

LMD

collection

COURS

DROIT CONSTITUTIONNEL

6^e édition

CONSEILS
DE MÉTHODES
SUJETS D'EXAMENS
ET EXERCICES
CORRIGÉS

Marie-Anne COHENDET

LGDJ

un savoir-faire de
lextenso

DROIT CONSTITUTIONNEL

CONSEILS DE MÉTHODES SUJETS D'EXAMENS ET EXERCICES CORRIGÉS

Marie-Anne COHENDET

Professeure à l'École de droit de la Sorbonne
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

6^e édition

Du même auteur

La Cohabitation, leçons d'une expérience, PUF, 1993.

Méthodes de travail en droit public, Montchrestien, 3^e éd., 1998.

Les épreuves en droit public, LGDJ, 4^e éd., 2009.

Pour une 6^e République écologique, avec D. BOURG (dir.), J. BETAÏLLE, L. BLONDIAUX, J.-M. FOURNIAU, B. FRANÇOIS, P. MARZOLF et Y. SINTOMER, O. Jacob, 2011.

Droit constitutionnel, coll. Focus, Montchrestien, 5^e éd., 2011.

Le président de la République, Dalloz, 2^e éd., 2012.

L'Assemblée citoyenne du futur. Inventer la démocratie du XXI^e siècle, avec F. AUGAGNEUR, L. BLONDIAUX, D. BOURG, J.-M. FOURNIAU, B. FRANÇOIS et M. PRIEUR, éd. Les liens qui libèrent, 2017.

Sciences et droits de l'homme (dir.) avec R. ENCINAS DE MUNAGORRI, A. BENSAMOUN et E. BROSSET, éd. Mare et Martin, 2017.

Une dose de proportionnelle, pourquoi, comment, laquelle?, M.-A. COHENDET, J. LANG, J.-F. LASLIER, F. SAWICKI et T. PECH, Terra Nova, 2017.

Le Référendum d'Initiative Citoyenne délibératif, L. BLONDIAUX, M.-A. COHENDET, M. FLEURY, B. FRANÇOIS, J. LANG, J.-F. LASLIER, Q. SAUZAY, F. SAWICKI, Terra Nova, 2019.

Droit de l'environnement, avec M. PRIEUR, J. BETAÏLLE, H. DELZANGLES, J. MAKOWIAK et P. STEICHEN, Précis Dalloz, 8^e éd., 2019.

Droit constitutionnel de l'environnement (dir.), éd. Mare et Martin, 2021.

La démocratie écologique. Une pensée indisciplinée, J.-M. FOURNIAU, L. BLONDIAUX, D. BOURG et M.-A. COHENDET (dir.), actes du colloque de Cerisy de 2019, éd. Hermann, 2022.



© 2023, LGDJ, Lextenso

1, Parvis de La Défense · 92044 Paris La Défense Cedex

www.lgdj-editions.fr

EAN : 9782275130514

ISSN : 1945-0450

Collection : Cours

Que soient ici remerciés ceux qui ont contribué à façonner ce cours, à savoir les étudiants qui l'ont suivi depuis un quart de siècle, et plus particulièrement ceux dont les copies ont été au moins partiellement reproduites dans ce livre (n° de paragraphe): Virginie Aubrée (1900), Olivier Baillet (785), Julie Cosnard (785), Gabin Dantec (1127), Clara Da Silva (787), Rachel Ganem (1452), Bertrand Joste (787), Elisa Jungers (1128), Estelle Lévy (1128), Marion Mathieu (785), Candy Ofime (1900), Alexandre Parinello (1760), Étienne-Rémy Plaute (787), Andrianina Ramanampisoa (787), Benjamin Rousse (1128), David Sabban (1452), Arthur Sonogo-Jarrige (1128), Marina Soyer (787), Clément Tavenard (1369), Clara Toubert (1902) et Tanya Valkova (787), avec mes regrets de n'avoir pas pu, faute de place, reproduire plus largement ces copies ou d'autres, qui étaient également très bonnes; les chargés de travaux dirigés qui m'ont successivement accompagnée dans cet enseignement depuis des années (dont bon nombre sont devenus maîtres de conférences ou professeurs), et en particulier ceux qui ont proposé de reproduire les sujets et/ou les corrigés retranscrits ci-dessous (toujours partiellement faute de place): Charles Bosvieux (104, 205, 206, 998), Pierre Bourdon (104, 206, 1173), Guillaume Fontanieu (104, 601 et 1173), Frédéric Ponsot (788) et Perrine Preuvost (332); Claire Scheppeler pour ses apports sur internet (28); Victor-Ulysse Sultra pour ses conseils sur l'organisation du travail (25-26); Marine Fleury pour son avis sur la Convention citoyenne sur le Climat (1827); ainsi que les collègues et amis qui m'ont éclairée de leurs conseils et en particulier ceux qui ont relu certains passages comme Charlotte Beaucillon, Jacques Chevallier, Bernard Dollez, Jean-Pierre Marguénaud, Régis Ponsard, Matthieu Quyolet, Xavier Souvignet et Lucie Sponchiado.

SOMMAIRE

Sommaire des séances de travaux dirigés: éléments de méthodologie et thèmes de la séance.....	8
Principales abréviations.....	11
Introduction.....	13

PREMIER SEMESTRE

DROIT CONSTITUTIONNEL GÉNÉRAL, PRINCIPES ET DÉCLINAISONS.....	33
----------------------------------------------------------------------	-----------

PARTIE I. UN DROIT PERFECTIONNÉ POUR LA DÉMOCRATIE	35
-----------------------------------------------------------------	-----------

TITRE I. L'AUTONOMIE DU PEUPLE POUR GARANTIR LES DROITS DE L'HOMME	37
---------------------------------------------------------------------------------	-----------

Chapitre I. D'où vient le pouvoir?.....	39
-----------------------------------------	----

Chapitre II. Qui fixe les règles du jeu?.....	67
-----------------------------------------------	----

Chapitre III. Qui gouverne?.....	95
----------------------------------	----

TITRE II. LA DIVISION DES POUVOIRS POUR FAIRE RÉGNER LE PEUPLE	141
-----------------------------------------------------------------------------	------------

Chapitre I. La séparation horizontale des pouvoirs dans l'équilibre légitimité-responsabilité-pouvoirs.....	143
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Chapitre II. Les autres formes de séparation des pouvoirs.....	209
----------------------------------------------------------------	-----

PARTIE II. UN DROIT DIVERSIFIÉ DANS LES DÉMOCRATIES	231
------------------------------------------------------------------	------------

TITRE I. LES PRINCIPAUX RÉGIMES POLITIQUES OU L'EXPANSION DE LA DÉMOCRATIE	235
-----------------------------------------------------------------------------------------	------------

Chapitre I. Des démocraties parlementaires en Europe.....	241
-----------------------------------------------------------	-----

Chapitre II. Des régimes et systèmes assez divers hors des régimes parlementaires d'Europe.....	319
----------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

TITRE II. L'HISTOIRE FRANÇAISE, OU LA DIFFICILE CONQUÊTE DE LA DÉMOCRATIE	353
----------------------------------------------------------------------------------------	------------

Chapitre I. 80 ans de régimes fluctuants, rarement démocratiques (1789-1870).....	357
-----------------------------------------------------------------------------------	-----

Chapitre II. La liberté et l'égalité: 80 ans de démocratie parlementaire hors un régime fasciste (1870-1958).....	379
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

DEUXIÈME SEMESTRE

LA V^E RÉPUBLIQUE, PALINODIES ET CONSTANCE 413

PARTIE I. DES SYSTÈMES POLITIQUES DÉSÉQUILIBRÉS 417

TITRE I. UN RÉGIME PARLEMENTAIRE, DEUX SYSTÈMES POLITIQUES 419

Chapitre I. Le régime politique et le système de variables déterminantes 421

Chapitre II. Des systèmes politiques fluctuants 437

Chapitre III. Une Constitution largement ineffective 457

TITRE II. LE DÉSÉQUILIBRE DES ORGANES 473

Chapitre I. Un président irresponsable le plus souvent surpuissant 475

Chapitre II. Un gouvernement puissant car responsable mais souvent asservi 527

Chapitre III. Un Parlement domestiqué 561

PARTIE II. LA QUÊTE D'UN ÉTAT DE DROIT DÉMOCRATIQUE 605

TITRE I. UN POUVOIR JURIDICTIONNEL EN VOIE DE DÉVELOPPEMENT 607

Chapitre I. Le Conseil constitutionnel, du « chien de garde de l'exécutif »
au juge constitutionnel 609

Chapitre II. Les autres juges, un rôle croissant de protecteurs
des droits de l'homme 679

TITRE II. UNE DÉMOCRATIE CONFORTÉE ? 701

Chapitre I. La recherche de perfectionnements de la démocratie 703

Chapitre II. Une séparation des pouvoirs diversifiée 727

Annexe. Constitution 747

Index sélectif 777

SOMMAIRE DES SÉANCES DE TRAVAUX DIRIGÉS: ÉLÉMENTS DE MÉTHODOLOGIE ET THÈMES DE LA SÉANCE

PREMIER SEMESTRE

Séance de travaux dirigés n° 1: Organisation du travail.....	21
Séance de travaux dirigés n° 2: La dissertation - Les droits de l'homme.....	57
Séance de travaux dirigés n° 3: L'exposé - La démocratie, la Constitution.....	90
Séances de travaux dirigés n° 4 et 5: Le jeu de rôle - La souveraineté, démocratie directe et indirecte.....	137
Séances de travaux dirigés n° 6 et 7: Le cas pratique - La séparation des pouvoirs et la classification des régimes.....	177
Séance de travaux dirigés n° 8: Le commentaire - Le contrôle de constitutionnalité.....	200
Séance de travaux dirigés n° 9: Les régimes parlementaires monoélectifs en Europe.....	290
Séance de travaux dirigés n° 10: Les régimes parlementaires biélectifs en Europe.....	294
Séance de travaux dirigés n° 11: Les États-Unis.....	345
Séance de travaux dirigés n° 12: Histoire constitutionnelle.....	397

DEUXIÈME SEMESTRE

Séance de travaux dirigés n° 1: La joute constitutionnelle - Correction de l'examen.....	431
Séance de travaux dirigés n° 2: Présentation générale de la V ^e République.....	441
Séance de travaux dirigés n° 3: Régimes et systèmes de la V ^e République.....	471
Séances de travaux dirigés n° 4 et 5: Le président de la République.....	519
Séance de travaux dirigés n° 6: Le gouvernement.....	554
Séances de travaux dirigés n° 7 et 8: Le Parlement.....	598
Séance de travaux dirigés n° 9: Le commentaire de décision - Le contrôle de constitutionnalité des lois.....	661
Séance de travaux dirigés n° 10: Le rôle des autres juges.....	696
Séance de travaux dirigés n° 11: La révision de la Constitution.....	723
Séance de travaux dirigés n° 12: La démocratie directe - La décentralisation - Les droits européens et la hiérarchie des normes.....	732

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>AJJC</i>	<i>Annuaire international de justice constitutionnelle</i>
<i>AJDA</i>	<i>Actualité juridique du droit administratif</i>
AN	Assemblée nationale
art.	article
C.	Constitution
CC	Conseil constitutionnel
CCC	Cahiers du Conseil constitutionnel
CCF	Chronique constitutionnelle française (revue Pouvoirs)
C. cass.	Cour de cassation
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CESE	Conseil économique, social et environnemental
Convention EDH	Convention européenne des droits de l'homme
CJUE	Cour de justice de l'UE (ex. CJCE : CJ des communautés européennes)
DC	Décision du CC sur les lois ordinaires ou organiques, traités, ou règlements des assemblées
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme
<i>GAJA</i>	<i>Grands arrêts de la jurisprudence administrative</i> (éd. Dalloz)
<i>GDCC</i>	<i>Grandes décisions du Conseil constitutionnel</i> (éd. Dalloz)
<i>ibid.</i>	abréviation de <i>ibidem</i> , dans le même (dans le même ouvrage)
<i>id.</i>	le même (même auteur généralement)
<i>i.e.</i>	<i>idem est</i> , c'est-à-dire
<i>infra</i>	plus bas, ci-dessous
<i>JO</i>	<i>Journal officiel</i> ou <i>JORF</i> , pour préciser République française
<i>JOUE</i>	<i>Journal officiel de l'Union européenne</i>
LO	Loi organique
OVC	Objectif à valeur constitutionnelle
PFRLR	Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République
PPNNT	Principes particulièrement nécessaires à notre temps
PVC	Principes à valeur constitutionnelle
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RAN	Règlement de l'Assemblée nationale
<i>RDP</i>	<i>Revue du droit public</i>
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>RFD const.</i>	<i>Revue française de droit constitutionnel</i>
<i>RFSP</i>	<i>Revue française de science politique</i>
<i>RIC</i>	<i>Référendum d'initiative citoyenne</i>
<i>RIDC</i>	<i>Revue internationale du droit comparé</i>
<i>RIP</i>	<i>Référendum d'initiative partagée</i>
<i>supra</i>	plus haut, ci-dessus
SVD	Système de variables déterminantes
TCUE	traité portant constitution pour l'Union européenne (non ratifié)
TUE	traité de l'Union européenne
UE	Union européenne

INTRODUCTION

«Ayez le culte de l'esprit critique.»¹

PASTEUR

1 Dans les sciences humaines comme dans les sciences exactes, la remise en cause des apparences permet de mieux comprendre les causes et les conséquences des phénomènes observés. Le droit constitutionnel sera donc étudié ici avec un **esprit critique**, pour mettre en lumière les processus à l'œuvre dans la formation, l'interprétation et l'application des règles relatives à l'organisation du pouvoir. Il convient d'abord de constater que les règles prévues, bien souvent par le peuple ou ses représentants pour établir la démocratie, ne sont pas toujours respectées. Il s'agit ensuite de comprendre pourquoi et comment ces violations des règles sont possibles et comment on pourrait les réduire **pour que la démocratie ne reste pas une chimère**.

2 Cet ouvrage s'intitule **droit constitutionnel**, à l'image du programme de première année de droit ou des instituts d'études politiques. L'expression «droit constitutionnel» peut être employée pour désigner un **ensemble de normes**, les règles constitutionnelles, ou la **discipline** ayant pour objet l'étude de ces normes. L'absence de précisions signifie que c'est **l'ensemble du droit constitutionnel** qui doit être étudié, sans **limites**, dans **tous les aspects de cette matière dans tous les pays et dans tous les temps**.

Mais peut-on considérer que le droit constitutionnel existe seulement dans les pays démocratiques ou existe-t-il aussi dans les régimes autoritaires, voire totalitaires? De même, **des constitutions ont-elles toujours existé** ou est-ce un phénomène relativement récent?

Dans les deux cas, la réponse dépend de la définition que l'on donne de la Constitution².

3 D'un point de vue **matériel**, c'est-à-dire quand on se demande quel est le contenu d'une constitution, de quoi elle traite, on peut adopter une **définition** plus ou moins ample de la Constitution.

Dans le sens le plus large, on peut considérer que **le droit constitutionnel est l'ensemble des règles de droit relatives à l'organisation et au fonctionnement du pouvoir** (le pouvoir incluant la production des normes). Dans cette optique, nous pouvons considérer que le droit constitutionnel existe depuis de nombreux siècles et dans tous les pays, quel qu'en soit le régime, démocratique ou non. Nous évoquerons donc, par exemple, les institutions démocratiques d'Athènes. Dans cette vision, le droit constitutionnel ne se limite même pas au cadre de l'**État** et il peut donc inclure le droit de l'Union européenne (UE), comme nous le verrons. Cependant, cette **définition matérielle très large** ne correspond pas toujours à l'emploi courant de ce terme.

- Une définition **un peu moins large** de la Constitution au sens matériel est généralement adoptée. En effet, le plus souvent, on parle de droit constitutionnel essentiellement dans le cadre de l'**État**. Mais plus encore, à l'intérieur de ce cadre, ce sont seulement les **règles les plus importantes de l'État** qui sont considérées comme des règles constitutionnelles. Ce sont celles qui constituent l'**État**, qui se situent à son fondement. Nous verrons que, généralement dans le cadre de l'**État**, le peuple (ou un autre pouvoir dans un régime non démocratique) choisit de placer dans la Constitution les règles qu'il estime être les plus importantes. Ce sont au minimum les règles qui prévoient qui «fait la loi» au sens populaire de l'expression, qui est habilité à adopter des règles de droit et selon quelle procédure, voire selon quels principes dans une acception plus juridique.

1. L. PASTEUR, «Discours prononcé à l'inauguration de l'Institut Pasteur». *Œuvres de Pasteur (réunies par P. Vallery-Radot)*, Paris, Masson, tome n° 7 (1922-1939), p. 419.

2. Pour une définition précise de la Constitution, v. *infra* n° 135 s.

- Toujours sur le plan matériel, une définition **plus étroite** a été et est encore assez souvent adoptée. Pour évoquer les règles relatives à l'organisation du pouvoir, pendant longtemps on n'employait pas le terme de « constitution ». On parlait plutôt de lois fondamentales du royaume par exemple. Le mot « constitution », déjà évoqué par Aristote à propos de la Constitution d'Athènes, a longtemps été réservé à une organisation des pouvoirs qui respecte quelques principes fondamentaux. C'est justement pour garantir le respect de ces principes que s'est développé ce que l'on a appelé le « **constitutionnalisme** ». Ce mouvement d'idées prône l'adoption de *constitutions* pour garantir la reconnaissance des droits de l'homme et la nécessité d'une limitation des pouvoirs par leur division afin de respecter ces droits. L'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (ci-après DDHC) synthétise ces objectifs : « **Toute société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution** ».

De fait, habituellement, la plupart des ouvrages de droit constitutionnel ne traitent que des constitutions modernes, à savoir postérieures à l'époque des lumières, comme s'ils se conformaient à cette conception. Cependant, ils ne se limitent pas aux constitutions démocratiques.

4 Parallèlement, il existe aussi une **définition formelle** de la Constitution, selon laquelle ne peuvent être considérées comme constitutionnelles que les règles **situées au sommet de la hiérarchie des normes et soumises à une procédure de révision plus complexe que celle des lois ordinaires**. Avant d'expliquer plus précisément ce qu'il faut entendre par là, notons que dans cette optique, les constitutions sont relativement récentes et le Royaume-Uni n'a pas de Constitution.

Quel choix opérer entre ces définitions ? Par conséquent, quelles constitutions étudier ?

5 Nous (et c'est un nous de communauté et non de majesté) comprendrons mieux plus tard pourquoi les constitutions relativement récentes peuvent en principe être définies comme étant **l'ensemble des règles concernant l'attribution du pouvoir dans l'État et généralement les droits de l'homme, situées au sommet de la hiérarchie des normes et soumises à une procédure de révision plus complexe que celle des lois ordinaires, car elles sont considérées comme étant les plus importantes**.

Cette **synthèse des définitions formelle et matérielle** permet le plus souvent d'étudier les constitutions contemporaines. Mais elle laisse de côté des pans importants du droit constitutionnel au sens matériel.

6 La **solution la plus ouverte** consiste à adopter la **définition matérielle la plus large** de la Constitution et **donc à étudier** les règles d'organisation du pouvoir dans **tous les régimes**, démocratiques ou non, et dans **tous les temps**.

Cependant, il est difficilement concevable de traiter un programme aussi vaste. Le temps consacré à l'étude de régimes anciens et non démocratiques ne laisserait plus la possibilité d'analyser de manière approfondie les règles constitutionnelles des démocraties modernes. Or l'étude de l'organisation du pouvoir dans tous les pays et dans tous les temps montre clairement que **le droit constitutionnel des régimes non démocratiques ne présente pas grand intérêt**. Sans doute, par *a contrario* il nous montre ce qui est essentiel à l'existence d'une démocratie. C'est pourquoi il **ne peut pas être complètement écarté**. Nous étudierons par exemple les régimes non démocratiques de notre histoire depuis la Révolution, et nous évoquerons rapidement des régimes non démocratiques actuels. Mais il apparaît que **le droit constitutionnel a surtout été perfectionné pour la démocratie**. La plupart des améliorations de ce droit ont été façonnées pour essayer de se rapprocher le plus possible de l'idéal démocratique. C'est pourquoi le choix a été fait dans cet ouvrage d'adopter *a priori* la définition la plus extensive de la Constitution mais de **centrer l'étude du droit constitutionnel sur les régimes démocratiques**, car ils sont les plus intéressants. L'**objectif de la plupart des peuples** aujourd'hui est également de garantir des règles démocratiques et c'est donc une raison supplémentaire pour analyser surtout les règles constitutionnelles des régimes démocratiques.

7 Sur le plan **historique**, quelles **limites** adopter? Des recherches anthropologiques établissent que les racines de la démocratie se situeraient vers **5 500 avant J.-C.**, lorsque des **assemblées populaires** se réunissaient déjà en Europe pour participer aux décisions collectives³. Mais ces éléments sont encore assez vagues, et nous nous limiterons donc à la période historique. **Dès l'Antiquité, vers 500 avant J.-C.**, en Grèce, on parle de *constitutions*, comme le fait **Aristote**, alors même que les droits de l'homme sont encore essentiellement **des droits du citoyen** et que les droits de tous les êtres humains ne sont pas aussi clairement reconnus qu'ils le seront à partir du constitutionnalisme moderne, dès lors que cette société connaît l'esclavage. Rome a aussi connu des institutions évoluées et parfois républicaines. Cependant, avant les Lumières, les règles relatives à l'organisation du pouvoir étaient assez peu élaborées et leur objectif était généralement de concentrer et renforcer le pouvoir et non pas de le limiter dans un objectif démocratique. De brefs développements seront donc consacrés à quelques règles constitutionnelles de l'Antiquité ou à des périodes plus récentes antérieures aux lumières, mais on renverra aux cours d'histoire pour approfondir l'étude de ces institutions. Le droit constitutionnel s'est surtout construit et perfectionné pour garantir les droits de l'homme dans la conception qui en a été proposée à partir des Lumières. **L'essentiel du droit constitutionnel**, souvent libéral avant d'être démocratique, s'est développé à partir du **xviii^e siècle**. **Nous évoquerons donc les éléments historiques les plus importants pour l'avènement de la démocratie, principalement en Suède, Grande-Bretagne, aux États-Unis et en France, même si l'essentiel des analyses porte sur le droit constitutionnel contemporain.**

8 Dans **l'espace**, ce cours n'a pas de limites *a priori* non plus, il concerne tous les régimes politiques du monde, mais là aussi le choix a été fait de rester centré sur les démocraties. C'est en **observant et comparant les pratiques** de nombreux pays à différentes époques que les plus grands **auteurs déduisent des principes de gouvernement**. Ils constatent que telle règle conduit généralement à tel mode de gouvernement. Cette **méthode** a été pratiquée de manière assez systématique par **Aristote, Montesquieu ou Tocqueville** par exemple, et c'est celle qui sera suivie ici. Son objectif est de comprendre le fonctionnement des institutions pour éventuellement proposer des moyens de l'améliorer. Nous étudierons notamment les **interactions entre les expériences constitutionnelles depuis l'Antiquité et la réflexion théorique** sur ces expériences tout au long des siècles. Ainsi, nous pourrions mieux comprendre comment ce droit a été **«bricolé»**, à tâtons, depuis des centaines, voire des milliers d'années, en suivant une évolution souvent chaotique même si, de manière très globale, **la progression vers la démocratie s'est amplifiée et généralisée au cours du temps**.

9 Cette méthode doit-elle nous conduire à étudier exclusivement les règles de droit, ou pouvons-nous aussi évoquer des **éléments qui relèvent d'autres disciplines**, par exemple de la science politique? Le droit constitutionnel est parfois appelé le **droit politique**. Tout comme la **science politique**, il a pour objet l'étude du pouvoir dans la société. Simplement, le regard de ces deux disciplines sur cet objet diffère. Pour les politistes, l'objectif est d'étudier le pouvoir en lui-même. Pour le **juriste**, il s'agit de comprendre **l'élaboration, le contenu et le fonctionnement des règles de droit relatives au pouvoir**. En droit, il est nécessaire d'étudier les phénomènes de pouvoir afin de comprendre la formation et l'interprétation des règles de droit constitutionnel. Par exemple, en cas de cohabitation en France, l'interprétation des règles relatives au président est radicalement modifiée du fait du changement de majorité politique. L'étude de ce changement politique est donc indispensable pour comprendre ce changement d'interprétation. Cependant l'objectif du juriste n'est pas l'étude de cet élément politique en lui-même, c'est **la compréhension des règles de droit**.

Par ailleurs, la connaissance des principales idéologies et plus largement de la **philosophie politique** est très utile car l'objectif d'un homme ou d'un parti politique est de transformer ses idées en règles de droit. L'histoire constitutionnelle le montrera très clairement. Ainsi les règles de droit constitutionnel d'un **État démocratique, communiste ou nazi** ne sont évidemment pas les mêmes. La jurisprudence d'une cour constitutionnelle peut aussi varier en fonction des opinions majoritairement conservatrices ou progressistes de ses membres.

3. V. A. TESTART, *Avant l'histoire. L'évolution des sociétés, de Lascaux à Carnac*, Gallimard, Bibliothèque des sciences humaines, 2012.

Il faut éclairer «la réalité par l'idéologie qui la domine, l'idéologie par la réalité qui la supporte», souligne Hans Kelsen, éminent juriste autrichien de la première partie du ^{xx}^e siècle⁴.

De même, la **sociologie** a des objets communs avec le droit constitutionnel puisqu'elle traite des phénomènes sociaux. Ainsi, la sociologie juridique, concentrée sur les phénomènes sociaux liés au droit, est très utile pour comprendre la formation, le contenu et le fonctionnement des règles de droit. Cependant, là encore notre but ultime reste l'étude des règles de droit et non celle des phénomènes sociaux. Dans une approche juridique, centrée sur l'étude de la formation, du contenu et du fonctionnement des règles de droit, la prise en compte d'éléments de science politique ou de sociologie est très utile. Des auteurs comme Léon Duguit, Hermann Heller ou Jacques Chevallier par exemple montrent la nécessité d'une dimension sociologique du droit constitutionnel⁵.

10 D'autres choix méthodologiques et épistémologiques (relatifs à la conception de la science) ont été faits dans cet ouvrage.

Nous verrons par exemple que pour certains, les jusnaturalistes, le droit existerait dans la nature ou viendrait de Dieu. Aux antipodes de cette position, nous adoptons avec Hans Kelsen et la plupart des juristes contemporains une démarche **positiviste**, et une ontologie du droit selon laquelle le droit est l'ensemble des règles posées par les hommes. Cette conception de notre objet d'étude part de l'idée selon laquelle il n'existe pas de règles de droit qui soient antérieures ou supérieures au droit positif. Cependant, les **valeurs** qui existent dans la société ont souvent une influence sur le contenu et l'interprétation des règles de droit constitutionnel.

11 Dans cet ouvrage, le droit est conçu comme un instrument fait par des hommes pour des hommes. C'est donc une **vision instrumentale du droit** qui est proposée. Nous allons observer que **la raison d'être du droit constitutionnel dans une démocratie est essentiellement d'assurer la garantie des droits de l'homme et le fonctionnement démocratique des institutions** et il s'agira donc de voir si l'instrument qu'est la Constitution est bien adapté à cet objectif. Pour autant, on vient de voir qu'une constitution est aussi un texte dans lequel s'expriment des valeurs, voire des considérations religieuses, une **culture** et des traditions (voir par exemple les dispositions relatives aux castes en Inde). Pour Duguit, elle est porteuse d'une certaine forme de **conscience sociale**. Elle contient une dimension **symbolique**, comme l'a souligné Jacques Chevallier. Elle fait l'objet d'un **attachement** populaire qui peut être très vif, comme on le voit dans le cinéma américain. Donc il s'agit bien d'un instrument, qui est le moyen d'établir un régime autoritaire s'il est placé dans les mains d'un homme ou d'un groupe autoritaire, ou un régime démocratique dans les mains du peuple. Mais une constitution est aussi le support de valeurs, d'idéologies, d'espairs et/ou de calculs parfois machiavéliques.

12 On pourrait adopter une attitude cynique en constatant que la démocratie est loin d'être accomplie, que l'on peut toujours faire dire n'importe quoi à n'importe quel texte et qu'il est donc **naïf** et vain de croire que les règles de droit ont du **sens** et de chercher à renforcer leur efficacité. Plus, même, on peut observer que les cours de droit constitutionnel peuvent parfois servir à masquer et légitimer une réalité bien peu démocratique⁶. Cette démarche de déconstruction a l'avantage de dévoiler certaines réalités. Cependant, **après la déconstruction il convient de reconstruire**. Sauf à baisser les bras et cultiver son jardin, on peut

4. H. KELSEN, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, (1^{re} éd. 1920) trad. Ch. EISENMANN, prês. M. TROPER, éd. Economica, coll. Classiques, 1988, p. 25.

5. L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 5 vol., 1921-1929, Cujas, 1981. J. CHEVALLIER « Pour une sociologie du droit constitutionnel », in *L'Architecture du Droit, Mélanges M. Troper*, Economica, 2006, p. 281-297; *Institutions politiques*, LGDJ, coll. Systèmes, 1996. H. HELLER et O. JOUANJAN, *La crise de la théorie de l'État*, Dalloz, coll. Tiré à part, 2012; O. Jouanjan souligne notamment que pour H. Heller, qui critique à la fois Schmitt et Kelsen, « il faut redonner sa place à l'acte et donc aussi à l'acteur », dans un essai de « fondation de la sociologie » (p. 39). Sur le débat sur la qualité de juriste, v. L. FONTAINE, *Qu'est-ce qu'un « grand juriste » ? Essai sur les juristes et la pensée juridique moderne*, Lextenso, Forum, 2012 et C.-M. HERRERA, « Science et politique chez Hans Kelsen », in O. JOUANJAN (dir.), *Hans Kelsen, forme du droit et politique de l'autonomie*, PUF, Débats philosophiques, 2010.

6. V. G. SACRISTE, *La République des constitutionnalistes. Professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914)*, Les Presses de Sciences Po, 2011.

essayer de dépasser cette première étape pessimiste pour chercher, avec plus de maturité et d'optimisme, à **perfectionner les règles de droit constitutionnel** dans l'espoir de faire progresser la démocratie, même si l'on a bien conscience de la difficulté de la tâche. À cette fin, il faut se donner les moyens d'étudier l'efficacité du droit constitutionnel.

Lorsqu'une voiture sort de la route à chaque virage ou même simplement régulièrement, il convient de se demander à quoi cela est dû. Est-ce parce que je conduis très mal? Parce que la route est mouillée? La mauvaise qualité de mes pneus est-elle en cause? Ou bien est-ce ma voiture qui est mal conçue?

La même démarche est appliquée ici au droit constitutionnel. Puisqu'il n'est pas une chose tombée du ciel mais un instrument fait par des êtres humains et destiné à une fin, il s'agit **d'apprécier s'il est adapté à cette finalité**.

13 Le droit est **normatif, prescriptif**, en ce qu'il prescrit, ordonne, ce qui doit être. Il établit une **distinction entre ce qui est, l'être, et le devoir-être** (en allemand le *sein* et le *sollen*). Le juriste doit donc être en mesure de distinguer ce qui est, ce qui se passe dans les faits, et ce qui doit se passer selon les règles constitutionnelles. Il doit aussi **pouvoir comprendre cet écart entre la norme prévue et les faits**. Quand une constitution dispose que son objectif est d'assurer la démocratie, si elle ne conduit pas à un fonctionnement démocratique des institutions, est-ce parce que le chef de l'État est un tyran? Parce que la conjoncture économique est très mauvaise? Certaines règles de la Constitution sont-elles mal conçues, inadaptées? Ou bien est-ce l'équilibre des institutions qui n'est pas respecté?

14 Pour répondre à ces questions, il faut porter une appréciation **sur la conformité des faits à la règle prévue par le texte, voire plus largement sur le mauvais fonctionnement des règles de droit**, et ensuite éventuellement **proposer leur modification**.

15 L'approche proposée ici est basée sur l'idée que **les textes ont un sens ou pour le moins du sens**, et qu'il est possible à tout individu, aux citoyens comme à la doctrine et aux juges de déceler cette signification du texte, à savoir la norme qu'il porte, par les techniques de l'interprétation. **Une norme est la signification d'un énoncé prescriptif**, à savoir le sens d'une formulation qui dit **ce qui doit être**. La raison d'être d'un texte juridique est de porter une norme, c'est en ce sens qu'on dit qu'il contient une norme. Les mots contenus dans le texte doivent être **interprétés** pour dégager la norme contenue dans le texte. Les méthodes d'interprétation juridiques permettent dans la très grande majorité des cas de mettre en lumière le sens qui a été officiellement donné au texte lors de son adoption, et de comprendre pourquoi et comment des évolutions dans l'interprétation du texte ont été possibles, voir souhaitables dans certains cas. Sans doute, on peut débattre de l'interprétation du texte constitutionnel, comme nous le verrons abondamment. Mais justement, il s'exerce des **jeux de pouvoirs pour faire prévaloir telle ou telle interprétation de la norme** et ce sont bien ces jeux qu'il s'agit de mettre en lumière pour voir comment les gouvernants, voire les juges ou la doctrine, peuvent être tentés parfois de se jouer des normes constitutionnelles⁷. Tout texte juridique génère une marge d'interprétation plus ou moins grande. Dans certains cas, lorsque l'application du texte est clairement contraire à la signification officiellement présentée du texte, on peut parler de **violation** de la Constitution. Puisque nous estimons que l'on peut identifier quelle norme a été prévue dans tel texte, cette conception est qualifiée de **conception normativiste**. Notons qu'il existe d'autres conceptions du normativisme. La théorie normativiste s'oppose à la théorie réaliste de l'interprétation.

16 Selon la **théorie réaliste de l'interprétation**, le texte ne contient pas de norme. Ce sont essentiellement les gouvernants et les juges qui créent la norme quand ils l'interprètent pour la mettre en œuvre. Cette vision

7. V. par ex. *La doctrine en droit de l'environnement*, n° spéc. *Rev. Jur. de l'Env.* 2016.

est intéressante et elle est soutenue par des juristes qui sont souvent de grande qualité. Cependant elle est **écartée ici pour plusieurs raisons**.

- D'abord, parce qu'elle conduit à transférer le pouvoir constituant, le pouvoir de créer les règles constitutionnelles, des mains du peuple à celles des juges et des gouvernants. Par exemple, la Constitution française ne donne pas au président de la République le droit de révoquer le Premier ministre. Mais en pratique, le président a déjà révoqué le Premier ministre. Selon la théorie réaliste de l'interprétation, la norme constitutionnelle est que le président a le droit de révoquer le Premier ministre, puisqu'il l'a déjà fait. Le président a créé la norme constitutionnelle qui lui donne le droit de révoquer le Premier ministre. C'est donc lui, et non pas le peuple, qui a le pouvoir de créer les normes constitutionnelles. Cela revient à dire aussi que le droit de frauder le fisc a été établi puisque certains l'ont fait. C'est une vision des choses qui correspond souvent à la réalité, mais qui n'est pas nécessairement admissible pour autant. De plus, cette conception est loin d'être neutre, puisqu'elle agit sur l'objet qu'elle prétend se contenter d'observer. En effet, quand la doctrine estime que cette révocation du Premier ministre est conforme à la Constitution, elle **ne se contente pas de décrire des faits. Elle agit sur son objet d'étude et conduit à légitimer une violation de la Constitution et donc à favoriser les violations de la Constitution**, en l'espèce par le président.

Le **choix épistémologique** qui a été fait ici est au contraire de considérer qu'il n'appartient pas à la doctrine de légitimer les violations de la Constitution mais de les mettre en lumière, de les comprendre et éventuellement de proposer des pistes pour les réduire, afin que la démocratie recherchée officiellement par le texte soit mieux respectée⁸.

- Ensuite, la théorie réaliste est écartée car nous partons ici du principe que les **règles de droit ne sont pas des choses naturelles posées là par hasard**. Ce sont des objets créés par des êtres humains pour des êtres humains, dans tel ou tel but. Si l'on veut les décrire de manière scientifique, il convient donc de voir dans chaque texte quel est l'**objectif qui lui a été officiellement assigné, de vérifier s'il remplit cet objectif et de comprendre pourquoi cela a été le cas ou non**.

17 Dans cet ouvrage est défendue une **vision critique du droit**. De nombreux juristes défendent une telle démarche⁹. Ce n'est pas une critique marxiste du droit comme celle qui s'est développée dans les années 1960, car cette idéologie n'est pas celle de l'auteur de ces lignes et parce que l'étude du droit n'a pas pour objet de prôner une idéologie. Cependant, certains instruments intellectuels développés par cette théorie sont repris ici car ils sont très pertinents, comme la prise en compte d'éléments sociologiques pour mieux comprendre le fonctionnement du droit. Il n'appartient pas au juriste en tant que tel d'avoir une attitude partisane. En revanche, il lui appartient d'éclairer les citoyens sur la réalité des faits, sur les conséquences pratiques de la mise en œuvre de telle ou telle idéologie, sur les moyens qu'il peut adopter s'il entend se rapprocher de tel ou tel objectif. **Le juriste n'a pas à imposer une fin partisane, mais il remplit son rôle quand il éclaire sur les moyens qui peuvent permettre au peuple d'atteindre la fin que ce dernier s'est lui-même fixée**. Dans une démocratie, l'appréciation critique des règles constitutionnelles se fait au regard de l'objectif démocratique choisi par le peuple.

Ainsi, la démarche adoptée dans ce livre est orientée vers la recherche de la démocratie. Cependant, des critiques rigoureusement égales sont formulées à l'égard des gouvernants de droite ou de gauche quand ils ont des comportements non conformes à la Constitution et/ou aux principes démocratiques. **Cette vision critique vise à mettre en lumière tous les éléments qui expliquent un fonctionnement non démocratique du droit pour proposer des réformes afin que l'objectif officiellement assigné à la Constitution, assurer la démocratie, soit mieux respecté**. Il en va de même par exemple lorsqu'une règle de droit de l'environnement

8. V. M.-A. COHENDET, «Légitimité, effectivité, validité», *Mél. P. Avril*, Montchrestien, 2001, p. 201-234.

9. V. not. «Pour une recherche juridique critique, engagée et ouverte», collectif, *Rec. Dalloz* 2010, p. 1505.

est présentée comme devant assurer une meilleure protection de l'environnement, alors qu'elle ne remplit pas cet objectif et/ou a des effets pervers. Il est nécessaire que la doctrine puisse expliquer quelles sont les causes de ce problème et comment y remédier.

18 Puisqu'elle ne se limite pas à une stricte description de faits, cette démarche **est-elle scientifique**? Cette interrogation ne vise pas seulement la démarche proposée dans cet ouvrage, mais l'activité qu'ont pratiquée en réalité depuis fort longtemps la plupart des juristes, généralement appelée activité doctrinale. C'était déjà la posture de **Montesquieu** ou de **Tocqueville**. C'est aussi la démarche d'**un juge** quand il constate que telle règle de droit a été violée et qu'il faut prendre telle mesure pour qu'elle ne le soit plus, que ce soit en matière de droit de la famille, des affaires ou de l'environnement. Simplement, il est proposé ici de développer cette attitude de manière transparente et systématique.

La réponse à la question de savoir si cette activité est scientifique dépend de la **définition** que l'on donne de la **science**. Si l'on estime que seules sont scientifiques les activités pures de description, alors cette activité n'est pas scientifique.

Mais si l'on admet qu'est considéré comme scientifique un **système ordonné de connaissances établi de la manière la plus rigoureuse et objective possible**, alors le fait de décrire la norme prévue par la Constitution et de s'interroger sur la conformité de ses actes d'application à cette norme, ce qui suppose de porter un jugement sur cette conformité, **peut parfaitement être une activité scientifique**. Il en va de même du fait de proposer des réformes¹⁰.

Les médecins restent-ils les bras croisés devant un malade au motif qu'ils cesseraient d'avoir une activité scientifique s'ils expliquaient d'où vient la maladie et comment la soigner? Il ne s'agira pas ici de prétendre apporter un remède souverain à tous les maux, mais de mettre en lumière quelques problèmes et de suggérer parfois quelques pistes de réflexion. Qu'importe si certains mouvements de pensée rejettent cette activité hors du domaine de la science, l'essentiel est qu'elle établisse un système ordonné de connaissances aussi objectif et pertinent que possible. Parmi ces connaissances peut très bien figurer l'analyse des remèdes possibles et de leurs effets potentiels, comme en chirurgie ou en pharmacologie.

19 Pour parvenir à cet objectif qui est de comprendre et d'améliorer l'efficacité du droit constitutionnel, il faut pouvoir clairement **distinguer entre la norme prévue par le texte et les faits**. Il faut aussi avoir les instruments intellectuels qui permettent d'analyser les éléments qui expliquent les écarts entre le texte et la pratique.

Les **actes d'application de la Constitution**, par exemple un décret de nomination d'un ministre, ou une décision du Conseil constitutionnel faisant application d'un droit de l'homme, ne sont pas à strictement parler des normes constitutionnelles mais des actes de valeur infra-constitutionnelle. Ce sont des actes d'application de la Constitution. Il sera intéressant de voir pourquoi et comment telle règle constitutionnelle peut être interprétée de telle ou telle manière, avec une marge de manœuvre plus ou moins grande pour les acteurs.

Les acteurs politiques ont parfois intérêt à nier la différence entre la Constitution et les actes d'application de la Constitution. Ainsi, pour de Gaulle, «une constitution, c'est un esprit, des institutions, une pratique»¹¹. Cette vision, très commode pour un chef d'État, puisqu'elle peut lui permettre de modeler la Constitution à son gré, ne sera pas retenue ici.

20 Nous entendons ici la Constitution comme étant presque toujours un texte qui définit les règles les plus importantes de l'État. Ce texte établit le **régime politique**. Le régime politique est parfois entendu par des auteurs dans un sens large, qui rejoint la définition donnée de la Constitution par de Gaulle, à savoir

10. M.-A. COHENDET, «Science et conscience, de la neutralité à l'objectivité», *Mél. M. Prieur*, Dalloz, 2007, p. 75-89.

11. C. DE GAULLE, Conférence de presse du 31 janv. 1964.

le fonctionnement concret des institutions. Comme certains auteurs entendent le *régime* au sens large et d'autres dans un sens strict, tout comme certains définissent la *Constitution* largement et d'autres rigoureusement, il existe d'assez grandes divergences doctrinales. Les auteurs ne peuvent pas s'entendre puisqu'ils ne parlent pas de la même chose, et les étudiants ne savent plus à quelle définition se référer.

Le choix a donc été fait ici d'entendre le régime politique au sens strict comme correspondant à **la norme**, à **la Constitution** entendue elle aussi strictement, à savoir le texte qui établit les normes fondamentales de l'État tel que défini ci-dessus.

Pour désigner **les faits**, la pratique politique, les actes d'application de la Constitution, le fonctionnement concret des institutions, ce que certains appellent le régime politique au sens large, nous parlerons, de **système politique**.

21 Toujours pour parvenir à mieux comprendre le fonctionnement des règles constitutionnelles, l'approche proposée ici est **systémique**. C'est-à-dire que les normes constitutionnelles sont considérées comme faisant partie d'un système. Le **système politique** est un peu comme un **écosystème**. **C'est un ensemble d'éléments tel que la modification de l'un des éléments peut modifier un ou plusieurs autres éléments, voire un sous-système, voire le système tout entier**. Par exemple, à partir du moment où une majorité parlementaire opposée au président est élue, on se trouve en situation de cohabitation et cet élément politique modifie l'ensemble du système politique. La règle constitutionnelle, le régime politique n'a pas changé. En revanche, l'interprétation et l'application de la règle, le système dans lequel fonctionne la norme, a été profondément modifié. La position politique des députés par rapport au président est donc un fait qui exerce une grande influence sur le fonctionnement des règles constitutionnelles. Elle détermine des changements dans l'interprétation des règles constitutionnelles.

22 Or pour comprendre les écarts entre la norme constitutionnelle et les faits, entre la règle et la pratique, il convient d'évoquer l'ensemble des éléments qui vont exercer une influence pour que l'interprétation de la règle se fasse dans tel ou tel sens. Nous appellerons **système de variables déterminantes** l'ensemble des éléments juridiques ou extra-juridiques qui, seuls ou combinés, exercent une influence pour déterminer l'interprétation de la règle. Ce concept peut sembler compliqué mais il est en fait très simple. C'est un **système**, car la modification de l'un de ces éléments peut modifier plusieurs autres éléments voire l'ensemble de ces éléments. Ce sont des **variables**, car ils peuvent changer, plus ou moins vite. Par exemple, l'image de l'histoire varie généralement assez lentement alors que la majorité politique peut changer du jour au lendemain. Et ces variables sont **déterminantes** car, seules ou combinées, elles exercent une influence qui détermine telle ou telle interprétation et donc application de la Constitution (voir *infra*, n° 423 s.).

Les différents facteurs, juridiques ou non, qui exercent une influence sur l'interprétation de ces règles sont très divers. Ainsi l'histoire, les idées politiques, le contexte politique et économique, la personnalité et la stratégie des acteurs notamment influencent l'application des règles constitutionnelles.

Notons que le concept de SVD peut aussi être très utile dans d'autres matières que le droit constitutionnel¹². Lors des évaluations de ce cours, les étudiants estiment régulièrement que le système de variables déterminantes (ci-après SVD) est l'un des éléments les plus faciles. En effet, l'étude de la combinaison entre ces éléments peut paraître complexe au départ, mais comme elle apporte une lumière sur la réalité qui permet de mieux comprendre les faits, elle **simplifie l'ensemble de la matière** tout en n'étant pas simpliste. Le fait de prendre en compte ces éléments pour comprendre le droit constitutionnel n'est pas nouveau, pratiquement tous les constitutionnalistes le font depuis des décennies. En revanche l'analyse de ces éléments en termes

12. V. J. BÉTAILLE, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne: illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, Thèse Limoges, déc. 2012; P. BOURDON, *Le contrat administratif illégal*, thèse Paris I, déc. 2012; ou A. DURANTON, *Subsidiarité et collectivités territoriales*, thèse Toulouse, 2016, éd. Dalloz 2017.