sup>.

#### Suggestion de lecture complémentaire

-Marc Guillaume, « Des cycles constitutionnels et de la VI<sup>e</sup> République », *Pouvoirs*, 1993, n° 65, pp. 111-128, [\[en ligne\]](#).

-« Quelle place la Constitution fait-elle au Président de la République ? », *Source : Conseil constitutionnel*, [\[en ligne\]](#).

-« Quel pouvoir donne l'article 16 de la Constitution au Président de la République ? », *Source : Conseil constitutionnel*, [\[en ligne\]](#).

-« Le Président est-il responsable », *Source : Conseil constitutionnel*, [\[en ligne\]](#).

-« Quel partage des pouvoirs entre le Président et le Premier ministre ? », *Source : Conseil constitutionnel*, [\[en ligne\]](#).

<sup>1</sup> « Les Constitutions coutumières sont aujourd'hui très peu nombreuses. Jusqu'à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle cependant, l'organisation politique des États était régie presque entièrement par la coutume. Les lois fondamentales du royaume de France par exemple étaient des règles coutumières. (...) Au cours du dernier quart du XVIII<sup>e</sup> siècle sont apparues les premières Constitutions écrites (...). Actuellement, parmi les grands États, il n'est guère que la Grande-Bretagne qui reste fidèle à la formule coutumière. Encore convient-il d'observer que la Constitution anglaise n'est et n'a toujours été que partiellement coutumière : elle comporte de nombreux documents écrits tels que la Grande Charte de 1215, la Pétition des droits de 1628, l'Act d'Habeas Corpus de 1679 qui ont très tôt protégé les sujets britanniques contre l'arbitraire monarchique, ou le Bill des droits de 1689, l'Act d'établissement de 1701, les Parliament Acts de 1911 et de 1949 qui organisent l'exercice du pouvoir (...) » : Bernard Chantebout, *Droit constitutionnel*, Dalloz, Sirey, 2015, p. 25.

<sup>2</sup> Dominique Rousseau, *Sur le Conseil constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie*, Descartes & Cie, coll. « Droit », 1997, p. 9.

<sup>3</sup> Marcel Gauchet, *La condition politique*, Gallimard, coll. TEL, 2005, p. 413.

<sup>4</sup> Maurice Duverger, *Les Constitutions de la France*, PUF, Que sais-je ?, 2004, pp. 34-35.

## L'importance du moment constituant de 1958

### *L'échec de la IV<sup>e</sup> République*

Les raisons de l'échec de la IV<sup>e</sup> République sont connues : à l'instabilité gouvernementale endémique<sup>5</sup>, se sont ajoutées « les tempêtes de la décolonisation »<sup>6</sup> avec la guerre d'Indochine, l'accession à l'indépendance de la Tunisie et du Maroc en 1956 ainsi que la « guerre d'Algérie » – expression officiellement admise en 1999<sup>7</sup>.

Les événements insurrectionnels du 13 mai 1958 vont précipiter le retour au pouvoir du Général de Gaulle. À la tribune du Conseil de la République (nom donné à la chambre haute par la Constitution du 27 octobre 1946), le ministre de la Justice, garde des Sceaux, relate ces événements en ces termes : « Le 13 mai, à Alger, une manifestation s'est produite qui a dégénéré en émeute. Les émeutiers ont pris d'assaut le siège du gouvernement général, qu'ils ont saccagé. Dans les heures qui ont suivi, il a été constitué un organisme, dit comité de salut public, comprenant certaines personnes qui semblent avoir une part de responsabilité dans les événements que je viens d'évoquer. Le Général Massu a accepté de présider ce comité. D'après les informations qui me sont parvenues, le Général Massu aurait agi avec le souci d'éviter de nouveaux excès et de contribuer au rétablissement de l'ordre en maintenant un lien avec l'autorité légale. (...) Le 13 mai, à une heure du matin, M. Félix Gaillard, qui exerçait (...) les pouvoirs de président du Conseil, a chargé télégraphiquement le Général Salan (...) de maintenir l'ordre dans le département d'Alger et d'assurer la protection des personnes et des biens. Le Général Massu s'est placé sous l'autorité du Général Salan »<sup>8</sup>.

Le 15 mai 1958, le Général Salan s'adresse au comité de salut public, puis à la foule en lançant un appel au Général de Gaulle : « Vive la France ! Vive l'Algérie française ! Vive le Général de Gaulle ! ». Le même jour, dans un communiqué, le Général de Gaulle se dit « prêt à assumer les pouvoirs de la République »<sup>9</sup>.

Finalement, le 29 mai 1958, le Président de la République, René Coty, nomme le Général de Gaulle, président du Conseil, après que Pierre Pflimlin a démissionné la veille. Le 1<sup>er</sup> juin 1958, l'Assemblée nationale investit le Général de Gaulle à la présidence du Conseil avec 329 voix pour et 224 contre. Ce gouvernement a deux missions : régler la question algérienne et, à cette fin, il dispose temporairement des « pleins pouvoirs afin d'être en mesure d'agir dans les conditions d'efficacité, de rapidité, de responsabilité que les circonstances exigent »<sup>10</sup> et rédiger une nouvelle Constitution qui sera proposée au pays par la voie du référendum<sup>11</sup>.

### Suggestion de lectures complémentaires

- « La Constitution de la V<sup>e</sup> République : comment est-elle née ? », *Source : Conseil constitutionnel*, [\[en ligne\]](#).
- « La Constitution de la V<sup>e</sup> République est promulguée », *Source : Gouvernement*, [\[en ligne\]](#).
- « La crise du 13 mai 1958 », *Source : Sénat*, [\[en ligne\]](#).

### *La « pré-Constitution »<sup>12</sup> du 3 juin 1958*

Par dérogation aux dispositions de l'article 90 de la Constitution de 1946 qui organisent une procédure de révision complexe, la [loi constitutionnelle du 3 juin 1958](#) autorise le Gouvernement du Général de Gaulle à rédiger une nouvelle Constitution dans le respect de certaines conditions de fond et de forme ([Voir Figure 1](#)). Au cours des débats parlementaires, la loi constitutionnelle du 3 juin 1958 a pu être rapprochée de la loi constitutionnelle du 10 juillet 1940<sup>13</sup>. Toutefois, comme le relève alors le député Paul Coste-Floret, « la différence essentielle qui existe entre

<sup>5</sup> « Alors que les gouvernements de la III<sup>e</sup> duraient en moyenne neuf mois, ceux de la IV<sup>e</sup> ne tiennent en moyenne que six ! » : Louis Favoreu et alii., *Droit constitutionnel*, Dalloz, Précis, 22<sup>e</sup> éd., 2020, p. 607.

<sup>6</sup> Jean-François Muracciole, « La conférence de Brazzaville et la décolonisation : le mythe et la réalité », *Espoir*, n° 152, juin 2017, [\[en ligne\]](#).

<sup>7</sup> Loi n° 99-882 du 18 octobre 1999 relative à la substitution, à l'expression « *aux opérations effectuées en Afrique du Nord* », de l'expression « *à la guerre d'Algérie ou aux combats en Tunisie et au Maroc* ».

<sup>8</sup> Robert Lecourt, in compte rendu des débats du Conseil de la République, séance du 16 mai 1958, p. 868, [\[en ligne\]](#).

<sup>9</sup> Charles de Gaulle, communiqué du 15 mai 1958, [\[en ligne\]](#).

<sup>10</sup> Charles de Gaulle, discours d'investiture du 1<sup>er</sup> juin 1958, [\[en ligne\]](#).

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> Olivier Beaud, « Le Conseil constitutionnel et le traitement du Président de la République : une hérésie constitutionnelle », *Jus Politicum*, n° 9, [\[en ligne\]](#).

<sup>13</sup> À la suite de l'armistice, la Chambre des députés et le Sénat (à l'exception de cinquante-sept députés et vingt-trois) « donne(nt) tous pouvoirs au gouvernement de la République, sous l'autorité et la signature du Maréchal Pétain, à l'effet de promulguer par un ou plusieurs actes une nouvelle Constitution de l'État français. Cette constitution devra garantir les droits du travail, de la famille et de la patrie ».

la loi de Vichy et le projet du Gouvernement, c'est que la loi de Vichy a consenti au Gouvernement de la République, sous l'autorité et la signature du Maréchal Pétain, une délégation directe de pouvoir, tandis que le projet du Gouvernement modifie, dans les formes prévues par la Constitution en vigueur, la procédure de révision pour permettre la promulgation d'un texte constitutionnel nouveau »<sup>14</sup>.

## FIGURE 1 LES CONDITIONS À RESPECTER POUR L'ÉLABORATION DE LA CONSTITUTION DE 1958

Les conditions de fond	Les conditions de forme
<p>La loi constitutionnelle du 3 juin 1958 pose cinq conditions :</p> <p>« 1° Seul le suffrage universel est la source du pouvoir. C'est du suffrage universel ou des instances élues par lui que dérivent le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif ;</p> <p>« 2° Le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif doivent être effectivement séparés de façon que le Gouvernement et le Parlement assument chacun pour sa part et sous sa responsabilité la plénitude de leurs attributions ;</p> <p>« 3° Le Gouvernement doit être responsable devant le Parlement ;</p> <p>« 4° L'autorité judiciaire doit demeurer indépendante pour être à même d'assurer le respect des libertés essentielles telles qu'elles sont définies par le Préambule de la Constitution de 1946 et par la Déclaration des droits de l'Homme à laquelle il se réfère ;</p> <p>« 5° La Constitution doit permettre d'organiser les rapports de la République avec les peuples qui lui sont associés ».</p>	<p>Le texte élaboré par le Gouvernement doit être :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- soumis à « l'avis d'un comité consultatif ou siègent notamment des membres du Parlement désignés par les commissions compétentes de l'Assemblée nationale et du Conseil de la République ».</li> <li>- arrêté en Conseil des ministres, après avis du Conseil d'État.</li> <li>- soumis au référendum.</li> <li>- être promulgué par le Président de la République dans les huit jours de son adoption.</li> </ul>

### Suggestion de lectures complémentaires

- « Naissance d'une Constitution, dans les archives de la V<sup>e</sup> République », Source : Sénat, [\[en ligne\]](#).
- Christophe Chabrot, « Ceci n'est pas une Constitution », *Revue française de droit constitutionnel*, 2010, n° 82, p. 264, [\[en ligne\]](#)

### L'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958

La Constitution de 1958 a vu le jour en un temps record : en seulement un mois et 26 jours, soit du 3 juin 1958 au 29 juillet 1958, l'avant-projet de Constitution est rédigé par un groupe d'experts réuni sous la direction de Michel Debré, garde des Sceaux. Au cours de ce travail d'écriture, le général de Gaulle apparaît comme « le vrai maître de l'entreprise »<sup>15</sup>. Il s'entretient d'ailleurs régulièrement avec Michel Debré pour fixer les grandes orientations. Le 14 août 1958, le comité consultatif constitutionnel rend son avis sur l'avant-projet de Constitution. Du 21 au 28 août 1958, le Conseil d'État examine l'avant-projet de Constitution, lequel a fait l'objet de quelques modifications dont certaines tirent les conséquences de l'avis du comité consultatif constitutionnel. Le 3 septembre 1958, le texte du projet de Constitution est arrêté en conseil des ministres. Le 4 septembre 1958 (date anniversaire de la proclamation de la République en 1870<sup>16</sup>), le Général de Gaulle présente aux Français le projet de Constitution sur la place de la République. Le 28 septembre 1958, le projet de Constitution est soumis au peuple par voie référendaire. Il est approuvé avec 82,60 % de « oui »<sup>17</sup>. Le 4 octobre 1958, la Constitution est promulguée par le Président de la République, René Coty. Le 5 octobre 1958, la Constitution est publiée au Journal Officiel.

Pour mettre en place les institutions de la V<sup>e</sup> République, l'article 91 de la Constitution du 4 octobre 1958 – abrogé par [la révision du 4 août 1995](#)<sup>18</sup> – prévoyait un délai de quatre mois à compter du 4 octobre 1958. En raison de ce bref

<sup>14</sup> Paul Coste-Floret, *in* compte rendu des débats de l'Assemblée nationale, 2<sup>ème</sup> séance du 2 juin 1958, JOAN, p. 2622, [\[en ligne\]](#).

<sup>15</sup> Jean-Marie Denquin, *1958 : La genèse de la V<sup>e</sup> République*, PUF, 1988, Paris, p. 192.

<sup>16</sup> Voir la page dédiée sur le site internet du Gouvernement, [\[en ligne\]](#).

<sup>17</sup> « Tableau récapitulatif des référendums de la V<sup>e</sup> République », Source : *Conseil constitutionnel*, [\[en ligne\]](#).

<sup>18</sup> Art. 14 de la loi constitutionnelle n° 95-880 du 4 août 1995 portant extension du champ d'application du référendum, instituant une session parlementaire ordinaire unique, modifiant le régime de l'inviolabilité parlementaire et abrogeant les dispositions relatives à la Communauté et les dispositions transitoires.

délai, le Gouvernement a été autorisé à légiférer par voie d'**ordonnance**\*. Au total, ce sont 321 ordonnances qui ont été édictées « formant ainsi l'ossature juridique du nouveau régime »<sup>19</sup>.

#### Suggestion de lectures complémentaires

- « Naissance de la Constitution de 1958 », *Source : Élysée*, [en ligne].
- « Anniversaire de la Constitution de 1958 », *Source : Conseil d'État*, [en ligne].
- Didier Maus, « De Gaulle et l'écriture de la Constitution », in Isabelle Chave et Nicole Even (dir.), *Charles de Gaulle et la République*, Publication des Archives nationales, 2016, [en ligne].

#### La mise en place des institutions de la V<sup>e</sup> République

Parallèlement à ce travail de production juridique, les premières élections de la V<sup>e</sup> République sont organisées : élections des députés les 23 et 30 novembre 1958<sup>20</sup>, du Président de la République le 21 décembre 1958<sup>21</sup> (le Général de Gaulle devient le premier Président de République de la V<sup>e</sup> République) et des sénateurs le 26 avril 1959<sup>22</sup>.

Finalement, parmi la quinzaine de Constitutions qu'a connue la France, la Constitution du 4 octobre 1958 se caractérise par sa durée exceptionnelle : elle fête cette année ses soixante-deux ans. Dans à peine trois ans, « la III<sup>e</sup> République perdra (...) la médaille d'or de la durée, et la Constitution de 1958 passera de la deuxième à la première place sur le podium »<sup>23</sup>.

Au frontispice de la Constitution en vigueur se trouve la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, qui a été la prémisse de l'ensemble d'un ordre constitutionnel en France. À l'échelle internationale, ce catalogue de droits a été, après la *Magna Carta* anglaise de 1215 ou la Constitution américaine de 1787, l'un des tout premiers textes à traduire concrètement l'idée même d'une Constitution.

## 2-L'expérience récente en Tunisie

Après les « révolutions arabes », la priorité tunisienne a été de rédiger une nouvelle Constitution. « Cela montre l'importance, pour une société qui se re-constitue, du moment constituant »<sup>24</sup>. **Promulguée**\* le 27 janvier 2014, la [Constitution tunisienne](#) se présente elle-même dans son préambule comme une condamnation de la « tyrannie » et une « réponse » à « la Révolution de la liberté et de la dignité, Révolution du 17 décembre 2010 - 14 janvier 2011 ». La Constitution prévoit que « la Tunisie est un État civil » (art. 2, al. 1<sup>er</sup>) et que « l'Islam est sa religion » (art. 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>). Dans ce cadre, « l'État protège la religion, garantit la liberté de croyance, de conscience et de l'exercice des cultes. Il assure la neutralité des mosquées et des lieux de culte de l'exploitation partisane. L'État s'engage à diffuser les valeurs de modération et de tolérance et à protéger le sacré et empêcher qu'on y porte atteinte. Il s'engage également à prohiber et empêcher les accusations d'apostasie, ainsi que l'incitation à la haine et à la violence et à les juguler » (art. 6).

L'article 22 de la Constitution prévoit que « le droit à la vie est sacré » de sorte qu'« il ne peut y être porté atteinte, sauf dans des cas extrêmes fixés par la loi ». Ici, l'adhésion des constituants tunisiens aux standards internationaux et européens de protection des droits de l'Homme est patente (cf., en particulier, l'article 2 de la [Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales](#)).

L'article 23 de la Constitution est consacré à « la dignité de l'être humain ». Cet article fait peser sur l'État à la fois des obligations positives – « protège(r) la dignité de l'être humain et son intégrité physique » – et des obligations négatives – « la torture morale ou physique » est interdite.

Les constituants ont entendu conforter la place de la femme dans la société. L'article 46 de la Constitution mérite d'être cité *in extenso* :

<sup>19</sup> Louis Favoreu *et alii.*, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 612.

<sup>20</sup> Au regard des résultats de ces élections, Maurice Duverger relève que le « renouvellement des cadres politiques, en dehors de la poussée proprement gaulliste, en marge de l'engouement pour "le parti du général", est peut-être le fait majeur du scrutin » : Maurice Duverger, « Des cadres neufs ? », *Le Monde*, 5 décembre 1958.

<sup>21</sup> Cf. *supra*, la note de bas de page n° 8.

<sup>22</sup> Les gaullistes n'ont pas confirmé leur succès à ces élections qui ont même « offert leur revanche à des députés battus en novembre, et notamment à MM. Edgar Faure, Gaston Defferre, François Mitterrand, Édouard Bonnefous et Jacques Duclos ». En outre, les résultats « ont confirmé la stabilité d'un corps électoral essentiellement composé de maires et de conseillers municipaux » : voir Pierre Viannson-Ponté, « Le Sénat de la V<sup>e</sup> République ressemblera beaucoup à celui de la IV<sup>e</sup>. Radicaux, Modérés et surtout M.R.P. progressent », *Le Monde*, 28 avril 1959.

<sup>23</sup> Olivier Duhamel, « 60 ans : les secrets d'une durée exceptionnelle », in *Rapport d'activité du Conseil constitutionnel 2018*, [en ligne].

<sup>24</sup> Dominique Rousseau, « L'objet de la Constitution, ce n'est pas l'État, mais la société », *Critique*, 2012/5 (n° 780), p. 441.

- « L'État s'engage à protéger les droits acquis de la femme et veille à les consolider et les promouvoir. « L'État garantit l'égalité des chances entre l'homme et la femme pour l'accès aux diverses responsabilités et dans tous les domaines.
- « L'État s'emploie à consacrer la parité entre la femme et l'homme dans les assemblées élues.
- « L'État prend les mesures nécessaires en vue d'éliminer la violence contre la femme ».

#### Suggestion de lecture complémentaire

-Rafaâ Ben Achour, « La Constitution tunisienne du 27 janvier 2014 », *Revue française de droit constitutionnel*, 2014/4, n° 100, [\[en ligne\]](#).

### 3-Les modalités d'exercice du pouvoir constituant originaire

D'un point de vue juridique, le pouvoir constituant originaire se présente comme un pouvoir souverain, soit, pour reprendre l'expression du professeur Georges Burdeau, « un pouvoir initial, autonome et inconditionné »<sup>25</sup>.

Toutefois, certaines contraintes peuvent peser sur l'écriture de la Constitution. Par exemple, [la loi constitutionnelle du 3 juin 1958](#) a confié au Gouvernement du Général de Gaulle le pouvoir de rédiger une nouvelle Constitution tout en précisant les conditions de fond et de procédure à respecter (voir la page dédiée sur le site internet de l'Assemblée nationale, [\[en ligne\]](#)). Du reste, une Constitution est toujours rédigée dans un contexte sociopolitique donné qui laisse souvent son empreinte sur le texte. Par exemple, le précédent de Louis Napoléon Bonaparte, « le poids de l'outre-mer, l'hostilité parlementaire, le spectre d'une possible victoire communiste un jour étaient autant de raisons qui avait dissuadé »<sup>26</sup> les constituants de 1958 de prévoir l'élection du Président de la République au suffrage universel direct<sup>27</sup>. Par exemple encore, la consécration des [pouvoirs exceptionnels du Président de la République](#) par l'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958 s'explique par le « souvenir du désastre de 1940 »<sup>28</sup>. Par ailleurs, les modes d'élaboration de la Constitution peuvent être plus ou moins démocratiques en fonction de la place qui est reconnue au peuple et à ses représentants.

#### Figure 2 : LES MODES D'ÉLABORATION des Constitutions

<sup>25</sup> Georges Burdeau, *Traité de science politique*, tome IV, extrait du chapitre III : Le pouvoir constituant, 1969.

<sup>26</sup> Guy Carcassonne, *La Constitution introduite et commentée*, préface de Georges Vedel, éd. du Seuil, 2011, § 126.

<sup>27</sup> Initialement, sous la V<sup>e</sup> République, le chef de l'État était élu au suffrage universel indirect par un collège de grands électeurs (voir, l'art. 6 de la Constitution du 4 octobre 1958 dans sa version initiale, [\[en ligne\]](#)). C'est la [révision constitutionnelle du 6 novembre 1962](#) qui institue l'élection du Président de la République au suffrage universel direct (SUD). La première élection au SUD est organisée les 5 et 19 décembre 1965 : elle est remportée par le Général de Gaulle.

<sup>28</sup> Guy Carcassonne, *La Constitution introduite et commentée*, *op. cit.*, § 31.

Mode démocratique	Mode intermédiaire	Mode autoritaire
<p>Le peuple, ou l'assemblée qui le représente, est étroitement associé à la procédure. La rédaction du texte constitutionnel est confiée à une assemblée constituante élue (également appelée</p> <p>EXEMPLES :</p> <p>-Convention) et, dans la formule la plus démocratique, la ratification finale nécessite une approbation populaire par voie de <i>référendum*</i>.</p> <p>Élaboration par une assemblée constituante élue :</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Constitution des États-Unis d'Amérique (Convention de Philadelphie de 1787) ;</li> <li>- Constitution italienne du 27 décembre 1947 ;</li> <li>- Constitutions françaises de 1791, 1793, 1848 ou 1946 (celles de 1793 et 1946 ayant en outre été ratifiées par référendum).</li> </ul>	<p>Le peuple n'est associé qu'à certaines phases de la procédure. La rédaction du texte constitutionnel peut être confiée à une commission ou à un comité, le peuple ou l'assemblée élue n'ayant finalement qu'à ratifier ou non le projet qui lui est soumis.</p> <p>EXEMPLES</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Constitution française du 22 août 1795 (Directoire), rédigée par une commission et approuvée par l'assemblée constituante ;</li> <li>- Constitution du 4 octobre 1958, rédigée par le Gouvernement du Général de Gaulle assisté d'un comité consultatif constitutionnel, et soumise au peuple par référendum avant <i>promulgation*</i>.</li> </ul>	<p>Le rôle du peuple est extrêmement limité sinon nul, la Constitution lui étant imposée par un pouvoir politique autoritaire.</p> <p>EXEMPLES</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Charte du 4 juin 1814, concédée unilatéralement ou « octroyée » à ses « sujets » par le roi Louis XVIII, c'est-à-dire imposée au peuple et à la représentation nationale ;</li> <li>- Charte du 14 août 1830 qui fut, selon un mode moins autoritaire, le fruit d'un pacte conclu entre le roi Louis-Philippe et les députés. On parle de Charte « négociée ».</li> </ul>

Source : Pauline Türk, *Principes fondamentaux de droit constitutionnel*, Lextenso, Gualino, 2019, pp. 70-71.

### Suggestion de lecture complémentaire

-Alexandre Viala, « Limitation du pouvoir constituant, la vision du constitutionnaliste », *Civitas Europa*, 2014, n° 32, [en ligne](#).

## B-La révision de la Constitution

**Le pouvoir constituant dérivé\***, c'est-à-dire le pouvoir habilité à réviser la Constitution, est un pouvoir nécessaire, car « une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures »<sup>29</sup>. Ce constat ne fait aucun doute pour qui contemple l'histoire de la V<sup>e</sup> République tant les révisions ont été nombreuses. Toutefois, la nécessité de garantir une certaine fixité de la Constitution se conçoit presque spontanément dans la mesure où, sans cette garantie, aucune société ne pourrait sans doute se réunir durablement sur des principes et règles essentiels à son organisation. C'est pourquoi après avoir rappelé l'expérience des révisions constitutionnelles sous la V<sup>e</sup> République, il faudra envisager les modalités d'exercice du pouvoir constituant dérivé.

### 1-L'expérience sous la V<sup>e</sup> République

Sous la V<sup>e</sup> République, deux constats peuvent être dressés. En soixante-deux ans, la Constitution de 1958 a été modifiée à vingt-quatre reprises, soit une moyenne de 2,5 révisions annuelles, à tel point que d'aucuns évoquent à ce propos une « banalisation » des révisions constitutionnelles. Le rythme des révisions s'est accéléré. En effet, alors que de 1958 à 1991, la Constitution a connu seulement cinq révisions, elle en a connu dix-neuf de 1992 à aujourd'hui. Par-delà ces aspects quantitatifs, les révisions constitutionnelles ont eu principalement pour objet :

- Les pouvoirs exécutif et législatif.** On voudra citer la [révision du 6 novembre 1962](#) qui institue l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, la [révision du 2 octobre 2000](#) qui réduit de sept à cinq ans la durée du mandat présidentiel ou la [révision du 23 juillet 2008](#) qui limite, par exemple, les conditions dans lesquelles le Gouvernement peut engager sa responsabilité sur le vote d'un texte (art. 49, al. 3, de la Constitution).
- Les juridictions.** Par exemple, la [réforme du 29 octobre 1974](#) a permis à soixante députés ou soixante sénateurs de déférer une loi – votée par le Parlement, mais non encore promulguée – au Conseil constitutionnel. Par exemple encore, deux révisions (cf. les révisions de [1993](#) et [2008](#)) ont réformé le **Conseil supérieur de la magistrature\*** et la révision de [2008](#) a institué la **question prioritaire de constitutionnalité\*** (cf. la révision).
- La construction européenne.** En particulier, à la faveur de la [révision constitutionnelle du 25 juin 1992](#) dont l'un des objets a été de permettre la ratification du traité de Maastricht, l'Europe est entrée dans la Constitution. Un nouveau

<sup>29</sup> Expression issue de l'art. 28 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen qui précède la Constitution du 24 juin 1793, [en ligne](#).

titre intitulé « *Des communautés européennes et de l'Union européenne* » a alors été inséré dans la Constitution. Modifié à cinq reprises par la suite, ce titre désormais intitulé « *De l'Union européenne* » (titre XV) est composé actuellement de sept articles ([art. 88-1 à 88-7](#)).

#### Suggestions de lectures complémentaires

- « Quand la Constitution a-t-elle été modifiée ? », source : *Conseil constitutionnel*, [\[en ligne\]](#).
- « La construction européenne », source : *Conseil constitutionnel*, [\[en ligne\]](#).

## 2-Les modalités d'exercice du pouvoir constituant dérivé

S'agissant des modalités d'exercice du pouvoir constituant dérivé, au moins deux enjeux peuvent être identifiés. Le premier enjeu concerne le degré de fixité de la Constitution. « Cette fixité peut être souhaitée maximale en consonance avec la "fondamentalité" attachée à la Constitution (...). Cette fixité peut être souhaitée relative, de manière à faciliter l'adaptation de la Constitution aux évolutions politiques, économiques et sociales. Cette alternative est traduite dans le langage du droit savant par la distinction entre les Constitutions rigides (*rigid Constitution*) et les Constitutions souples (*flexible Constitution*) selon que la modification ou la suppression de la Constitution est assortie ou non à des difficultés procédurales ou de fond particulièrement élevées à une étape ou à plusieurs étapes du processus constituant (au stade de l'initiative de la modification ou de la suppression, au stade de la délibération publique de la modification ou de la suppression envisagée, au stade de l'adoption finale de la modification ou de la suppression envisagée). Cette distinction renvoie cependant plutôt à des idéaux-types puisqu'à la faveur de certains paramètres politiques, certaines Constitutions réputées "rigides" peuvent néanmoins avoir été considérablement modifiées (...) alors que des Constitutions réputées "souples" peuvent avoir été plus fixes en fait »<sup>30</sup>. Sous la V<sup>e</sup> République, la révision de la Constitution est subordonnée au respect de strictes conditions énumérées à l'article 89 de la Constitution. Il en résulte que, pour modifier la Constitution, un consensus politique est nécessaire. Faute d'un tel consensus, plusieurs tentatives de révision ont avorté. Par exemple, la réforme du quinquennat a d'abord été abandonnée le 24 octobre 1973<sup>31</sup> par le Président de la République, Georges Pompidou, avant d'être finalement adoptée par la [révision du 2 octobre 2000](#). Du reste, certaines limites – matérielles ou temporelles – restreignent l'exercice du pouvoir constituant dérivé. D'une part, une limite matérielle interdit de revenir sur la forme républicaine du Gouvernement<sup>32</sup>. D'autre part, des limites temporelles interdisent de réviser la Constitution « Lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire »<sup>33</sup>, durant les situations d'empêchement ou de vacance de la présidence de la République<sup>34</sup>, en période d'application des pouvoirs exceptionnels de l'article 16 de la Constitution<sup>35</sup>

#### Suggestion de lecture complémentaire

- « Peut-on modifier la Constitution du 4 octobre 1958 ? », source : *Conseil constitutionnel*, [\[en ligne\]](#).

Le second enjeu concerne le contrôle des révisions de la Constitution, c'est-à-dire le contrôle de constitutionnalité des **lois constitutionnelles\***. En France, le Conseil constitutionnel refuse d'exercer un tel contrôle faute de disposition de la Constitution lui attribuant une telle compétence<sup>36</sup>.

#### Suggestion de lecture complémentaire

- Armel Le Divellec, Anne Levade, Carlos Miguel Pimentel, « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles - Avant-propos », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 27, 2010, [\[en ligne\]](#).

<sup>31</sup> Dans un entretien accordé à M. Georges Suffert, le Président de la République, Georges Pompidou, déclare renoncer à convoquer le Congrès en ces termes : « Parlons d'abord du Congrès (...). Il est bien évident qu'en ce moment, et pour des raisons, hélas, qui n'ont pas toujours affaire au sujet lui-même, tant s'en faut, il y a une bonne chance pour qu'il nous manque quelques voix pour atteindre cette fameuse majorité des trois cinquièmes. Auquel cas la réforme serait votée par tout le monde, par toutes les Assemblées tout au moins, et, néanmoins, elle serait enterrée. C'est pourquoi je n'ai pas l'intention, actuellement, de convoquer le Congrès et je n'ai pas l'intention d'entrer dans les négociations et les marchandages pour essayer de décider un tel ou un tel à modifier le vote qu'il a émis dans son Assemblée en première lecture » Voir *Le Monde*, 27 octobre 1973.

<sup>32</sup> Art. 89, al. 5, de la Constitution du 4 octobre 1958.

<sup>33</sup> Art. 89, al. 4, de la Constitution du 4 octobre 1958.

<sup>34</sup> Dernier alinéa de l'art. 7 de la Constitution du 4 octobre 1958.

<sup>35</sup> Cons. const., décision n° [92-312 DC](#) du 2 septembre 1992, *Traité sur l'Union européenne*, cons. 19

<sup>36</sup> Cons. const., décisions n° [62-20 DC](#) du 6 novembre 1962, *Loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct*, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962, cons. 5 et [2003-469 DC](#) du 26 mars 2003, *Révision constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République*, cons. 2.

## C-La Constitution, comme acte juridique vivant

« Un texte n'est pas sui-référentiel, il ne se suffit jamais à lui-même, il n'est pas entièrement "là", il lui manque toujours quelque chose et sa portée relève peu ou prou d'une lecture mise en avant par l'interprète lui-même qui, intervenant sur les mots, vient en élucider (...) l'une des significations possibles »<sup>37</sup>. Aussi, le texte constitutionnel est-il ce que ses interprètes en font. Pour schématiser, deux types d'interprétation peuvent être distingués : l'interprétation politique et l'interprétation juridictionnelle.

### 1-L'interprétation politique

« La vie des Constitutions se traduit par une tension dialectique constante entre droit et politique, entre la norme écrite dans sa forme la plus solennelle et son "invention", sa réinterprétation par les acteurs politiques »<sup>38</sup>. Deux exemples peuvent illustrer ce point de vue.

A l'occasion de la première cohabitation, s'est posée la question de la signature des ordonnances de l'article 38 de la Constitution (il s'agit des ordonnances qui permettent au Gouvernement, en vertu d'une habilitation législative, de prendre des mesures qui relèvent normalement du domaine de la loi). Le premier alinéa de l'article 13 de la Constitution de 1958 prévoit que « le Président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en Conseil des ministres ». Dès lors, le Président était-il dans une situation de compétence liée ou disposait-t-il d'un pouvoir discrétionnaire ? En pratique, en 1986, le Président de la République, François Mitterrand, a refusé par trois fois de signer des ordonnances.

Le premier alinéa de l'article 8 de la Constitution dispose que « le Président de la République nomme le Premier ministre. Il met fin à ses fonctions sur la présentation par celui-ci de la démission du Gouvernement ». La simple lecture de ces dispositions ne permet pas de savoir si le chef de l'État peut ou non révoquer le chef du Gouvernement. Pourtant les Présidents successifs ont toujours considéré qu'ils disposaient du droit de mettre fin aux fonctions de leur Premier ministre (sauf en période de cohabitation évidemment, car s'ouvrirait alors une crise de régime).

### 2-L'interprétation juridictionnelle

Dans l'exercice de leur office, les juridictions doivent nécessairement interpréter la Constitution. « Le Conseil constitutionnel a (...) été conduit à dégager des principes de valeur constitutionnelle qui, sans figurer en toutes lettres dans le texte du Préambule ou de la Constitution, en ont été déduits »<sup>39</sup>. Par exemple, le Conseil a consacré le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation en se fondant sur la première phrase du Préambule de la Constitution de 1946 selon laquelle « au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés »<sup>40</sup>. Il a dégagé l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de l'environnement, patrimoine commun des êtres humains, à partir des dispositions du préambule de la Charte de l'environnement<sup>41</sup>. Il a considéré que « la liberté » proclamée par l'article 2 de la Déclaration de 1789 (« Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté,

<sup>37</sup> Pierre Legrand, « Comment les juges de la Cour suprême des États-Unis (se) fabriquent des Constitutions : à propos de l'affaire Heller », *Les Cahiers de la Justice*, 2010/1, n° 1, p. 101.

<sup>38</sup> Yves Mény, « Les conventions de la Constitution », *Pouvoirs*, n° 59, 1989, p. 60, [en ligne].

<sup>39</sup> Comité présidé par Simone Veil, *Redécouvrir le Préambule de la Constitution*, La documentation française, 2008, p. 24, [en ligne].

<sup>40</sup> Cons. const., décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, cons. 2.

<sup>41</sup> Cons. const., décision n° 2019-823 QPC du 31 janvier 2020, *Union des industries de la protection des plantes (Interdiction de la production, du stockage et de la circulation de certains produits phytopharmaceutiques)*, § 4.

la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ») implique le droit au respect de la vie privée et, en particulier, de l'inviolabilité du domicile<sup>42</sup>.

Pour le Conseil d'État, « la Constitution est (...) devenue une source directe de principes et de normes [qu'il] a interprétés, fait vivre et opposés aux autorités administratives (...) »<sup>43</sup>. Par exemple, à partir du Préambule de la Constitution de 1946, le Conseil d'État « n'a pas (...) hésité à qualifier de principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, la liberté d'association, dès 1956<sup>44</sup>, puis sous la V<sup>ème</sup> République, le principe de laïcité<sup>45</sup> ou l'interdiction d'autoriser une extradition pour un motif politique<sup>46</sup> »<sup>47</sup>.

---

<sup>42</sup> Voir, en dernier lieu, Cons. const., décision [2019-772 QPC](#) du 5 avril 2019, *M. Sing Kwon C. et autre (Visite des locaux à usage d'habitation par des agents municipaux)*, § 8.

<sup>43</sup> Jean-Marc Sauvé, « Le Conseil d'État et la Constitution », intervention prononcée le 25 avril 2017 à l'occasion du déjeuner du Cercle des constitutionnalistes, [en ligne](#).

<sup>44</sup> CE, Ass., 11 juillet 1956, *Amicale des Annamites de Paris*, n° [26638](#).

<sup>45</sup> CE, 6 avril 2001, *Syndicat national des enseignants du second degré*, n° [219379](#).

<sup>46</sup> CE, Ass., 3 juillet 1996, *Koné*, n° [169219](#).

<sup>47</sup> Jean-Marc Sauvé, « Le Conseil d'État et la Constitution », *op. cit.*

# II-La Constitution : un acte juridique fondateur

## A-La Constitution, fondement de l'organisation du pouvoir

La Constitution est au fondement de l'organisation du pouvoir en ce qu'elle détermine la forme de gouvernement et la forme de l'État.

### 1-La détermination de la forme de gouvernement

L'idée de la séparation des pouvoirs est ancienne. Par exemple, Aristote (385 av. J.-C. – 323 av. J.-C.) a écrit : « dans tout gouvernement, il y a trois parties essentielles (...). Quand ces trois parties sont bien ordonnées, le gouvernement va nécessairement bien (...). La première de ces trois parties est celle qui délibère sur les affaires de l'État. La deuxième comprend toutes les magistratures ou pouvoirs constitués, c'est-à-dire, ceux dont l'État a besoin, leurs attributions et la manière d'y pourvoir. La troisième comprend les offices de judicature »<sup>48</sup>. Aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles, la séparation des pouvoirs a été théorisée par deux auteurs John Locke (1632-1704 ; *Traité du gouvernement civil* 1690) et Montesquieu (1689-1755 ; *De l'Esprit des lois* 1748). Elle apparaît comme la garantie de la liberté civile et politique<sup>49</sup>. La nécessité de séparer les pouvoirs a reçu une traduction juridique à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 aux termes duquel : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

La séparation des pouvoirs est à l'origine d'une classification des formes de gouvernement. De façon classique, on distingue deux régimes :

-**Le régime parlementaire** qui est apparu au XVIII<sup>e</sup> siècle en Angleterre (et au XIX<sup>e</sup> siècle en France). Ce régime se caractérise essentiellement par l'existence du droit de *dissolution\** et de la *motion de censure\**. En d'autres termes, les pouvoirs exécutif et législatif peuvent réciproquement se détruire. Cette logique parlementaire s'exprime à travers cette formule « tu me renverses, je te dissous ».

-**Le régime présidentiel** qui est apparu aux États-Unis au XVIII<sup>e</sup> siècle. Ce régime se caractérise essentiellement par l'absence du droit de dissolution et de la motion de censure. En cas de conflit entre les pouvoirs exécutif et législatif, « le Président, pour le résoudre, dispose d'armes telles que le veto ou la promulgation d'office »<sup>50</sup>.

La V<sup>e</sup> République est un régime semi-présidentiel<sup>51</sup> ; « le caractère semi-présidentiel résult[ant] du fait que le Président de la République est élu au suffrage universel mais que le gouvernement reste responsable devant l'Assemblée nationale »<sup>52</sup>. En pratique, à la logique « logique institutionnelle » qui renvoie au « face-à-face du Parlement et de l'exécutif, chacun détenant une légitimité et des prérogatives propres », se superpose une « logique politique avec deux camps qui s'opposent dans un rapport de force »<sup>53</sup> : la majorité et l'opposition.

#### Suggestion de lecture complémentaire

-« La séparation des pouvoirs », *source : Conseil constitutionnel*, [en ligne].

-Jean-Marc Sauvé, « La justice dans la séparation des pouvoirs », intervention prononcée à l'occasion des deuxièmes entretiens du Jeu de Paume organisés par le Château de Versailles et l'Université de tous les savoirs, 2011, [en ligne].

-Michel Troper, « À quoi sert la séparation des pouvoirs. Le point de vue de la théorie du droit », *Titre VII*, n° 3, 2019, [en ligne].

<sup>48</sup> Aristote, *Politique*, trad. du grec par Charles Millon, chez Artaud Librairie, 1803, tome 2, p. 67.

<sup>49</sup> Selon l'art. 19 de la [Constitution de 1848](#), la séparation des pouvoirs est « la première condition d'un gouvernement libre ».

<sup>50</sup> Michel Debré, discours du 27 août 1958 devant le Conseil d'État.

<sup>51</sup> L'expression a été forgée par le professeur Maurice Duverger.

<sup>52</sup> Maurice Duverger, « Un régime semi-présidentiel », *Le Monde*, 26 novembre 1969.

<sup>53</sup> Éric Thiers, « La majorité contrôlée par l'opposition : pierre philosophale de la nouvelle répartition des pouvoirs », *Pouvoirs*, 2012, n° 143, p. 62, [en ligne].

## 2-La détermination de la forme de l'État

La Constitution détermine la forme de l'État. Trois formes d'État peuvent être distinguées :

### L'État unitaire

Cet État « ne comporte, sur son territoire, qu'une seule organisation juridique et politique dotée des attributs de la **souveraineté**\*. Par exemple, sur le fondement de l'article 61, alinéa 2, de la Constitution, le Conseil constitutionnel peut-être saisi par le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés afin de contrôler la constitutionnalité d'une loi votée par le Parlement, mais non encore promulguée<sup>54</sup>.

Les collectivités territoriales (communes, départements, régions, collectivités à statut particulier), composantes de l'État, ne constituent qu'une modalité de l'organisation administrative. Elles n'existent que par l'État et elles n'apparaissent pas dans l'ordre politique. Notamment, elles ne disposent d'aucun pouvoir législatif, contrairement aux régions italiennes ou aux communautés autonomes espagnoles. L'État unitaire peut faire l'objet de deux types d'aménagement, qui ne sont d'ailleurs pas exclusifs l'un de l'autre, la France les pratiquant tous deux.

-La déconcentration, qui consiste pour l'État à déléguer des pouvoirs de décision des autorités centrales (ministères) à des autorités locales nommées par lui (préfets, recteurs...), lesquelles restent néanmoins soumises au pouvoir hiérarchique ministériel ; la décentralisation qui consiste à transférer des pouvoirs de décision de l'État vers d'autres personnes morales de droit public, essentiellement les collectivités territoriales, lesquelles sont administrées par des autorités élues et soumises à **un simple contrôle de légalité**\*.

-La décentralisation, telle qu'elle est pratiquée en France, ne conduit pas à une véritable division du pouvoir normatif au sein de l'État. L'autonomie des collectivités locales est de nature administrative, et non politique »<sup>55</sup>. Depuis la [révision constitutionnelle du 28 mars 2003](#) relative à l'organisation décentralisée de la République, le premier alinéa de l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution de 1958 prévoit que « la France est une République indivisible » et que « son organisation est décentralisée ».

### L'État fédéral

Il s'agit d'« un État composé d'autres États (les États fédérés). Il superpose des collectivités étatiques distinctes et réalise ainsi une véritable division verticale du pouvoir : à l'étage supérieur se situe l'État fédéral (le "super- État") et à l'étage inférieur les États fédérés. Ces derniers ont des appellations variables : Provinces au Canada, Cantons en Suisse, Länder en Allemagne ou en Autriche ou tout simplement États au Brésil ou aux États-Unis. La Fédération de Russie est quant à elle composée de 83 "sujets". (...) Le fédéralisme est aujourd'hui la forme étatique la plus répandue parmi les grands États où il s'est avéré relativement efficace. États-Unis, Canada, Mexique, Brésil, Argentine, Allemagne, Inde, Australie, Nigeria notamment ont opté pour ce modèle. Seule la Chine, parmi les grands États fait figure d'exception. Mais des États moins étendus ont également choisi la forme fédérale : Autriche, Allemagne, Belgique (depuis 1993), Malaisie, Venezuela, Émirats Arabes Unis... »<sup>56</sup>.

### L'État régional dénommé aussi « État autonome » ou « État des autonomies »

Il « se situe dans une position intermédiaire entre l'État unitaire classique (comme la France) et l'État fédéral. (...) C'est un modèle que l'on a dégagé à partir des systèmes italien, espagnol, portugais (le régionalisme y étant limité à Madère et aux Açores) et belge (avant la transformation de la Belgique en État fédéral en 1993) (...). Ce type d'État se caractérise par la reconnaissance d'une réelle autonomie politique reconnue au profit des entités régionales et notamment d'un pouvoir normatif autonome. À cet égard, il correspond à la prise en compte de certaines spécificités, qu'elles soient ethniques, culturelles, linguistiques, religieuses, et il se rapproche de l'État fédéral. Mais, à la différence de ce dernier, la structure étatique reste unitaire »<sup>57</sup>.

#### Suggestion de lecture complémentaire

« La décentralisation », source : *Conseil constitutionnel*, [\[en ligne\]](#).

<sup>54</sup> Georges Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 2005)

<sup>55</sup> Louis Favoreu et alii., *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 525.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 471.

<sup>57</sup> *Ibid.*, pp. 505-506.



## B-La Constitution, fondement de l'ordre juridique

« Nul n'y peut rien : il faut penser avec, après, ou contre Kelsen »<sup>58</sup>. En ce sens, on doit au juriste autrichien Hans Kelsen (1881-1973) la représentation de l'ordre juridique sous la forme d'une pyramide avec au sommet la Constitution : « l'ordre juridique n'est pas un système de **normes juridiques\*** placées toutes au même rang, mais un édifice à plusieurs étages (...), une pyramide ou hiérarchie formée (pour ainsi dire) d'un certain nombre d'étages ou de couches de normes juridiques. Son unité résulte de la connexion entre éléments qui découle du fait que la validité d'une norme qui est créée conformément à une autre norme repose sur celle-ci ; qu'à son tour, la création de cette dernière a été elle aussi réglée par d'autres, qui constituent à leur tour le fondement de sa validité (...) »<sup>59</sup>. Dans cette représentation pyramidale, la Constitution constitue le fondement de la validité de l'ordre juridique.

La Constitution du 4 octobre 1958 « se situe au sommet de l'ordre juridique interne »<sup>60</sup>. C'est dire que la primauté reconnue aux traités sur les lois ne vaut pas à l'égard de la Constitution. Plusieurs raisons justifient cette conception de la hiérarchie des normes :

- « En premier lieu, la lettre de la Constitution imposait cette lecture des rapports entre traité et Constitution (...). L'article 55 de la Constitution n'accorde aux "traités et accords régulièrement ratifiés ou approuvés une autorité supérieure" que par rapport "aux lois". Par ailleurs, l'article 54 de la Constitution établit une hiérarchie favorable à la Constitution puisqu'il prévoit qu'un traité contraire à la Constitution ne peut être ratifié : ce n'est pas la Constitution qui est contrainte de s'adapter au traité à travers une révision, mais le traité qui ne peut être ratifié. Le dernier mot appartient au pouvoir constituant. S'il refuse d'intervenir pour modifier la Constitution afin de permettre la ratification du traité, celui-ci restera, au moins pour la France, lettre morte (...).
- « En deuxième lieu, "La Constitution est par nature supérieure à toutes les normes juridiques dont elle détermine elle-même la valeur"<sup>61</sup>. (...) Certains commentateurs doutent (...) que la Constitution puisse valablement placer le droit international au-dessus d'elle-même. Le principe de la supériorité d'une norme ne saurait en effet dépendre de l'énoncé d'une norme de rang inférieur (...). Selon cette analyse, il est radicalement impossible à la Constitution de se placer au-dessous du droit international, sauf à admettre l'existence de préceptes de droit naturel qui lui seraient supérieurs et qu'elle serait censée transcrire.
- « En troisième et dernier lieu, (...) dans l'ordre juridique international comme dans l'ordre communautaire en particulier, un État ne saurait utilement se prévaloir de sa Constitution pour se soustraire à ses engagements internationaux. Mais "le principe fondamental en droit international de la prééminence de ce droit sur le droit interne" (cf. avis de la Cour internationale de justice du 26 avr. 1988, Accord de siège États-Unis - ONU) ne s'impose que dans l'ordre juridique international. La dualité des ordres juridiques (...) explique ce paradoxe apparent »<sup>62</sup>.

### Suggestion de lecture complémentaire

-Otto Pfersmann, Recension de (François Ost et Michel Van de Kerchove) *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *Revue internationale de droit comparé*, 2003, vol. 55, p. 730 [\[en ligne\]](#).

## C-La Constitution, fondement de l'ordre social

« Une Constitution n'est pas seulement un texte "technique" ; elle est ce miroir magique qui fait advenir la figure du citoyen qu'elle expose dans ses valeurs. L'état de nature ne connaît pas le citoyen mais l'être humain pris dans ses déterminations sociales - sexe, âge, profession, religion, revenus... - qui font apparaître nécessairement les différences, les inégalités de fait dans la répartition du capital économique, culturel, symbolique. Si les sociétés en

<sup>58</sup> Denys de Béchillon, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État*, thèse pour le doctorat en droit, Université de Pau, 1993, p. 7.

<sup>59</sup> Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. française de la 2<sup>e</sup> édition de la « *Reine Rechtslehre* » par Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, p. 299.

<sup>60</sup> Cons. const., décision n° [2004-505 DC](#) du 19 novembre 2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, cons. 10. Voir, dans le même sens, CE, ass., 30 octobre 1998, [Sarran et Levacher](#) et Cass., ass. plén., 2 juin 2000, [Mlle Fraisse](#).

<sup>61</sup> B. Stirn, Les sources constitutionnelles du droit administratif, *LGDJ*, 1995, p. 26

<sup>62</sup> Christine Maugué, « L'arrêt Sarran, entre apparence et réalité », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 7 (Dossier : La hiérarchie des normes), décembre 1999, [\[en ligne\]](#).

restaient à ce moment-là, elles produiraient une représentation d'elles-mêmes où l'inégalité des conditions aurait la place centrale en ce qu'elle fonderait et le principe de regroupement des hommes et le fondement légitime des règles. La fonction magique d'une Constitution est, précisément, de faire passer de l'état de nature à l'état civil, de transformer les êtres humains en citoyens par la grâce des valeurs communes qu'elle énonce »<sup>63</sup>. Sous ce regard, la Constitution est au fondement de l'ordre social, lequel repose essentiellement sur les droits et libertés constitutionnellement garantis et sur les symboles de la République reconnus par la Constitution.

#### Suggestions de lectures complémentaires

- « Qu'est-ce que la Constitution ? À quoi sert-elle ? », *source : Conseil constitutionnel*, [\[en ligne\]](#).
- « Quels sont les symboles de l'État prévus par la Constitution ? », *source : Conseil constitutionnel*, [\[en ligne\]](#).
- « La conception de l'individu », *source : Conseil constitutionnel*, [\[en ligne\]](#).
- « Comment la Constitution garantit-elle les droits ? », *source : Conseil constitutionnel*, [\[en ligne\]](#).
- « Comment la Constitution protège-t-elle la laïcité ? », *source : Conseil constitutionnel*, [\[en ligne\]](#).
- « L'interdiction de la peine de mort », *source : Conseil constitutionnel*, [\[en ligne\]](#).

---

<sup>63</sup> Dominique Rousseau, « Éloge du droit en général et de la Constitution en particulier », *Libération*, 3 avril 2016, [\[en ligne\]](#).

# III-La Constitution : un acte juridique protégé

Dans les années 1930, une controverse a opposé Hans Kelsen (1881-1973) et Carl Schmitt<sup>64</sup> (1888-1985) à propos de la nature du gardien de la Constitution. Doit-il s'agir d'un gardien juridictionnel ou d'un gardien politique ? Aujourd'hui, la thèse kelsénienne s'est imposée.

## A-La controverse entre Hans Kelsen et Carl Schmitt : gardien juridictionnel c/ gardien politique

Carl Schmitt rejette l'idée d'un gardien juridictionnel de la Constitution. Il considère que confronter la loi à la Constitution est une question éminemment politique. Il affirme que, « de ce fait, à la place d'un tribunal avec son apparence de "juridictionnalité", une instance politique décide plus honnêtement, comme un "Sénat" à la façon des Constitutions napoléoniennes qui prévoyaient "un Sénat conservateur" pour protéger la Constitution »<sup>65</sup>.

En revanche, pour Hans Kelsen, le gardien de la Constitution doit être un juge. En ce sens, la fonction de la juridiction constitutionnelle « ressemble à celle de tout autre tribunal en général ; elle est principalement application, dans une faible mesure seulement création du droit ; elle est par suite véritablement juridictionnelle »<sup>66</sup>.

### Suggestion de lecture complémentaire

- Nicolò Zanon, « La polémique entre Hans Kelsen et Carl Schmitt sur la justice constitutionnelle », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1989, pp. 177-189, [en ligne].

## B-La préférence pour un gardien juridictionnel de la Constitution

Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, indépendant de l'autorité politique, s'est imposé comme une garantie de **l'État de droit**\*

En France, l'institution de la **justice constitutionnelle**\* a été tardive. En effet, jusqu'en 1958<sup>67</sup>, « aucun régime n'a accepté l'idée d'un pouvoir judiciaire capable de faire contrepoids au pouvoir législatif ; serviteur de la loi, le juge, dans la tradition française, ne saurait en être le censeur. C'est bien l'idée qu'exprimait Jean-Jacques Rousseau lorsqu'il écrivait, (...) dans *Le Contrat social* : "Un peuple est toujours maître de changer ses lois, même les meilleures, car s'il lui plaît de se faire mal à lui-même, qui est-ce qui a le droit de l'en empêcher ?" »<sup>68</sup>. La V<sup>e</sup> République marque ainsi l'avènement de la justice constitutionnelle à travers l'institution du Conseil constitutionnel qui fait l'objet des dispositions du titre VII de la Constitution du 4 octobre 1958. La justice constitutionnelle française peut être rattachée au modèle européen qui se distingue du modèle américain (*cf. infra* la suggestion de lecture complémentaire). Par ailleurs, le chef de l'État est chargé de veiller au respect de la Constitution (art. 5, al. 1<sup>er</sup> de la Constitution). Aussi, le Président de la République peut-il saisir le Conseil constitutionnel afin qu'il vérifie la constitutionnalité des lois non

<sup>64</sup> Nul n'ignore que Carl Schmitt est un « *juriste sulfureux* », car « *en devenant le bras du grand responsable des affaires juridiques sous le nazisme, Hans Frank, il a directement participé à l'élaboration de cette législation nazie, dont on connaît les aberrations, dont la principale d'entre elles a été la "négarion juridique du juif"* » : Olivier Beaud, « Carl Schmitt, juriste nazi ou juriste qui fut nazi. Tentative de réexamen critique », *Droits*, 2004/2, pp. 208 et 2018.

<sup>65</sup> Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution* (1928), trad. de l'allemand par Liliyane Deroche, PUF, 1993, Paris, p. 257.

<sup>66</sup> Hans Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *Revue du droit public*, 1928, p. 197 et s.

<sup>67</sup> Sous la IV<sup>e</sup> République, apparaît le Comité constitutionnel qui n'avait qu'un rôle « *symbolique* », selon l'expression du Doyen Georges Vedel. Concernant le rôle du Comité constitutionnel, voir, par exemple, Manon Charpy, « Le Comité constitutionnel de la Constitution de la IV<sup>e</sup> République », *Jus Politicum*, n° 16, [en ligne].

<sup>68</sup> Damien Chamussy, « Présentation du Conseil constitutionnel à la fin de l'année 2007 », [en ligne].

encore promulguées (art. 61, al. 2, de la Constitution. Voir, par exemple, la **saisine\*** présidentielle du 9 mai 2020 concernant la loi prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions, [\[en ligne\]](#)).

Suggestion de lecture complémentaire

- Louis Favoreu, « Modèle européen et modèle américain de justice constitutionnelle », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1988, vol. IV, [\[en ligne\]](#).

# Glossaire

\***Acte juridique** : L'acte juridique se définit généralement comme l'« opération juridique consistant en une manifestation de la volonté ayant pour objet ou pour effet de produire une conséquence juridique. Ex : arrêté municipal édictant une réglementation de police ; décision nommant un fonctionnaire ; (...) » (Georges Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 2005).

\***Contrôle de légalité** : Le dernier alinéa de l'article 72 de la Constitution impose que le représentant de l'État, c'est-à-dire le préfet, soit en mesure de connaître la teneur des actes des collectivités territoriales au moment où ils sont rendus exécutoires et puisse, s'il y a lieu, saisir sans délai la juridiction administrative (Cons. const., décision n° [82-137 DC](#) du 25 février 1982, *Loi relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions*, n° 7). Saisi par la voie du déferé préfectoral, le juge administratif contrôle alors la légalité de ces actes : il vérifie si ces actes respectent le droit.

\***Dissolution** : Il s'agit de « l'acte par lequel l'exécutif met fin au mandat d'une assemblée parlementaire avant son terme normal, provoquant ainsi des élections anticipées » (Daniel Hochedez, *in* Olivier Duhamel et Yves Mény, *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992).

\***État de droit** : L'État de droit peut se définir sommairement comme un État qui se soumet au droit. Plus précisément, « pour les auteurs allemands de la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> et des premières années du XX<sup>e</sup> siècle (Ihering, Jellinek), le Rechtsstaat (dont État de droit est la traduction littérale) est un dépassement de l'État de police. L'État de police symbolise la puissance de l'administration, alors que l'État de droit vise à subordonner l'action de l'État à des normes supérieures. Mais l'État s'affirmant simultanément comme le maître du droit (tant en ce qui concerne sa production que sa sanction), ces auteurs développent la thèse de l'autolimitation, c'est-à-dire du respect volontaire par l'État de la règle de droit qu'il a édictée : ne pas la respecter, ce serait "saper les fondements de son institution". Les auteurs français du début du XX<sup>e</sup> siècle ne se rallient pas tous à la thèse de l'autolimitation. Certes, depuis la Révolution, l'idée de la soumission de l'État au droit est acquise (elle était déjà sous-jacente dans plusieurs institutions de l'Ancien Régime), et le paragraphe introductif de la Déclaration des droits de l'Homme en porte témoignage, mais, pour différentes raisons, cette soumission s'arrête à la loi et ne remonte pas à la Constitution. La philosophie de la loi qu'exprime l'article 6 de la DDHC, ainsi que la méfiance du juge judiciaire, expliquent que, selon des voies d'ailleurs plus ou moins détournées, on n'ira pas au-delà d'un simple contrôle de légalité de l'administration, exercé par un juge spécifique, le juge administratif. Carré de Malberg soulignera les insuffisances de cet État simplement légal et, rejoint par d'autres auteurs, plaidera pour l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité de la loi. Mais, s'agissant de la relation de l'État au droit, les auteurs français se partagent entre partisans de l'autolimitation comme Carré de Malberg et ceux qui recherchent un droit antérieur et extérieur à l'État comme Duguit et Hauriou. Quant à Kelsen, il supprime le dualisme entre l'État et le droit. Pour Kelsen, État et droit s'identifient. L'État est un ordre juridique hiérarchisé : chaque norme trouve le fondement de sa validité dans sa conformité à une norme supérieure, jusqu'à remonter à une norme fondamentale qui ne peut être que supposée puisqu'elle est extérieure à l'ordre juridique. (...) Si la question de la référence ultime (y a-t-il un au-delà du droit, et quel est-il ?) est ainsi en débat, trois idées s'imposent, qui peuvent être considérées comme autant de composantes d'un contenu minimum de l'État de droit, pour que règne le droit (le *rule of law*) :

- la limitation du pouvoir qui signifie que chaque organe du pouvoir exerce une compétence, et doit l'exercer en respectant les procédures prévues ;
- les actes du pouvoir sont hiérarchisés, ce qui permet de contrôler chaque acte en le rapportant aux actes qui lui sont supérieurs dans la hiérarchie ;
- chacun doit pouvoir s'adresser à un juge, et à un juge indépendant, pour faire valoir ses prétentions, y compris contre l'État lui-même : c'est le droit au recours » (Michel de Villiers et Armel Le Divellec, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Dalloz, Sirey, 2017).

\***Justice constitutionnelle** : La justice constitutionnelle désigne « la garantie juridictionnelle de la Constitution » (Hans Kelsen, *Revue du droit public*, 1928, pp. 197-257).

\***Loi constitutionnelle** : Sous la V<sup>e</sup> République, il s'agit de lois qui modifient la Constitution.

**\*Motion de censure :** « Cette procédure permet à une assemblée parlementaire de mettre en cause la responsabilité gouvernementale : l'adoption d'une motion de censure a pour effet de contraindre le gouvernement à démissionner » (Daniel Hochedez, in Olivier Duhamel et Yves Mény, *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992).

**\*Norme juridique :** « "Type concret ou formulation abstraite de ce qui doit être, en tout ce qui admet un jugement de valeur : idéal, règle, but, modèle suivant le cas". Cette citation du Vocabulaire technique et critique de la philosophie d'A. Lalande n'est pas transposable sans précaution en droit, mais elle exprime cependant une dimension essentielle de la règle de droit : la règle de droit prescrit, et la norme est le contenu de la prescription. "La loi ordonne, permet ou interdit" écrivait Portalis. L'expression de "hiérarchie des normes", d'utilisation très générale chez les juristes, doit donc s'entendre comme désignant une hiérarchie d'actes normatifs (Constitution, traité, etc.) » (Michel de Villiers et Armel Le Divillec, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Dalloz, Sirey, 2017).

**\*Ordonnance :** L'ordonnance désigne un acte pris par l'exécutif dans le domaine de la loi en vertu d'une habilitation constitutionnelle (voir la page dédiée sur le site internet du Gouvernement, [en ligne](#)). Aujourd'hui, quatre types d'ordonnances sont prévus par la Constitution. En ce sens, le Gouvernement peut :

- demander au Parlement, pour l'exécution de son programme, l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi (art. 38, alinéa 1<sup>er</sup>, de la Constitution).
- mettre en œuvre par ordonnance les dispositions du projet de loi de finances lorsque le Parlement ne s'est pas prononcé sur ledit projet dans un délai de soixante-dix jours (art. 47, alinéa 3, de la Constitution).
- mettre en œuvre par ordonnance les dispositions du projet de loi de financement de la sécurité sociale lorsque le Parlement ne s'est pas prononcé sur ledit projet dans un délai de cinquante jours (art. 47-1, alinéa 3, de la Constitution).
- adapter les lois en vigueur (dans les matières relevant de la compétence de l'État) aux particularités des collectivités d'outre-mer et de la Nouvelle-Calédonie (art. 74-1 de la Constitution).

**\*Pouvoir constituant dérivé :** Il s'agit du pouvoir habilité à réviser la Constitution.

**\*Pouvoir constituant originaire :** Il s'agit du pouvoir chargé d'écrire la Constitution.

**\*Promulgation :** Il s'agit de la « déclaration officielle intervenant après l'élaboration d'une loi (ou parfois la signature d'un traité) qui préside à l'insertion de cet acte dans l'ordre juridique et conditionne son entrée en vigueur sous réserve de la publication à intervenir » (Georges Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 2005). En particulier, la Constitution du 4 octobre 1958 prévoit que « le Président de la République promulgue les lois dans les quinze jours qui suivent la transmission au Gouvernement de la loi définitivement adoptée » (art. 10, al. 1<sup>er</sup>). Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de préciser que la promulgation permet ainsi d'attester que « la loi a été régulièrement délibérée et votée » (Cons. const., décision n° [85-197 DC](#) du 23 août 1985, *Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*, cons. 15).

**\*Question prioritaire de constitutionnalité :** Instituée par la [révision constitutionnelle du 23 juillet 2008](#) à l'article 61-1 de la Constitution, la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2010. Cette voie de droit permet à tout justiciable, c'est-à-dire à toute personne qui est partie à un procès ou une instance, de soutenir qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit. Si les conditions de recevabilité de la question sont réunies, il appartient au Conseil constitutionnel, saisi sur renvoi par le Conseil d'État ou la Cour de cassation, de se prononcer et, le cas échéant, d'abroger la disposition législative (Le guide pratique de la QPC, *source : Conseil constitutionnel*, [en ligne](#)).

**\*Référendum :** « Procédé par lequel le corps des citoyens est appelé à exprimer par une votation populaire son avis ou sa volonté à l'égard d'une mesure » (Julien Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, 1947, p. 431).

**\*Saisine :** « Action de porter devant un organe une question sur laquelle celui-ci est appelé à statuer » (Georges Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, Quadrige, 2005). Par exemple, sur le fondement de l'article 61, alinéa 2, de la

Constitution, le Conseil constitutionnel peut être saisi par le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs afin de contrôler la constitutionnalité d'une loi votée par le Parlement, mais non encore promulguée.

**\*Séparation des pouvoirs :** Le principe de la séparation des pouvoirs a valeur constitutionnelle puisqu'il est consacré par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 aux termes duquel « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Classiquement, la séparation des pouvoirs est conçue comme « la première condition d'un gouvernement libre » (art. 19 de la [Constitution de 1848](#)) (« La séparation des pouvoirs », *Source : Conseil constitutionnel, [en ligne]*).