



**Institut de droit des affaires internationales**  
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne – Université du Caire

**DROIT CONSTITUTIONNEL – S1**  
**2023 - 2024**

Cours magistral de Mme la Professeure Agnès ROBLOT-TROIZIER  
Agrégée de droit public

**FICHE 1 :**

**METHODOLOGIE ET INTRODUCTION AU DROIT**  
**CONSTITUTIONNEL**

## Exercice : réflexion autour de la notion de constitution

### Chercher les définitions de :

« Constitution factuelle, constitution normative, constitution écrite, constitution matérielle, constitution formelle, constitution souple, constitution rigide, ordre constitutionnel ».

### Documents à lire

- L. Favoreu, « Le droit constitution, droit de la Constitution et constitution du droit, RFDC, 1990, p. 84 et s. (extrait).
- P. Pactet, Réflexions sur le droit constitutionnel et son enseignement, RDP, 2010, n°1, p. 155.

### Organisation des travaux dirigés et conseils

#### Travail demandé impérativement aux étudiants :

(en l'absence d'excuse valable, la non réalisation de ce travail sera sanctionnée par un zéro):

- chaque semaine, lecture attentive des documents correspondant à la séance et préparation écrite d'un plan détaillé sujet posé par le chargé de travaux dirigés,
- et une ou plusieurs fois par semestre :
  - o un devoir maison,
  - o un devoir surveillé.

#### Notation :

##### **La note de travaux dirigés comprendra :**

- Une note d'oral, permettant d'évaluer la participation et l'assiduité de l'étudiant en TD.
- Une note d'écrit, composée de la note de devoir surveillé, du devoir maison, et de la note de galop d'essai (devoir dans les conditions de l'examen).

**Attention :** Toute fraude aux examens ou dans le cadre des travaux dirigés sera sanctionnée avec la plus grande sévérité et pourra compromettre gravement vos études. Si les moyens informatiques rendent le plagiat très facile, n'oubliez pas qu'ils facilitent tout autant sa détection, et que nous procédons à des contrôles réguliers sur ce point. **Le plagiat consiste dans le fait d'introduire dans votre travail des éléments de texte qui ont été rédigés par d'autres sans les placer entre guillemets et sans citer leur auteur, de sorte que l'on pourrait croire que c'est vous qui êtes l'auteur de ces propos.** Le plagiat est une forme de fraude puisque celui qui s'en rend coupable prétend être l'auteur de réflexions alors qu'il s'est contenté de les copier.

Lorsque vous préparez un devoir, vous devez bien évidemment aller consulter ce que différents auteurs ont pu écrire sur cette question, et votre devoir sera d'autant meilleur que vous aurez construit une réflexion personnelle à partir de la confrontation de différents points de vue. **Mais chaque fois que vous voulez citer un auteur, vous devez impérativement placer ses propos entre guillemets et préciser vos sources** (nom de l'auteur, ouvrage ou article dans lequel vous avez copié ces propos, édition, date et page de la citation), faute de quoi vous vous exposez à une lourde sanction pour plagiat.

Toute forme de plagiat sera sanctionnée avec la plus grande sévérité. *(sachez qu'il est aussi facile pour les enseignants de repérer le plagiat qu'il l'est pour vous de le pratiquer).*

### **Exigences méthodologiques**

Les règles de méthode juridique étudiées notamment durant toute la première séance (technique de l'introduction et du plan en particulier) devront être strictement respectées (voir la bibliographie sur les ouvrages de méthodologie).

- D'une manière générale, les notes inférieures à 6 s'expliquent par un contenu manifestement insuffisant, du fait d'une faiblesse générale du raisonnement et/ou des connaissances ou du fait d'une seule erreur très grave ou d'une mauvaise délimitation du sujet (hors sujet ou sujet traité partiellement). Il est donc essentiel de bien maîtriser les techniques de l'introduction de la dissertation et du commentaire car elles ont prouvé leur efficacité pour vous aider à bien comprendre et délimiter le sujet et pour construire une problématique pertinente. Les autres exigences méthodologiques devront également être respectées (devoir en deux parties et deux sous-parties, titres apparents, transitions, etc...).
- Pour le plan détaillé qui doit être réalisé chaque semaine, il s'agit de rédiger l'introduction et les transitions, les titres des parties et sous-parties, et d'indiquer de manière résumée les éléments essentiels qui doivent être évoqués (idées majeures, textes, jurisprudence, doctrine). En revanche, votre devoir doit être entièrement rédigé le jour de l'examen.

### **Conseils pour vos travaux de recherche :**

Certains principes guident toute recherche bibliographique :

- aller du plus simple au plus compliqué. Partez des dictionnaires, encyclopédies, manuels, traités, pour aller vers les ouvrages spécialisés, les articles des revues, les thèses, les mélanges, les actes de colloques.
- aller du plus récent au plus ancien.
- **Ne vous contentez surtout pas de recherches sur internet, car d'une part tous les sites ne sont pas fiables et d'autre part cela ne vous donnerait le plus souvent qu'une vision partielle et décousue du sujet.** Il est donc essentiel de bien vous référer,

au moins au départ, aux manuels, pour voir dans quel cadre les auteurs abordent telle question et quels sont les apports entre cette question et les principaux aspects du droit constitutionnel (principes fondamentaux, exemples historiques, droit comparé, jurisprudence, etc...).

- apprendre à utiliser la table des matières, et surtout l'index, situé à la fin des livres ou recueils, qui vous permettra de trouver très rapidement les éléments recherchés.
- analyser systématiquement toutes les sources du droit : textes, jurisprudence, doctrine.
- relever la date de mise à jour des ouvrages et actualiser les connaissances à l'aide des revues et journaux.
- penser à relever les références d'autres articles ou ouvrages cités dans les notes de bas de page, dans la bibliographie générale et/ou dans les éléments bibliographiques donnés dans chaque chapitre.
- noter précisément les références des textes que vous allez utiliser ou citer.

### **Éléments de bibliographie générale**

Seuls sont présentés ici certains ouvrages particulièrement adaptés et/ou facilement accessibles aux étudiants de première année de droit. Mais pensez à consulter aussi d'autres ouvrages et la presse générale, car il est indispensable de suivre l'actualité.

Sur chaque sujet vous devez toujours vous référer d'abord aux textes, plus à la jurisprudence et à la doctrine.

#### **Les textes**

- -D. COLAS, Textes constitutionnels français et étrangers, Larousse, Textes essentiels, 1994, 816 p.
- S. RIALS, Textes constitutionnels étrangers, P.U.F., QSJ n°2060; et Textes constitutionnels français, QSJ.

Pour vérifier que ces textes sont à jour et pour élargir vos recherches, utilisez internet, notamment :

- « [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr) » consultation des textes (et de la jurisprudence)
- le serveur de l'I.E.P. de Lyon particulièrement riche pour la consultation de Constitutions étrangères, (<http://iep.univlyon2.fr>) et par le biais duquel vous pouvez accéder à d'autres serveurs.

#### **La jurisprudence**

Dans les recueils de jurisprudence, apprenez à vous repérer dans les classements par la date des décisions, par nom des parties (le cas échéant), et par thème. Commencez là encore par les ouvrages les plus simples pour bien maîtriser les questions élémentaires avant d'aborder les recueils de jurisprudence plus complets. La jurisprudence constitutionnelle française sera

abordée surtout au second semestre, pour le contentieux constitutionnel comparé, v. not l'Annuaire international de justice constitutionnelle, Economica- PUAM, 1 vol. par an.

Pour l'actualisation de la jurisprudence, vous trouverez des analyses de jurisprudence récente dans la chronique constitutionnelle de trois grandes revues Pouvoirs, (Pierre Avril et Jean Gicquel), dans la Revue française de droit constitutionnel, ainsi que dans la Revue du droit public (Dominique Rousseau). Pour la période ultérieure, n'oubliez pas que les décisions majeures peuvent être évoquées dans les grands quotidiens nationaux, et en particulier Le Monde, et surtout utilisez les serveurs du Conseil constitutionnel (conseil-constitutionnel.fr) et le cas échéant à celui de la Cour européenne des droits de l'homme (Conseil de l'Europe: <http://www.coe.fr>).

### **La doctrine**

En premier lieu, étudiez la structure des ouvrages. Vous observerez que le plan est assez différent d'un auteur à l'autre et que le problème qui vous intéresse peut être abordé sous plusieurs angles différents. Cela vous aidera à situer la question à étudier dans son contexte. Pour gagner du temps, n'oubliez pas d'utiliser l'index. Ensuite, dans contenu, vous constaterez qu'il n'y a pas unanimité sur tel problème et vous pourrez opposer les différents points de vue, en analysant bien l'argumentation avancée dans chaque cas.

### **LES DICTIONNAIRES**

Une bonne définition des termes du sujet suppose que l'on en vérifie le ou les sens précis dans plusieurs dictionnaires. Allez du plus simple : petit Larousse, Littré, Robert, lexiques de termes juridiques généraux puis spécialisés au plus compliqué, dictionnaires juridiques généraux puis dictionnaires juridiques spécialisés, et encyclopédies.

- A.-J. ARNAUD Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, LGDJ, 2ème éd. 1993 (réédité en 2018)
- P. AVRIL et J. GICQUEL, Lexique de droit constitutionnel, P.U.F., 2016
- F. CHATELET, O. DUHAMEL et E. PISIER, Dictionnaire des œuvres politiques, P.U.F., 4ème éd. 2001
- O. CAYLA et J.-L. HALPERIN (Dir.) Dictionnaire des grandes œuvres juridiques, Dalloz, 2010 - COHENDET M.-A. Droit constitutionnel, coll. Focus, Montchrestien, 5ème éd. 2011 (intermédiaire entre le dictionnaire et le manuel)
- G. CORNU (dir.) Vocabulaire juridique, P.U.F., 2017
- O. DUHAMEL et Y. MÉNY (dir.) Dictionnaire constitutionnel, P.U.F., 1992

### **LES MANUELS**

Pour accompagner le cours et préparer les travaux dirigés, il est conseillé (mais non obligatoire) d'acquérir un manuel ou au moins d'en consulter un ou plusieurs régulièrement à la bibliothèques (où ils doivent être disponibles). Il existe beaucoup de manuels de droit

constitutionnel, de qualité très inégale, et il n'est pas nécessaire de les citer tous ici. Les manuels cités ci-dessous sont tous sérieux et assez substantiels.

Pour autant, aucun manuel ne peut remplacer le cours, ce sont des compléments et non des substituts au cours. Pour préparer un devoir, faites des recherches systématiques dans tous les grands manuels. Ces ouvrages permettent d'avoir une vision simple du problème et un aperçu des principales positions doctrinales. Ils vous aideront aussi à situer une question dans l'ensemble de la matière.

- Ph. ARDANT et B. MATHIEU, Droit constitutionnel et institutions politiques, L.G.D.J., coll. Manuel, 2020.
- D. CHAGNOLLAUD, Droit constitutionnel contemporain, (2 vol.), Dalloz, coll. Cours, 2017. - B. CHANTEBOUT, Droit constitutionnel, Dalloz, 2015.
- M.-A. COHENDET, Droit constitutionnel, L.G.D.J., coll. Cours, 2021.
- O. DUHAMEL et G. TUSSEAU, Droit constitutionnel et institutions politiques, Seuil, 2020.
- L. FAVOREU et alii, Droit constitutionnel, Dalloz, coll. Précis, 2021.
- J. GICQUEL et J.-E. GICQUEL, Droit constitutionnel et institutions politiques, L.G.D.J., coll. Domat droit public, 2020.
- F. HAMON et M. TROPER, Droit constitutionnel, L.G.D.J., coll. Manuel, 2020.
- P. PACTET et F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Droit constitutionnel, Dalloz, coll. Université, 2020.
- H. PORTELLI, Droit constitutionnel, Dalloz, coll. Hypercours, 2017.
- G. TUSSEAU, Contentieux constitutionnel comparé. Une introduction critique au droit processuel constitutionnel. L.G.D.J., 2021.

*Anciens manuels de droit constitutionnel (intéressants pour la réflexion théorique):*

- J. BARTHELEMY et P. DUEZ, Traité de droit constitutionnel, 1933 (réédité).
- L. DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, 5 volumes, 1921-1929, épuisé.
- A. ESMEIN, Eléments de droit constitutionnel français et comparé, 2 vol. 1927 (réédité aux éditions Panthéon-Assas, 2001, avant-propos D. CHAGNOLLAUD).
- M. HAURIOU, Précis de droit constitutionnel, 1929, réédition C.N.R.S.

## **OUVRAGES CONSACRES A CERTAINS THÈMES DU PROGRAMME**

(Des bibliographies plus ciblées sont indiquées plus bas pour chaque thème traité en travaux dirigés).

*Introduction au droit*

- Ph. JESTAZ, Le Droit, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 11e éd., 2021.
- R. ENCINAS DE MUNAGORRI, Introduction générale au droit, Flammarion, coll. Champs université, 4e éd., 2015.

*Théorie générale et fondements du droit constitutionnel*

- P. AMSELEK (Dir.), *Théorie du droit et science*, P.U.F., Léviathan, 1994.
- D. de BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit*, O. Jacob., 1997.
- J. CHEVALLIER, *L'Etat de droit*, L.G.D.J., Clefs, politique, 6e éd., 2017
- J. CHEVALLIER, *Institutions politiques*, L.G.D.J., science politique, 1996
- J. CHEVALLIER, *L'Etat*, Dalloz, *Connaissance du droit*, 2e éd., 2011
- S. GOYARD - FABRE et R. SÈVE, *Les grandes questions de la philosophie du droit*, P.U.F., Questions, 1986.
- C. GREGORCZYK, F. MICHAUT et M. TROPER (Dir.), *Le positivisme juridique*, L.G.D.J, 1993
- H. KELSEN, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, Trad. Ch. EISENMANN, prés. M. TROPER, *Economica*, 1988
- H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962, trad. Ch. EISENMANN
- H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, P.U.F., Léviathan, 1994, trad. O. BEAUD et F. MALKANI
- E. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Dalloz, *connaissance du droit*, 2006
- M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, P.U.F., Léviathan, 1994.
- M. TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'Etat*, PUF, 2001
- M. TROPER et alii, *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ 2005
- M. TROPER, *La philosophie du droit*, PUF, ASJ, 2015 - M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, PUF, 2011

*Cf. aussi les revues citées ci-dessous, et notamment*

La revue *Droits*, notamment les n°s :

- |                                   |   |
|-----------------------------------|---|
| 2 Les droits de l'Homme (épuisé), | 10 et 11 définir le droit,              |
| 3 La coutume,                     | 12 Le contrat,                          |
| 4 Crises dans le droit,           | 15 et 16 L'État,                        |
| 6 La représentation,              | 17 La Révolution française et le droit, |
| 8 La déclaration de 1789,         | 19 Droit et mœurs,                      |
| 9 La fonction de juger,           | 20 Doctrine et recherche en droit...    |

La revue *Pouvoirs*, notamment les n°s :

- |                             |                                       |
|-----------------------------|---------------------------------------|
| 42, La tradition politique, | 87 L'extrême droite en Europe,        |
| 52, La démocratie,          | 92 La responsabilité des gouvernants, |
| 57, Nationalismes           | 93 Le Royaume Uni de Tony Blair,      |
| 65 Morale et politique,     | 96 Les Cours Européennes,             |
| 67 La souveraineté,         | 100 La République,                    |
| 74 Les juges,               | 104 Islam et démocratie,              |
| 75 La laïcité,              | 108 l'opposition,                     |
| 77 Le référendum,           | 111 Discrimination positive,          |
| 82 Femmes en politique,     | 114 La loi,                           |
| 84 La liberté,              | 116 La rue.                           |

La revue *Jus politicum*, qui souligne l'importance de la théorie politique en droit constitutionnel, se trouve notamment sur internet.

La revue *Jurisdoctrina* qui fait appel à la contribution de jeunes doctorants en droit public comparé et en théorie juridique, sur internet.

### Droit comparé

- J.-M. DE WAELE, N. BRACK et J.-B. PILET, Les démocraties européennes, A. Colin, 3ème éd. 2015
- DOCUMENTATION FRANCAISE, Les régimes politiques européens en perspective, Cahiers français n° 268, 1994
- C. GREWE et H. RUIZ-FABRI, Droits constitutionnels européens, P.U.F., Droit fondamental, 1995.
- P. LAUVAUX et A. LE DIVELLEC Les grandes démocraties contemporaines, P.U.F., droit fondamental, 2015.
- J.-P. MASSIAS Droit constitutionnel des Etats d'Europe de l'Est, P.U.F., droit fondamental, 2ème éd. 2008.
- Y. MENY et Y. SUREL, Politique comparée, Montchrestien, 8ème éd., 2009.
- H. PORTELLI, Les régimes politiques européens, Le livre de poche, références, inédit, 1994
- J.-L. QUERMONNE, Les régimes politiques occidentaux, Seuil, inédits, politique, 2006

Cf. aussi les revues citées ci-dessous, et notamment :

La revue *Pouvoirs*, n°s

8 L'Espagne démocratique,

18 Italie,

22 la R.F.A.,

43 La Suisse,

54 La Belgique,

59 La Cour suprême des Etats-Unis,

66 L'Allemagne,

71, Le nouveau Japon,

72 Israël,

78 Les monarchies,

79 Les groupes d'intérêt,

81 La Chine après Deng,

82 Femmes en politique,

85 La démocratie majoritaire,

86 l'Algérie,

87 l'extrême droite en Europe,

90 L'Inde,

93 Le Royaume Uni de Tony Blair,

98 L'Amérique latine,

103, l'Italie,

104 Islam et démocratie,

106 Les nouveaux Etats de l'Union,

112 La Russie de Poutine,

115 La Turquie,

118 La Pologne,

124 L'Espagne,

136 la Belgique.

## Histoire constitutionnelle française

- J.-J. CHEVALLIER et J.-M. MAYEUR, Histoire des institutions et des régimes politiques de la France de 1789 à nos jours, Dalloz, 9e éd., 2009.
- D. COLAS, Textes constitutionnels français et étrangers, Larousse 1994
- O. DUHAMEL, Histoire constitutionnelle de la France, Seuil, Points, Essais, 1995
- J. GODECHOT, Les constitutions de la France depuis 1789, Garnier-Flammarion, 2018.
- M. MORABITO Histoire constitutionnelle de la France: de 1789 à nos jours, L.G.D.J., coll. Domat droit public, 15e éd., 2018.
- Revue Pouvoirs n° 76 LA IVème République

## **REVUES ET PÉRIODIQUES**

Analysez systématiquement les tables des revues, ainsi que les numéros de l'année en cours, sur une période de deux à dix ans pour un exposé. Ces tables, qui sont généralement intégrées dans le dernier numéro annuel ou qui font l'objet d'un numéro spécial, contiennent un ou plusieurs index, par thème, par date des textes ou des arrêts, et par nom d'auteur. Analysez aussi les chroniques, qu'elles soient relatives aux textes, à la jurisprudence ou à la bibliographie. Elles paraissent soit dans chaque numéro, soit dans quelques-uns seulement.

Les principales revues consacrées au droit constitutionnel sont:

- *Pouvoirs*, revue de droit constitutionnel et de science politique, dont chaque volume (quatre par an) est présenté sous la forme d'un livre consacré à un thème principal, et comporte différentes chroniques (repères étrangers et Chronique constitutionnelle française). Instrument de travail indispensable, dès la première année, pour suivre l'actualité et faire une mise à jour avant de présenter un exposé ou un travail de recherche.
- *La R.F.D.C.*, Revue française de droit constitutionnel (Rev. fr. dr. const.), trimestrielle également, on y trouve généralement un thème majeur et des chroniques d'actualité. Plus orientée sur une approche contentieuse et souvent plus descriptive que la revue *Pouvoirs*, bien que l'on y trouve quelques articles de théorie du droit.
- *La R.D.P.*: Revue du droit public et de la science politique, éd. L.G.D.J. Articles traitant de thèmes divers, chroniques régulières (ex. contentieux constitutionnel par D. Rousseau), et quelques n°s spéciaux consacrés à un thème particulier (ex : La dissolution de 1987, les 40 ans de la Vème République, le quinquennat).
- *Jus politicum*, qui souligne l'importance de la théorie politique sur le droit constitutionnel, sur internet.
- Sur le contentieux constitutionnel: Annuaire international de Justice constitutionnelle

Quelques revues de droit public traitant notamment du droit constitutionnel :

- N.E.D.: Notes et études documentaires, Doc. française
- PPS: Problèmes politiques et sociaux, Doc. française
- La R.F.D.A.: Revue française de droit administratif, éd. Sirey
- R.F.S.P.: Revue française de science politique
- R.P.P.: Revue politique et parlementaire

Revue et périodiques de théorie du droit :

- Les Archives de philosophie du droit (éd. Sirey), un numéro par an.
- Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen
- Droit et société
- Droits, Revue française de théorie juridique, éd. P.U.F. : deux numéros par an

Revue de droit comparé:

- A.I.J.C: Annuaire international de justice constitutionnelle.
- R.I.D.C., revue internationale de droit comparé.
- R.U.D.H. Revue universelle des droits de l'homme.

## INTERNET

L'informatisation des bibliothèques et Internet vous permettent de diversifier et d'actualiser vos recherches. Les instruments informatiques, très intéressants, restent cependant seulement un complément des recherches classiques. **Veillez à utiliser des sites sérieux.**

Pour les textes, la jurisprudence et pour des informations plus diversifiées par exemple sur le Parlement ou le Gouvernement de tel ou tel pays, utilisez notamment le serveur *Mikado* de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, (<https://mikado.univ-paris1.fr/>) par biais duquel vous pouvez accéder à d'autres serveurs (Gouvernements, Institutions diverses comme le Conseil constitutionnel ou la Cour européenne des droits de l'Homme, Universités, etc...).

Sur les textes et la jurisprudence, cf. ci-dessus.

Pour une analyse approfondie :

- C. RENAULT-BRAHINSKY Guide des sites juridiques. Le meilleur d'internet pour l'étudiant en droit, Gualino éd
- S. GUINCHARD et alii Internet pour le droit, Montchrestien, 2001.

## **PRINCIPAUX SITES:**

[www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr) (textes et jurisprudence)

[www.journal-officiel.gouv.fr](http://www.journal-officiel.gouv.fr). (sommaire et image des pages du J.O. du jour);

[www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr) (textes du « Lois et décrets » et ensemble des codes);

<http://www.senat.fr> (Sénat)

<http://jurist.law.pitt.e-du/index.htm> (dossiers sur les questions d'actualité du droit const. américain)

<https://mjp.univ-perp.fr/mjp.htm> : L'Université de Perpignan met également à disposition certaines constitutions étrangères (notamment toutes les Constitutions des États de l'Union européenne à l'exception de Malte)

Document 1 : L. Favoreu, « Le droit constitution, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC*, 1990, p. 84 et s. (extrait)

## *Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit*

---

LOUIS FAVOREU

En 1980<sup>1</sup>, nous affirmions qu'au cours des dix années précédentes « le droit public a entrepris une mutation si importante que l'on pourra bientôt parler de "révolution" », et la même année, au cours de la première réunion de l'Association française des Constitutionnalistes<sup>2</sup>, nous décrivions la transformation du contenu et de la place du droit constitutionnel au sein des branches du droit.

Dix ans après, alors que l'importance de la jurisprudence du Conseil constitutionnel a considérablement augmenté<sup>3</sup>, il est bien évident que ces constatations ne peuvent être que maintenues et développées. En effet, non seulement le bouleversement des données fondamentales du droit public et le changement de nature du droit constitutionnel ont été confirmés, mais encore, on peut dire que l'ensemble des branches du droit<sup>4</sup> est en train de subir l'influence de la Constitution et de son droit.

Certains ont pu penser que l'on assistait à un retour du droit constitutionnel d'avant-guerre, et même — par une curieuse assimilation — que c'était le signe d'un retour aux écoles de droit!<sup>5</sup>

Louis Favoreu, professeur à l'Université d'Aix-Marseille III, Directeur du Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle (URA-CNRS 1392).

1. In *L'apport du Conseil constitutionnel au droit public*, *Pouvoirs*, n° 13, p. 17 et s.

2. Colloque de St-Maur, février 1980.

3. V. nos observations in *RDP*, 1989, n° 2, p. 407 : 90 % de la jurisprudence du Conseil constitutionnel est intervenue de 1980 à 1989.

4. Mutation déjà décrite in *L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit*, *Mélanges L. Hamon*, Paris, Economica, 1982, p. 235 et s.

5. Voir notamment les affirmations étonnantes de D. Gaxie, *Jeux croisés, Droit et politique dans la polémique sur le refus de signature des ordonnances par le président de la République*, in *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 225, note 8 : « Que l'on songe par exemple aux stratégies intellectuelles et, plus généralement universitaires de Louis Favoreu. » Cette allusion, de caractère plutôt sybillin est éclairée par la note 42 : « Là encore cette stratégie intellectuelle est indissociable d'une stratégie universitaire qui vise à restaurer la tradition des écoles de droit, et au sein de ces dernières à remplacer les cours classiques de "droit constitutionnel" par les enseignements de "contentieux constitutionnel". »

C'est bien mal connaître — ou même ignorer totalement — l'évolution capitale qui s'est produite depuis une quarantaine d'années, dans le droit constitutionnel des pays européens, et au-delà même, dans la plupart des pays démocratiques ou qui s'efforcent de le devenir. On peut dire, de manière schématique, que la Constitution a cessé d'être seulement une « idée » pour devenir une « norme », c'est-à-dire une règle juridique obligatoirement sanctionnée « dont les effets se font sentir sur les citoyens et sur les juges »<sup>6</sup>. Bien évidemment, ce n'était pas le cas dans la France de la III<sup>e</sup> République et l'on voit mal comment les constitutionnalistes de cette époque auraient pu considérer de la même façon le texte des lois constitutionnelles de 1875. En outre, la manière d'envisager le droit constitutionnel ne peut être la même aujourd'hui dans la mesure où la science politique est venue apporter — et nul ne le conteste — des éléments précieux pour la connaissance de ce droit.

Le phénomène de juridicisation<sup>7</sup> du droit constitutionnel est inséparable de celui de l'expansion de la justice constitutionnelle : il est clair, à cet égard, que les droits constitutionnels allemand, autrichien, canadien, italien, espagnol, grec, portugais, belge ont connu ou connaissent une considérable évolution alors que les droits constitutionnels britannique, néerlandais ou suédois ont peu changé. Tous ceux qui ont pris connaissance de cette évolution à travers les études de droit comparé ne peuvent souscrire à l'affirmation émise par Michel Troper, en 1974<sup>8</sup>, et réitérée dans le présent numéro de cette revue<sup>9</sup>, selon laquelle la situation du droit constitutionnel est la même qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas un juge constitutionnel. Il suffit d'ailleurs, pour douter de l'exactitude de cette affirmation, de poser la question suivante : y aurait-il eu un droit administratif sans juge administratif ? Certes, comme l'a montré pertinemment le doyen Vedel<sup>10</sup>, la situation du juge constitutionnel à l'égard de la Constitution n'est pas exactement la même que celle du juge administratif à l'égard des textes de référence ; mais sans l'intervention de l'un et de l'autre, on voit mal comment l'administration et le législateur auraient été et seraient soumis au respect de la règle de droit.

Sans doute l'évolution — qui a commencé au plus il y a une trentaine d'années — est-elle toujours en cours : mais on peut, semble-t-il, dresser un premier bilan ou tout au moins un inventaire en ce début des années quatre-vingt-dix. Pour ce faire, le droit constitutionnel sera d'abord envi-

6. Cf. en ce sens E. Garcia de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, Civitas, Madrid, 3<sup>e</sup> éd., 1985.

7. Nous avons souligné, à maintes reprises, ce phénomène en utilisant le terme de « juridicisation » (notamment in *Pouvoirs*, n° 13, 1980).

8. Le problème de l'interprétation et la théorie de la supra-légalité constitutionnelle, *Mélanges Eisenmann*, p. 133.

9. Cette revue, p. 38 et s.

10. Le précédent judiciaire en droit public français, *RIDC*, 1984 (numéro spécial, vol. VI).

sagé comme « droit de la Constitution » puis comme « Constitution du droit ».

## I - LE DROIT CONSTITUTIONNEL, DROIT DE LA CONSTITUTION

Le doyen Georges Vedel écrivait, en 1949, dans son manuel de *Droit constitutionnel* (p. 5) :

« ... dans la plupart des pays et pour la plupart des matières le droit de l'autorité politique est contenu dans la Constitution écrite. C'est cette coïncidence très large et très fréquente qui a fait adopter et conserver le terme de droit constitutionnel, encore que le droit constitutionnel soit autre chose que le "droit de la Constitution". »

Au début de la IV<sup>e</sup> République, le « droit de la Constitution » est moins large que le droit constitutionnel : quarante ans après, on peut dire que, à l'inverse, le droit constitutionnel — tel du moins qu'il est habituellement entendu — est trop étroit pour englober tout le « droit de la Constitution ». *L'objet du droit constitutionnel a changé.*

L'expression « droit de la Constitution » nous servira également à définir le droit constitutionnel tel qu'il existe en ce début des années quatre-vingt-dix.

### A - L'OBJET DU DROIT CONSTITUTIONNEL

Dans son « Cours de droit constitutionnel comparé », en 1950-1951, Charles Eisenmann a bien montré — notamment à propos du droit constitutionnel — qu'il ne fallait pas confondre droit et science du droit<sup>11</sup> :

Le mot « droit » en lui-même et à lui seul, et plus encore dans les expressions telles que droit civil, droit constitutionnel, droit administratif, est constamment employé en une double acception, avec passage fréquent de l'une à l'autre. Tantôt il désigne un corps de règles, les règles ou certaines règles de droit. Tantôt, il désigne la ou les disciplines dont ces règles sont l'objet ; il est alors l'étude même ou science de ce corps de règles. Cette dualité de sens se rencontre en particulier pour l'expression « droit constitutionnel ».

11. Cf. à propos de la confusion entre droit et science du droit, les observations de Ch. Atias (*Epistémologie juridique*, Paris, PUF, 1985, p. 31).

## 1 - D'un objet unique à un triple objet

Pour le moment, nous retiendrons l'idée de corrélation entre le « corps de règles » et « la discipline dont ces règles sont l'objet ». Or, de ce point de vue, il est incontestable que l'objet du droit constitutionnel n'est pas le même à la fin des années quarante (du moins en France) et au début des années quatre-vingt-dix : on pourrait dire qu'il y a, au moins, triplement de l'objet, en ce sens que le droit constitutionnel de la IV<sup>e</sup> République avait essentiellement pour objet des institutions alors que celui de la V<sup>e</sup> République — rejoignant les autres droits constitutionnels contemporains — a pour objet, en sus des institutions, le système des sources ou système normatif et la protection des libertés et droits fondamentaux. Pour la clarté de l'exposé<sup>12</sup>, on distinguera donc le droit constitutionnel institutionnel, le droit constitutionnel normatif et le droit constitutionnel substantiel correspondant aux trois objets du droit constitutionnel moderne : les institutions, les normes et les libertés.

### a / Les institutions : le droit constitutionnel institutionnel

C'est l'objet traditionnel du droit constitutionnel en France depuis la dernière guerre : la description des institutions politiques, qui comporte quatre parties, à savoir la théorie générale<sup>13</sup>, les institutions politiques étrangères, l'histoire des institutions politiques françaises et les institutions politiques de la V<sup>e</sup> République. Le cours de droit constitutionnel habituel est essentiellement un cours d'institutions politiques et cela bien que l'intitulé officiel du cours prévu en première année des études de droit soit : « Droit constitutionnel et institutions politiques ».

Les problèmes juridiques sont généralement traités en fin de cours, à propos de la V<sup>e</sup> République, qu'il s'agisse des questions touchant au système normatif (théorie des sources, hiérarchie des normes) mais également de celles relatives aux institutions elles-mêmes. En effet, si sont habituellement exposées les règles applicables aux découpages électoraux, au financement des partis et des campagnes électorales, au droit de suffrage et à l'éligibilité, etc., la problématique juridique relative à ces questions est généralement peu abordée.

En outre, l'étude des institutions se limite aux institutions *politiques*. Or le droit constitutionnel, tel qu'il est entendu aujourd'hui dans la plupart des pays, s'étend aux institutions administratives (notamment locales) et aux institutions juridictionnelles. Certes, beaucoup dépend — du moins pour les premières — de la forme de l'Etat (fédéral, quasi

12. Et même si l'exactitude ou la rigueur scientifique des expressions prête à discussions.

13. Qui est largement une théorie générale des institutions politiques vues sous l'angle français.

fédéral ou autonome, unitaire); mais même dans un Etat unitaire comme la France, il est désormais impossible de ne pas aborder les bases constitutionnelles des institutions administratives, comme des institutions juridictionnelles.

Il est vrai que la tradition française en ce domaine est contraire à cette incorporation des institutions administratives et juridictionnelles dans le droit constitutionnel, au motif que la Constitution ne peut contenir que des prescriptions relatives aux institutions politiques<sup>14</sup>; mais ceci est complètement dépassé en droit comparé, et même en droit français contemporain. Qui, après les décisions du Conseil constitutionnel des 25 février 1982<sup>15</sup>, 22 juillet 1980<sup>16</sup>, 23 janvier 1987<sup>17</sup> — pour ne citer que les principales — pourrait soutenir sérieusement que les bases constitutionnelles de l'organisation juridictionnelle ne relève pas de l'étude du droit constitutionnel ?

Pour résumer, le droit constitutionnel institutionnel comprend l'étude des institutions politiques et des problèmes juridiques soulevés par celles-ci ainsi que celle des bases constitutionnelles des institutions administratives et juridictionnelles.

#### *b / Les normes : le droit constitutionnel normatif*

Le droit constitutionnel normatif ou droit constitutionnel fondamental devrait venir en tête de l'énumération des objets du droit constitutionnel, mais il est si peu habituel — en France — de l'intégrer dans le droit constitutionnel, dans toutes ses dimensions, que nous avons préféré ne l'aborder qu'en second.

Il couvre ce que l'on appelle quelquefois le système des sources du droit<sup>18</sup> — et que nous préférons dénommer système normatif. Il est peu à peu découvert en droit français que le système des sources dépend de la Constitution alors qu'en droit comparé ceci est acquis depuis longtemps<sup>19</sup>.

14. Même Ch. Eisenmann est de cet avis, en 1950 : il récuse l'analyse de Prétot selon laquelle « le droit constitutionnel comporterait l'étude de la structure des organes de l'appareil étatique tout entier, c'est-à-dire de la structure de l'Administration et des juridictions, aussi bien que de celle des organes supérieurs Parlement ou Gouvernement ». Pour lui, en effet, « il faut enregistrer comme un fait traditionnel et comme un fait légitime que le "droit constitutionnel" se limite à l'étude des problèmes et des règles relatifs aux organes suprêmes de l'Etat, c'est-à-dire aux bases de l'organisation politique » (*Cours de Droit constitutionnel comparé*, 1950-1951, p. 37).

15. 82-137 DC et 82-138 DC, Décentralisation, *GD*, 5<sup>e</sup> éd., n° 34.

16. 80-119 DC, Validation d'actes administratifs, *GD*, 5<sup>e</sup> éd., n° 31.

17. 86-224 DC, Conseil de la concurrence, *GD*, 5<sup>e</sup> éd., n° 43.

18. Question habituellement étudiée en droit français, dans le cadre de l'introduction à l'étude du droit qui reste le plus souvent une introduction à l'étude du droit privé.

19. Il n'est que de voir en droit constitutionnel allemand ou italien la place consacrée aux sources du droit. On constatera par exemple que dans le commentaire du Code civil italien, la partie « sources du droit » a été confiée au constitutionnaliste Alessandro Pizzorusso qui y consacre un volume de six cents pages (*In Commentario del Codice civile* (a cura di A. Scialoja e G. Branca) : A. Pizzorusso, Fonti del Diritto, Bologna/Roma, 1977, 597 pages).

Le système normatif, constitue un réseau complexe, remarquablement structuré sous la V<sup>e</sup> République par la combinaison des articles 2, 11, 16, 34, 37, 38, 41, 45, 46, 53, 54, 55, 72, 73, 74, 89 et 92 de la Constitution : la manière dont s'ordonnent, se complètent et se relient les normes nationales et les normes locales, les normes nationales et les normes internationales, et les différentes catégories de normes nationales entre elles, est comparable à un mouvement d'horlogerie parfaitement au point dont le juge constitutionnel assure la régulation. Ainsi que nous l'avons souligné en introduction du colloque sur « L'écriture de la Constitution », il y a là un mécanisme sophistiqué dont les pièces ont été « usinées » avec un soin particulier par les « légistes-juges » du Conseil d'Etat lors de l'écriture de la Constitution et qui est mis en œuvre par les juges du Conseil constitutionnel<sup>20</sup>. Ce n'est que peu à peu et au fur et à mesure que se développe la jurisprudence constitutionnelle, que l'on découvre les potentialités et la complexité du système normatif français<sup>21</sup>.

Mais en droit comparé, on trouve des systèmes de sources encore plus complexes, notamment dans les Etats composés, fédéraux ou quasi fédéraux.

En définitive, on peut distinguer au moins trois situations, selon qu'il y a une catégorie de sources (sources nationales ; par exemple au Japon) ; deux catégories de sources (sources nationales et internationales, comme par exemple en France ou aux Pays-Bas ; ou sources nationales et locales, comme par exemple aux Etats-Unis), ou trois catégories de sources (sources internationales, nationales et locales, comme par exemple en Allemagne Fédérale, Italie ou Espagne). Ceci dépend de la Constitution et donc relève du droit constitutionnel. Et il est inutile d'insister sur l'importance du système des sources dans les divers pays : c'est au moins aussi important que les institutions.

### *c / Les libertés : le droit constitutionnel substantiel*

On désignera sous ce terme le droit constitutionnel des libertés que nous avons appelé aussi droit constitutionnel relationnel<sup>22</sup>. L'habitude

20. Voir notre rapport introductif à paraître in *L'écriture de la Constitution*, colloque d'Aix-en-Provence, septembre 1988.

21. Nous avons entrepris d'explorer et de faire explorer ce champ de recherches depuis 1977 avec le colloque sur la loi et le règlement (*Le domaine de la loi et du règlement*, 1978, rééd. 1982, Economica et PUAM) en faisant soutenir ou en faisant préparer des thèses sur les articles 37 alinéa 2 (en voie d'achèvement), 38 (en préparation), 41 (en préparation), 46 (en préparation), 53 et 54 (P. Gaia, *Le Conseil constitutionnel et le contrôle de l'intégration des engagements internationaux dans l'ordre juridique interne*, Thèse Aix-Marseille III, 1990), 72 (C. Bacoyannis, *Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales*, Thèse Aix-Marseille III, 1989, sous presse), 73 (F. Miclo, *Le régime législatif des DOM et l'unité de la République*, PUAM et Economica, 1982), 74 (en préparation), 92 (en préparation). Se rattache également à cette exploration du champ des sources du droit, et notamment à l'article 2 de la Constitution, la thèse de R. Debbasch, *Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République*, Aix-Marseille III, 1987, publié aux PUAM et Economica, 1988.

22. Notamment dans nos chroniques à la *Revue du droit public*.

n'est pas, en France, de traiter des libertés dans le cadre du droit constitutionnel : mais, en droit comparé, ceci est l'exception et non la règle ; car dans la plupart des systèmes occidentaux modernes, la protection et la reconnaissance des libertés et droits fondamentaux constituent l'une des branches les plus importantes du droit constitutionnel.

Ceci est une exigence du droit constitutionnel moderne. Certes, on pourrait penser à une résurgence des doctrines de Duguit et Hauriou affirmant le caractère constitutionnel et même supra-constitutionnel des Déclarations de droits ; mais, comme l'a montré Eisenmann, dès 1928, ces constructions se rapprochent plus du droit naturel que du droit positif et avaient une signification plus politique que juridique<sup>23</sup>. Tandis que l'incorporation des droits et libertés dans l'ensemble constitutionnel est aujourd'hui une œuvre de volonté des constituants qui leur consacrent des dispositions dans le texte fondamental au même titre que les institutions ou les normes<sup>24</sup>.

Ceci traduit une modification dans la manière de concevoir les pouvoirs des gouvernants car, bien évidemment, reconnaître constitutionnellement des droits et libertés aux individus a pour conséquence une sérieuse limitation des pouvoirs des gouvernants. Ceux-ci n'ont pas seulement à respecter des règles de forme et de procédure mais aussi des règles de fond ou droit substantiel. Les individus ne font plus confiance aux majorités même si celles-ci sont issues d'un processus pleinement démocratique : ils souhaitent que les décisions de celles-ci soient contrôlées afin de vérifier qu'il n'a pas été porté atteinte à leurs droits fondamentaux.

## 2 - *Le changement de nature du droit constitutionnel*

En résumé, on peut dire que le droit constitutionnel des III<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> République se bornait à décrire et à étudier « les institutions grâce auxquelles le pouvoir s'établit, s'exerce ou se transmet dans l'État »<sup>25</sup>. En quelque sorte, il s'agissait de vérifier que les institutions avaient été démocratiquement mises en place, et que la désignation des représentants par le peuple s'était faite dans des conditions d'authenticité maximum<sup>26</sup>. Cela

23. Cf. Ch. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, 1928 (rééd. 1986, PUAM et Economica, p. 24-25).

24. Il en est ainsi dans toutes les Constitutions récentes.

25. M. Prelot et J. Boulouis, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 10<sup>e</sup> éd., p. 33. Telle était l'opinion de Marcel Prelot ; mais le doyen Jean Boulouis montre que les choses ont évolué. En fait, il convient que l'étude des institutions administratives et juridictionnelles devrait être abordée en droit constitutionnel de même que celle des normes et des libertés ; et il ajoute que si « on demeure fidèle à (la) définition classique, ce ne peut être que par une nécessité de découpage de moins en moins conforme au droit positif et aux exigences de fond de la pédagogie » (§ 21. C'est nous qui soulignons).

26. Cette vérification, aujourd'hui, est plus stricte qu'autrefois, en ce sens que, par exemple, on y inclut l'exigence d'un découpage équitable des circonscriptions électorales ; mais tout ceci relève du droit constitutionnel institutionnel.

explique l'importance attribuée aux processus électoraux, aux partis politiques et aux divers acteurs possibles du jeu politique, ainsi qu'aux mécanismes institutionnels tels que mise en cause de la responsabilité gouvernementale, dissolution, et d'une manière générale, rapports entre les pouvoirs.

Ceci correspond au contenu et à la structure des Constitutions de 1875 et 1946 : ce sont des Constitutions dont l'objet est essentiellement les institutions et qui ont pour but de garantir la meilleure expression de la volonté générale par des représentants régulièrement élus. Ceci est aussi conforme à la conception britannique de la démocratie.

Cette conception repose sur un postulat « optimiste », à savoir que la volonté exprimée par la majorité correspond à la volonté générale et que les minorités ne seront pas opprimées ou défavorisées par la majorité. Les Britanniques mettent aussi en avant le fait que la culture politique de la population est de nature à « policer » et à limiter la volonté exprimée par la majorité. Mais on peut avoir une vue plus pessimiste et considérer que la démocratie bénéficiera surtout à une partie de la population. C'est ainsi qu'au Canada, l'abandon de la stricte conception britannique lors du rapatriement de la Constitution s'est traduit notamment par l'incorporation d'une Déclaration des droits dans la Constitution voulue par le Premier ministre P. E. Trudeau mais combattue par certains de ses adversaires au nom d'une orthodoxie démocratique de type britannique. Comme le souligne excellemment W. P. Murphy<sup>27</sup> :

A la limite, les constitutionnalistes admettraient que les deux démarches étaient correctes ; certainement, chaque système est de nature à protéger les droits des individus de race blanche, de langue anglaise, nés dans le pays et appartenant à la classe moyenne. Mais en Angleterre, les Irlandais, les Indiens et les Noirs ne prendraient pas au sérieux l'affirmation selon laquelle leurs droits sont aussi bien protégés que ceux des franco-, japo-, eskimo- et indo-canadiens.

Un autre spécialiste américain, Bruce Ackerman, montre de la même manière que, dans ce qu'il appelle la « démocratie moniste » (dont le type est la démocratie britannique), il est exigé qu'« une complète liberté de légiférer soit accordée aux vainqueurs des dernières élections générales... » et que « durant la période séparant deux élections, tout contrôle institutionnel sur les gagnants des élections est présumé anti-démocratique ». Ce qui conduit à s'assurer essentiellement que le processus électoral s'est déroulé correctement, et donc à faire de ce processus électoral « une question centrale »<sup>28</sup>.

27. *Constitutions, constitutionalism and democracy*, p. 21 (Rapport présenté au colloque international de l'American Council of Learned Societies, « Comparative constitutionalism », Berlin, septembre 1989). W. P. Murphy est l'un des meilleurs spécialistes de « judicial politics » aux États-Unis.

28. B. Ackerman, *Dualistic Democracy*, communication au colloque international sur 1789 et l'invention de la Constitution (Paris, AFSP, 2, 3 et 4 mars 1989).

On comprend alors que dans les démocraties de type britannique ou français (III<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> République), les problèmes institutionnels et électoraux soient l'objet quasi exclusif du droit constitutionnel. Mais il n'en va pas de même dans le droit constitutionnel existant aujourd'hui dans la plupart des pays occidentaux et que semblent vouloir imiter les pays de l'Est à la recherche de l'Etat de droit.

Car c'est l'idée de réalisation de l'Etat de droit qui domine le droit constitutionnel moderne : toutes les institutions (y compris le Parlement) sont soumises au respect des règles de droit et notamment à celles qui protègent les droits fondamentaux : en sorte qu'elles ne peuvent limiter ceux-ci ou leur porter atteinte qu'en utilisant les voies normatives appropriées, et donc, en fait, en obtenant les majorités exigées pour adopter telle ou telle limitation. Ainsi il apparaît que les trois objets du droit constitutionnel moderne — institutions, normes et libertés — sont étroitement liés et ne forment qu'un même ensemble.

## Document 2 :

# Réflexions sur le droit constitutionnel et son enseignement \*

Issu de Revue du droit public - n°1 - page 155

Date de parution : 01/01/2010

Réf : RDP 2010, p. 155

Auteur :

- Par Pierre Pactet, Professeur émérite de l'Université Paris XI

1. Il faut évidemment commencer par essayer de cerner la notion de droit constitutionnel. On retiendra, comme élément de départ, la notion d'un droit qui se situe à un très haut niveau de la régulation sociale, un droit qui équilibre et détermine les rapports entre gouvernants et citoyens et par là même un droit du pouvoir politique, de son exercice et de sa dévolution. Ce droit comporte deux faces étroitement associées. D'une part, c'est un droit des autorités gouvernantes, qui met en œuvre des normes, des organes, des jurisprudences, des mécanismes et des procédures souvent complexes d'exercice du pouvoir. D'autre part, c'est un droit des citoyens, qui affirme leurs libertés, leurs droits et leurs garanties. Le droit constitutionnel s'inscrit dans les constitutions, déclarations, préambules et autres normes s'appliquant au pouvoir des gouvernants et aux droits et libertés des citoyens. Il s'inscrit également et de plus en plus dans la jurisprudence des Cours constitutionnelles. Il s'inscrit enfin dans le fonctionnement réel des institutions, tel que l'expérience et l'observation pratique peuvent le révéler. C'est pourquoi nombre de bons esprits considèrent légitimement que si le droit constitutionnel est d'abord et essentiellement une discipline juridique, il inclut aussi et nécessairement des développements historiques et sociopolitiques. S'il en était besoin, les auteurs étrangers et notamment anglo-saxons sont là pour nous le rappeler, cependant que la longue lignée des constitutionnalistes français, de R. Carré de Malberg à G. Burdeau, G. Vedel et L. Favoreu témoigne éloquemment de la diversité des approches possibles. Cette diversité est en elle-même une richesse, il faut savoir en user.

2. La notion de droit constitutionnel suscite d'autant plus d'intérêt que la seconde moitié du XXe siècle a été marquée par une remarquable montée en puissance de la matière. Parmi les causes de ce phénomène, on retiendra, entre autres, la victoire des démocraties lors de la Seconde Guerre mondiale, la décolonisation qui a fait apparaître de nombreux États indépendants, l'implosion des régimes marxistes qui a permis la prévalence du modèle occidental. Ces événements ont contribué à la diffusion des idées démocratiques, à la reconnaissance des droits des gouvernés, à l'emprise du droit sur les systèmes politiques et à la constitutionnalisation du droit. Même s'il subsiste des régimes dont la philosophie et davantage encore la mise en œuvre sont fort différentes, un progrès appréciable a, semble-t-il, été réalisé.

3. C'est pourquoi il paraît intéressant d'essayer de faire le point et de déterminer de manière plus précise les différents éléments que recouvre actuellement la notion de droit constitutionnel, comme d'en souligner les aspects dominants. Deux voies complémentaires sont possibles. La première consiste à s'efforcer de couvrir un champ constitutionnel désormais très étendu et d'en recenser les parties composantes. En effet, de nouveaux secteurs sont apparus, parfois très vastes, d'autres qui avaient été quelque peu négligés ont resurgi, des connexions ont été établies avec des disciplines distinctes. La seconde s'ouvre sur la dynamique d'un droit constitutionnel dont le propre est d'être en mouvement constant, par le fonctionnement des institutions et leur mise en œuvre et aussi leurs dérives éventuelles, par l'effet de la jurisprudence des Cours constitutionnelles et de leur interprétation des normes, ainsi

que par les révisions de plus en plus nombreuses apportées aux textes constitutionnels.

4. Il va de soi que cette recherche ne peut rester sans influence sur l'enseignement, qu'il s'agisse de l'enseignement généraliste, d'initiation, normalement dispensé aux étudiants qui n'ont encore eu aucun contact universitaire avec la matière, ou des enseignements spécialisés ou autonomes venant compléter le précédent. En effet, il est clair que le nouvel espace constitutionnel excède largement les limites d'un enseignement d'initiation.

5. Ce sont ces deux voies que l'on examinera, en laissant évidemment aux utilisateurs le choix de la répartition des matières entre les divers enseignements, généraliste, spécialisés, autonomes.

## I. — L'ESPACE CONSTITUTIONNEL

6. On opérera le recensement des matières constitutionnelles sans s'attarder sur chacune d'elles. Elles sont connues et il suffit, lorsqu'elles sont en marge ou ont été érigées en disciplines distinctes, de rappeler que par leur nature elles font partie du vaste complexe constitutionnel. Comme il a été indiqué, on sait que tous les États — ou peu s'en faut — ont une constitution écrite, que nombreux sont ceux dont la constitution est influencée par le modèle occidental, que beaucoup font référence aux droits de la personne et ont institué un contrôle de la constitutionnalité des normes. Pour autant, on ne doit pas oublier que la mise en œuvre ne suit pas toujours, il s'en faut. C'est ici le lieu d'indiquer — on aura à le répéter — qu'en droit constitutionnel l'examen factuel est indissociable de l'étude normative, car si on ne contrôle pas la seconde par le premier, on risque de commettre de graves erreurs et de donner une idée fautive de la réalité.

7. Il faut aussi signaler qu'il existe dans les constitutions de la plupart des États une sorte de fond commun rassemblant des dispositions relatives aux libertés et aux droits, à la forme de l'État, à la révision de la constitution, aux organes législatifs et exécutifs, au pouvoir judiciaire, à la répartition des compétences en cas de fédéralisme, à la passation des traités, au contrôle de constitutionnalité lorsqu'il existe comme il arrive de plus en plus souvent, etc. À noter que dans les cours et manuels, on retrouve également un fond commun, mais qui n'est pas identique au précédent pour une raison simple tenant à ce que les constitutions sont prescriptives, alors que les cours et manuels se doivent d'être explicatifs. Le plus souvent ils prennent donc les problèmes à étudier largement en amont et commencent par des exposés de théorie constitutionnelle, afin de préparer les esprits à la compréhension du droit positif, institutionnel, normatif et jurisprudentiel. Dans l'un et l'autre cas, la démarche suivie est de toute évidence parfaitement justifiée.

8. Il est également important de souligner que l'État a toujours représenté et demeure actuellement encore une donnée fondamentale du droit constitutionnel. En effet, c'est dans le cadre de l'État et avec l'appui de la puissance publique que les droits nationaux trouvent leur origine. L'État est à la source du droit et celui-ci, en respectant les règles constitutionnelles, peut à son tour réagir sur l'État. Certes, ce dernier a subi au cours des dernières décennies un affaiblissement certain. D'une part, on a assisté à une valorisation des collectivités internes à l'État et qui reçoivent de lui leur existence et leurs moyens, valorisation qui s'est traduite par de nombreux transferts de compétences et de ressources propres, et qui a fini par leur conférer une plus ou moins grande autonomie. D'autre part, les regroupements récents d'États, à l'image de l'Union européenne, n'ont pu se faire que par la remise aux instances supranationales de compétences décisives dont les États membres acceptent d'être dépossédés. Il s'est agi d'un changement très considérable et même d'un bouleversement dont il faut tenir le plus grand compte. Naguère on attribuait à l'État la souveraineté, c'est-à-dire en simplifiant, la maîtrise de son destin. Désormais, il y a partage et les commentateurs s'efforcent d'éviter un terme difficile à définir et à expliquer. Pourtant l'État conserve en droit constitutionnel une place éminente

et, en fait sinon en droit, toujours la première. Cela tient d'abord à sa dimension historique, à laquelle la conscience populaire est sensible parce qu'elle y voit traditionnellement un organe tutélaire, le responsable de la collectivité tout entière, chargé de faire prévaloir l'intérêt général et d'organiser les services publics, donc un éventuel recours. Une autre raison est liée au fait que l'État conserve, par partage ou par substitut, des compétences toujours importantes et parfois décisives. Enfin on n'oubliera pas que l'État, en raison de son unité et de son homogénéité au moins relative, est la principale communauté où la démocratie puisse véritablement s'exercer et surtout s'exprimer clairement. Dans les regroupements supranationaux la démocratie fonctionne aussi, mais la lisibilité est beaucoup moins grande. On conçoit que l'État demeure une des pierres angulaires du droit constitutionnel.

9. Les problèmes évoqués dans les développements qui suivent procèdent d'un choix personnel, effectué en toute liberté, qu'ils figurent déjà ou non dans le fond commun dont le contenu est, d'une manière générale, considéré comme acquis. Ils ont été retenus en fonction de critères divers : presque toujours leur contemporanéité, souvent leur importance, ou le fait qu'ils se posent dans un grand nombre d'États, parfois leur réapparition après un effacement prolongé, parfois encore parce qu'ils donnent lieu à controverse. C'est pourquoi certaines questions fondamentales, telles celles concernant les principaux régimes pratiqués dans le monde occidental ou encore celles des grandes fonctions étatiques, exécutive et législative, n'y figurent pas, parce qu'elles n'ont pas subi de bouleversement récent ou parce qu'elles ont été traitées ailleurs.

10. Le premier secteur à intégrer est celui, très vaste, des libertés et des droits de la personne. Par leur nature, ceux-ci entrent incontestablement dans l'espace constitutionnel, comme on l'a d'ailleurs indiqué dès le début de cette étude. Sur ce point, on ne peut que rejoindre le Doyen L. Favoreu qui s'est prononcé en ce sens avec force. Dans la mesure où le droit constitutionnel est le droit des rapports entre gouvernants et gouvernés, l'adhésion à l'idéologie démocratique devrait même donner la priorité à ces derniers et à la garantie de leurs droits. Aussi bien, le Précis de droit constitutionnel de Maurice Hauriou consacrait déjà en 1929 ses cent vingt dernières pages aux droits individuels et aux libertés. En réalité, la vraie question porte non pas sur leur caractère constitutionnel — il ne peut être mis en doute — mais sur le point de savoir s'il faut les intégrer dans l'enseignement généraliste de première année ou en faire l'objet d'un enseignement autonome. Il est permis de penser que cette dernière solution est nettement préférable, d'abord pour une raison de commodité, parce que les libertés et les droits représentent un très vaste ensemble qui ne peut s'intégrer dans le droit constitutionnel sans sacrifices pour chacun d'eux, ensuite pour une raison pédagogique, parce que l'étude des libertés et des droits exige des connaissances en droit privé, en droit administratif et en droit pénal et qu'il est plus rationnel de la reporter à un stade ultérieur du cursus, comme il se fait généralement. Mais il est libre à chacun de souligner dès le départ la grande importance des libertés et des droits.

11. On peut citer ensuite le secteur des traités et celui, beaucoup plus étendu, des relations internationales. Généralement, les constitutions consacrent quelques dispositions à évoquer d'une part, la répartition des compétences en matière de relations internationales entre l'exécutif et le législatif — et éventuellement entre les têtes de l'exécutif —, d'autre part, la procédure de passation des traités et autres conventions internationales. Pendant longtemps l'enseignement du droit constitutionnel n'a que sommairement étudié ces problèmes. Actuellement et du fait du nombre croissant des conventions internationales, ceux-ci ne peuvent plus être sous-estimés. En outre et surtout, un phénomène nouveau est apparu, tenant à la montée en puissance du droit international public — qui ne le cède en rien à celle du droit constitutionnel — et à une tendance des États à se regrouper en organisations régionales. Il en résulte que le droit procédant directement des Nations Unies et celui propre à l'Union européenne sont désormais au cœur des systèmes — juridique et constitutionnel — des États membres. Dans des conditions voisines, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme exerce une influence active et salutaire. Il est évidemment impossible que l'enseignement

du droit constitutionnel national ne tiennent pas le plus grand compte de normes et d'arrêts qui intègrent le droit positif et l'emportent en principe sur le droit national. Ces éléments majeurs, qui restreignent la puissance de l'État et sa souveraineté sont certainement à exposer dès l'enseignement d'initiation.

12. Pour les États membres de l'Union européenne, il faut évidemment aller nettement plus loin et insérer dans l'enseignement d'initiation des développements ou un chapitre consacré à l'Union. Certes celle-ci ne sera étudiée de manière spécifique que plus tard, au cours des années d'études suivantes. Il n'en faut pas moins retracer sa formation et ses raisons d'être ainsi que ses objectifs, décrire ses principaux organes et leur rôle, souligner la primauté du droit européen sur le droit national ou plus précisément son intégration dans ce dernier, délimiter les compétences de l'Union et celles dont peut encore se prévaloir l'État, ne pas négliger le rôle très important dévolu à la Cour de justice de l'Union européenne. Il est clair que l'existence de l'Union, sa nature supranationale et ses nombreuses compétences ajoutent un champ très vaste au droit constitutionnel qui se trouve à la jonction du droit européen et du droit national. On observera cependant que dans un enseignement d'initiation des notions sommaires et précises peuvent suffire.

13. En droit interne, le pouvoir judiciaire a longtemps été présenté, dans l'enseignement du droit constitutionnel, comme le parent pauvre des deux pouvoirs politiques. Il ne peut plus en être ainsi. Les connexions avec la Cour constitutionnelle sont souvent complexes alors qu'elles sont plus simples avec les Cours supranationales, dont les décisions s'imposent, mais la constitutionnalisation du droit a plutôt renforcé les Cours suprêmes judiciaire et administrative. Davantage encore, on constate dans de nombreux pays que les juges se sont rendus redoutables aux dirigeants politiques et parfois aux gouvernants, qu'ils peuvent avoir l'occasion de mettre en cause, lorsque les conditions légales leur paraissent réunies, que ce soit à tort ou à raison. L'autorité judiciaire est redevenue un pouvoir et il faut en tenir compte.

14. Le système de valeurs sur lequel repose un régime est important et doit être signalé et expliqué. D'assez nombreuses constitutions contemporaines y font expressément référence. Parfois les valeurs doivent être dégagées des dispositions relatives aux droits fondamentaux, qui en sont une bonne illustration. Il arrive même qu'une Cour constitutionnelle se réfère à une valeur non énoncée par le texte constitutionnel mais qui lui paraît cependant l'inspirer et l'imprégner, comme cela a été le cas en France pour la liberté d'entreprendre — et donc le libéralisme économique — en 1982 dans un contexte qui pouvait passer pour peu favorable. D'une manière générale, ces Cours ont à assumer un rôle considérable de protection et de mise en œuvre de ces valeurs. Bien sûr, chaque État a son propre système de valeurs, mais on retrouve dans la plupart d'entre eux l'existence d'un fond commun, lié au respect de la vie et des libertés fondamentales. Celles-ci, désormais bien énoncées par le droit international mais pas toujours aussi bien protégées, sont des valeurs généralement reconnues, sinon toujours mises en pratique.

15. En France, on trouve parmi les valeurs nettement exprimées l'affirmation de la souveraineté nationale « qui appartient au peuple », la liberté, l'égalité et la fraternité, la reconnaissance expresse de l'égalité des sexes, la laïcité, le respect de l'environnement, le caractère social de la République, etc. D'autres valeurs s'attachent au statut identitaire, c'est-à-dire à la citoyenneté, au droit de suffrage, dans le cadre d'une philosophie individualiste profondément ancrée dans l'esprit des Lumières, la Déclaration de 1789 et le Préambule de 1946. L'article 3 de la Constitution française, en assurant « l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion » rejette clairement toute discrimination et tout communautarisme. Toutes ces valeurs sont parties intégrantes de l'enseignement de droit constitutionnel. On notera qu'il doit en être de même pour le droit de la nationalité, impliqué dans le concept de citoyenneté et appliqué dans une période de brassage des populations. Certes, il fait l'objet d'une loi ordinaire que l'on trouvera plus facilement dans le Code civil que dans un recueil constitutionnel. Il n'en relève pas moins de la souveraineté nationale — qu'il

met en cause — dans la partie désormais limitée qui demeure à la disposition des États intégrés dans l'Union européenne et à ce titre son étude se situe logiquement dans le cadre de l'enseignement de base du droit constitutionnel.

16. Les dispositions constitutionnelles relatives à la forme de l'État — fédérale, unitaire — sont bien connues et font partie du fond commun précédemment évoqué. Cependant, on observera que des formes plus complexes de fédéralisme sont apparues, notamment en Belgique, fort bien étudiées par le professeur F. Delpérée. Dans le même esprit, on portera attention aux difficultés survenues dans des États unitaires du fait de territoires — souvent ultra-marins — passant de l'état de collectivités décentralisées à l'état de collectivités autonomes, avec parfois pour terme possible l'indépendance. Un statut hybride est alors mis en œuvre, susceptible d'évolution. On trouvera un exemple de la complexité de ces statuts dans les titres XII et XIII de la Constitution française, ainsi que dans leurs textes d'application. On n'oubliera pas que pour chaque État concerné, il s'agit de dispositions de droit positif dont l'étude s'impose.

17. Le contrôle de constitutionnalité occupe désormais une place très importante dans le droit constitutionnel de nombreux États. Les conséquences sur l'enseignement sont tout naturellement à la mesure de l'événement. Elles se manifestent dans tous les secteurs de l'espace constitutionnel dès lors que la saisine des Cours constitutionnelles peut être aisément mise en œuvre. L'enseignement généraliste accueille avec le plus grand profit des références jurisprudentielles qui lui apportent précision et actualité et qui lui permettent de s'inscrire et de se fixer dans la vie juridique. Ces références sont irremplaçables. Le champ d'action de la jurisprudence étant par hypothèse aussi étendu que celui des lois qu'elle contrôle, elle peut avoir à intervenir à tout moment et dans n'importe quel secteur pour rappeler la signification des textes constitutionnels. Cependant son domaine d'élection est certainement celui des libertés et des droits de la personne, généralement visés de manière succincte dans les textes et dont elle assure la protection et les garanties. En France, il faut s'attendre à une nouvelle extension du contentieux constitutionnel depuis que la révision de 2008 a prévu un contrôle par voie d'exception et a donc ouvert, tout en encadrant étroitement la procédure, une initiative aux citoyens. À noter, en revanche, que le contentieux constitutionnel dans son ensemble ne peut, lorsqu'il est trop abondant parce que pratiqué depuis longtemps, trouver sa place dans un enseignement d'initiation et appelle nécessairement un enseignement autonome.

18. L'histoire joue un rôle non négligeable dans l'enseignement du droit constitutionnel et il est vrai que le passé aide souvent à comprendre le présent. L'exemple classique est celui du régime britannique, fait d'alluvions successives. Il est probant si on considère que c'est au XVIII<sup>e</sup> siècle que la responsabilité politique et collective du Cabinet s'est progressivement dégagée de la responsabilité pénale et individuelle des différents ministres, ce qui a permis la naissance du régime parlementaire. En France, la Ve République doit beaucoup aux III<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> Républiques, dont elle a cherché, avec un succès certain, à éviter les défauts. Pour autant, il est souhaitable de ne pas remonter trop avant dans le passé. Il existe en la matière d'excellents ouvrages spécialisés et il ne faut pas oublier que l'enseignement a pour objet d'exposer un droit constitutionnel positif et contemporain. Il va de soi que la part d'histoire à introduire relève du libre-arbitre de chaque enseignant.

19. Enfin il faut souligner que l'espace constitutionnel serait bien limité s'il n'intégrait que le droit national, celui de l'État dans lequel se situe l'enseignement dispensé. Certes, il s'agit de l'objectif principal mais on en attend davantage et notamment qu'il aille plus loin et dépasse les frontières. En effet, c'est en confrontant le système constitutionnel de l'État considéré à ceux d'autres États qu'on en aura la meilleure compréhension. En outre et sur un plan plus culturel tout en demeurant pédagogique, le droit constitutionnel se doit de faire mieux comprendre le monde contemporain. La tradition française est en ce sens et dès l'enseignement généraliste. Il est permis de regretter, en revanche, qu'elle ne s'attache, de manière un peu désuète, qu'aux régimes de la Grande-Bretagne et des États-Unis,

éventuellement de l'Allemagne. En un temps où on fait si souvent, et à juste titre, référence au droit comparé, c'est très insuffisant. Certes, la Grande-Bretagne et les États-Unis conservent tout leur intérêt et seront étudiés avec profit, d'autant qu'ils peuvent faire l'objet de sujets d'examen, ce qui se rencontre plus rarement pour de grands pays aux régimes plus récents. Il est néanmoins souhaitable de sortir de cet occidental-centrisme car le monde est infiniment plus vaste et divers. Il est nécessaire de faire connaître sans a priori et de manière neutre les grands États des autres continents même s'ils sont très différents du modèle occidental. Aux temps pas si lointains de la guerre froide, les États-Unis étaient les meilleurs connaisseurs de l'Union soviétique alors qu'ils n'avaient certes pas d'affinités particulières avec elle. Deux voies sont possibles. La première consiste à présenter et étudier brièvement les régimes de quelques grands États, comme nous sommes quelques-uns à l'avoir fait depuis plus d'une trentaine d'années, à choisir parmi la Fédération de Russie (et avant elle l'Union soviétique), la Chine, le Japon, l'Inde, le Brésil ou encore les pays arabes et bien sûr d'autres. La voie a été ouverte, il serait souhaitable que des auteurs s'y engagent et consentent à sortir un peu du cadre national, européen et même occidental, pour découvrir le monde. La seconde conduit à présenter collectivement les pays émergents ou en voie de développement, comme le font depuis longtemps les professeurs Jean et Jean-Éric Gicquel. On observera enfin qu'il existe dans le monde nombre de régimes en marge des grands courants occidentaux et contemporains. La remarque concerne au premier chef les régimes pseudo-démocratiques, dont les constitutions et les institutions respectent l'académisme contemporain mais où les élections, faute de liberté, n'ont guère de signification et où les droits de la personne sont privés de substance. Elle s'applique aussi à la résurgence des régimes théocratiques et à des régimes plus erratiques et plus rares, comme certains régimes d'inspiration collectiviste faisant une place à la transmission familiale ou quasi-héréditaire du pouvoir. Il est néanmoins intéressant de les étudier, mais dans le cadre d'un enseignement spécialisé ou complémentaire, car ni l'étrangeté, ni la rareté, ni l'archaïsme ne peuvent justifier une mise à l'écart. Des choix sont donc nécessaires, à des niveaux différents. Nombre de crises et de grands événements affectant le monde entier se situent au Sud et il convient de ne pas négliger les lieux qui sont les témoins de l'histoire contemporaine.

## II. — LA DYNAMIQUE CONSTITUTIONNELLE

20. Le droit constitutionnel est un droit vivant, un droit en mouvement, qui évolue au cours du temps, comme d'autres mais bien davantage parce qu'il a son centre moteur dans la pratique du pouvoir. Il faut rappeler la première approche qui a été donnée de cette discipline : un droit du pouvoir politique, de sa régulation, de son exercice, de sa dévolution. Or le pouvoir s'exprime aussi par l'action et pas seulement par une projection juridique, qu'elle soit normative des gouvernants ou décisionnelle des juges. C'est une première raison — essentielle — de la dynamique constitutionnelle mais, bien entendu, il y en a d'autres. Notamment les gouvernants exercent leur pouvoir dans une société qui évolue elle aussi et ils doivent l'adapter et tenter de l'améliorer de temps à autre en procédant à des révisions de la constitution. En d'autres termes la constitution subit des modifications plus ou moins nombreuses, plus ou moins importantes au fur et à mesure que le temps passe. De manière plus indirecte et plus subtile, on doit aussi tenir compte des incidences du contrôle de constitutionnalité, dont on a indiqué qu'il était désormais pratiqué dans un grand nombre d'États. Les juges constitutionnels, lorsqu'ils contrôlent la conformité à la constitution d'une loi — parfois d'un engagement international — ont le devoir et le pouvoir d'interpréter les textes constitutionnels et même de préciser le sens de la norme législative déferée, lorsqu'ils ne sont pas parfaitement clairs. Or l'interprétation peut être constructive et plus souvent encore extensive. Les Cours constitutionnelles disposent donc du pouvoir de faire lentement et progressivement bouger les lignes et le schéma juridique qu'elles sont chargées d'appliquer. Là encore, un mouvement est impulsé.

21. On ne peut pas, non plus, passer sous silence les hypothèses de pathologie constitutionnelle. Précisément parce que le pouvoir est aussi action, il peut se faire que, de l'initiative des gouvernants

ou de celle des gouvernés, l'ordre constitutionnel soit dévié ou même rompu. On assiste alors dans le premier cas à des dérives diverses et parfois extra-constitutionnelles, à des dysfonctionnements des organes institués, à la mise en désuétude de certaines procédures, à des anomalies juridiques et dans le second cas, à des crises, parfois pacifiques, souvent aussi violentes, mettant directement en cause l'orthodoxie constitutionnelle. Bien que se situant en marge du droit, elles n'en relèvent pas moins de la même dynamique, dès lors qu'elles tendent à suspendre la charte fondamentale. Observons aussi que tous ces événements ne sont pas rares et qu'ils émaillent le quotidien de l'actualité mondiale. On ne peut s'en désintéresser.

22. Cette dynamique se situe dans le temps, elle s'inscrit dans la durée. Elle traduit en périodes successives, allant du glissement peu sensible aux ruptures révolutionnaires, l'évolution du droit, reflet et moteur des évolutions de la société. Sur ce point, elle se différencie nettement de l'espace constitutionnel qui rassemble en un temps donné les différents et très nombreux secteurs qui relèvent de cette discipline — parce qu'ils procèdent du pouvoir politique ou s'y rattachent — et qui par conséquent s'intègrent dans son enseignement. Mais elle s'en rapproche par ailleurs en ce sens qu'elle doit, elle aussi, être intégrée dans cet enseignement. On ne peut imaginer que le fonctionnement réel d'un système constitutionnel qui, dans sa mise en œuvre, s'écarte souvent du schéma prévu par la constitution, n'y figure pas, non plus que les révisions successives ou les évolutions jurisprudentielles, et encore les crises et la pathologie constitutionnelle. Ce serait amputer l'enseignement de ce qui le rend vivant et actuel. Ce serait aussi commettre une erreur en renonçant à donner le dernier état de la matière, certes à partir du texte mais en retraçant l'évolution intervenue depuis lors. À la limite, se serait donc tromper l'auditeur ou le lecteur.

23. On commencera par l'étude de la mise en œuvre effective des institutions prévues et des droits reconnus par la constitution. Elle est indispensable parce qu'on ne peut se satisfaire d'une étude théorique, largement abstraite, à partir du seul socle fourni par les textes, même diversifiés. Comme il a été dit, le droit constitutionnel est un droit vivant qui sert de cadre juridique à un jeu de pouvoir dont les citoyens ressentent très directement les manifestations. Titulaires théoriques du pouvoir souverain, les citoyens en sont aussi les cibles. Nombre d'États qui affirment, sous la pression de l'ordre international et de l'idéologie démocratique, reconnaître les droits de la personne ne les mettent pas véritablement en pratique ou y portent fréquemment atteinte, notamment lorsqu'il n'existe pas de contrôle de constitutionnalité ou lorsque celui-ci est sous une trop grande dépendance du pouvoir. S'agissant des institutions, il faut également chercher la réalité au-delà des textes, se préoccuper des conditions réelles dans lesquelles le peuple exprime sa volonté, des rapports entre les organes qui incarnent le pouvoir, de la mise en œuvre des mécanismes et des procédures prévues par la Constitution, ce qui est encore faire œuvre juridique. Au-delà encore, il faut s'intéresser au jeu des forces politiques qui animent le cadre institutionnel et sans lesquelles celui-ci serait vide et sans signification. Les systèmes constitutionnels de la Grande-Bretagne et des États-Unis seront difficilement compris si on omet l'existence du bipartisme. Comment expliquer que l'Italie et l'Allemagne se soient dotées en 1947 et en 1949 de systèmes de type parlementaire également rationalisés, avec des modes de scrutin proportionnels pas trop éloignés, et que l'une ait connu jusqu'en 1993 une exceptionnelle instabilité alors que l'autre se caractérise par la stabilité du pouvoir, si on ne fait pas état du nombre et du jeu des partis ? En France, les Républiques qui se sont succédé depuis 1875 témoignent d'une étroite interconnexion entre textes constitutionnels, modes de scrutin, poids du passé et forces politiques. Pour la III<sup>e</sup> République, on doit admettre que si on s'en remet au seul texte des lois de 1875, on ne peut ni expliquer ni comprendre son exceptionnelle instabilité. Il en est de même pour la Quatrième République dont la Constitution avait été conçue pour assurer enfin la stabilité et qui n'a connu au long de ses douze années d'existence qu'une instabilité record. Pourtant la stabilité ou l'instabilité gouvernementale représente un élément important de tout système constitutionnel. Et comment expliquer les régimes de la Russie ou de la Chine et de bien d'autres États par la seule vertu de leurs normes constitutionnelles ? Et qui peut penser que les nombreuses

Déclarations précédant la plupart des constitutions, ou y étant insérées, suffisent à assurer effectivement le respect des droits de la personne dans chaque État? Il s'agit pourtant d'un droit normatif généralement présenté, à juste titre, comme beaucoup moins lié au factuel que le droit institutionnel. Certes le contrôle de constitutionnalité présente des garanties mais il n'existe pas partout et peut n'être pas assuré dans les meilleures conditions. Il est toujours nécessaire de vérifier, si l'on peut, la mise en œuvre. Partout ou presque, sous la pression des forces politiques, on constate l'existence d'un mouvement qui fait vivre les textes, leur donne un sens et souvent les adapte à de nouvelles conditions, parfois les fait carrément dériver. Ce mouvement est de l'essence même du droit constitutionnel, il en assure la dynamique.

24. Si le lien ainsi établi entre le socle textuel et jurisprudentiel et le fonctionnement réel est parfaitement perçu par tous, il n'en suscite pas moins des réactions différentes. Selon une option doctrinale, en effet, le droit constitutionnel, dit matériel, ne couvrirait que les éléments purement juridiques, la mise en œuvre pratique étant laissée à la discrétion de la science politique. Cette option, reprise des auteurs de jadis, est intéressante à examiner car elle présente le mérite de souligner le caractère juridique — certainement dominant de beaucoup — de la discipline étudiée, ainsi que la large place qui doit être faite à la jurisprudence constitutionnelle, laquelle pendant trop longtemps n'a pas été appréciée en fonction de son importance qui est très grande. Pour autant, on doit constater que cette option est beaucoup trop réductrice ; elle témoigne d'une conception régressive de la matière, qui est dissociée de la réalité. Le droit constitutionnel serait alors privé d'une partie importante de sa substance, notamment de ses éléments les plus éclairants liés au fonctionnement réel des normes et des institutions, sur motif que celui-ci est souvent concret et c'est d'ailleurs ce qui motiverait sa mise à l'écart, le factuel relevant davantage de la science politique. Il ne m'est pas possible d'adhérer à cette vision. Le droit constitutionnel a un grand passé précédemment évoqué, comportant une grande diversité d'approches possibles. Un double caractère doit lui être reconnu. Parce qu'il s'applique à la régulation du pouvoir dans le cadre de l'État, il est vrai qu'il est d'abord une discipline fondamentalement juridique. S'agissant du pouvoir, la Constitution doit établir des normes, des institutions, des mécanismes, des procédures et des juridictions. Mais le droit constitutionnel n'est pas que cela. Parce qu'il a pour destinataire un peuple rassemblé en vue d'un destin commun, le droit constitutionnel est aussi et fondamentalement un droit vivant, reflet d'une société en mouvement. C'est pourquoi il évolue de plus en plus vite et a élargi très considérablement son champ d'action. C'est aussi pour cela qu'il faut pouvoir à tout moment confronter normes et institutions à la réalité vivante, seule pierre de touche de ce qu'est réellement un système constitutionnel. C'est assez dire qu'en l'occurrence le factuel est indissociable de l'existential ou, si on préfère, du statut identitaire. Ils forment ce que le professeur Jacques Chevallier a justement qualifié de « couple fusionnel » dans sa contribution aux *Mélanges Pierre Avril* en 2001.

25. Il faut donc affirmer que le droit constitutionnel n'est pas une forteresse repliée sur elle-même. C'est bien davantage un espace ouvert à toutes les compétences dès lors que le sujet d'étude implique la régulation du pouvoir et le fonctionnement réel de cette régulation. C'est pourquoi les constitutionnalistes qui souvent ajoutent à leurs analyses juridiques les exposés historiques nécessaires peuvent tout aussi bien, et même doivent, procéder à l'examen de la mise en œuvre pratique, même s'il s'y mêlent quelques considérations sociopolitiques. On ne peut complètement dissocier l'étude d'une norme ou d'une institution de ses résultats concrets. Pour les droits et libertés, l'enseignement se sert constamment de la jurisprudence qui en est l'application pratique. Pour les institutions, il est encore plus évident d'examiner leur fonctionnement réel car elles n'ont d'existence juridique que par le libre jeu des fonctions qui leur sont attribuées. Ajoutons que sur le plan pédagogique, une présentation unitaire et complète répond nettement mieux aux besoins des étudiants. En droit, la prise en compte de la réalité est toujours un progrès.

26. Les révisions relèvent évidemment et au premier chef de la dynamique constitutionnelle. Elles

opèrent un renouvellement, plus ou moins important, de la matière constitutionnelle et parfois de son orientation. Pendant longtemps la Constitution est apparue — avec une large part de fiction — comme la charte fondamentale témoignant du consensus entre gouvernants et gouvernés. Loin d'être héritage des doctrines du contrat social, on ne pouvait la réviser qu'après mûre réflexion, avec circonspection et seulement si c'était indispensable. Actuellement, il n'en est plus ainsi. Dans la plupart des pays — mais avec de notables exceptions, comme les États-Unis ou le Japon — les révisions sont devenues nombreuses. Surtout, elles ont changé de caractère, devenant ponctuelles, techniques, remédiant au hasard des circonstances à un défaut constaté ou apportant une amélioration de détail, souvent sans qu'on puisse dégager une idée directrice. En Suisse, la constitution de 1874, qui avait été révisée 140 fois, a été entièrement renouvelée en 1999 sans que ses mécanismes soient modifiés, uniquement pour la rendre plus claire et permettre de nouvelles révisions, largement dues, il est vrai, aux initiatives populaires. En France, on a compté en moins d'un demi-siècle plus de 30 projets de révision, dont beaucoup démultipliés, c'est-à-dire visant plusieurs articles, et dont 18 seulement ont abouti, parmi lesquels quatre ou cinq peuvent être considérés comme importants. Ces efforts ont trouvé leur couronnement provisoire dans la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui a modifié 39 articles et en a créé 9 nouveaux. Elle se présente comme une remise en ordre généralisée du texte antérieur. Selon toute probabilité d'autres surviendront. Ces révisions nombreuses, portant parfois sur l'ensemble du texte, témoignent de l'accélération du droit constitutionnel, en lien étroit avec les évolutions de la société et avec une désacralisation certaine de la Constitution. Celle-ci est un texte comme un autre, considéré comme se situant dans le temporaire, le transitoire. La révision est devenue un mode opératoire parmi d'autres pour réaménager la régulation juridique du pouvoir. Ces nouvelles procédures n'appellent d'ailleurs pas de critique particulière, il est seulement important d'en dégager le sens. Il va de soi qu'elles ne se limitent pas à la France et qu'elles sont utilisées dans de nombreux pays. C'est ainsi que l'Union européenne a suscité aussi des révisions, soit parce que les États membres sont tenus de modifier leur constitution pour la rendre compatible avec la supranationalité, soit parce que les candidats à l'adhésion, comme cela est le cas de la Turquie, sont tenus de satisfaire aux critères démocratiques, pluralistes et libéraux. Bien entendu, ces révisions ne vont pas sans contradiction entre les dispositions initiales affirmant la souveraineté des États et les nouvelles favorisant la supranationalité. L'important n'en demeure pas moins le mouvement qu'elles introduisent. Dans son ensemble, le droit constitutionnel est à l'opposé d'un droit immobile.

27. L'interprétation des textes constitutionnels par les Cours chargées du contrôle de constitutionnalité se situe, elle aussi, dans cette dynamique, bien que de manière plus indirecte et en quelque sorte subreptice. Pour le comprendre, il faut rappeler ce qu'est la tâche dévolue à la Cour. Lorsqu'elle est saisie d'une requête à l'encontre d'une loi, elle doit confronter cette dernière à la Constitution et à tout autre texte à valeur constitutionnelle, déclaration ou préambule. Il lui est demandé de faire respecter dans son authenticité et sa pureté le texte constitutionnel, tel qu'il a été voulu par les organes constituants originaires et éventuellement modifié par les organes constituants institués. La Cour joue le rôle d'un gardien de l'orthodoxie constitutionnelle. Si le texte constitutionnel est clair, il n'y a pas de difficulté. S'il est trop concis ou imprécis ou ambigu, il est nécessaire que la Cour interprète le texte pour en préciser la signification. La Cour a donc une double tâche : d'une part, elle va décider comme elle le doit de la conformité (ou de la contrariété) de la loi déférée à la norme constitutionnelle, d'autre part, elle va aussi décider, et préalablement, comme elle y est pratiquement obligée, du contenu et du sens de cette dernière. On observera que, dans cette hypothèse, elle dispose d'une variable puisqu'elle fixe la signification de la Constitution. Le juge constitutionnel bénéficie donc, par le biais de son interprétation, d'une certaine latitude qui lui permet, de manière impérative puisqu'il n'y a pas de recours possible, d'imposer le sens qu'il estime devoir retenir. Il procède nécessairement à une interprétation constructive, mais on a déjà dit que dans la plupart des cas ces dernières sont aussi des interprétations extensives. En d'autres termes, la jurisprudence constitutionnelle est en mesure, sans qu'il y ait lieu de le lui reprocher, d'étendre ou d'élargir — ou aussi de restreindre mais c'est beaucoup moins fréquent — l'application de la Constitution, voire d'y ajouter. Certes, la motivation retenue ne

vaudra que pour la décision considérée, mais on sait que lorsque se présentera un cas similaire, elle sera probablement reprise et aussi que les organes du pouvoir en tiendront compte à l'avenir préventivement. En définitive, les évolutions du droit constitutionnel — ce qu'on a appelé sa dynamique — doivent au moins autant à la jurisprudence des Cours constitutionnelles qu'aux révisions, et de manière souvent plus heureuse parce que les Cours sont composées d'esprits habitués à traiter ces problèmes. Il n'en reste pas moins que le peuple souverain ne peut que prendre connaissance de la solution sans avoir eu à se prononcer.

28. Enfin, il faut faire une place dans cette dynamique aux crises et aux pathologies diverses qui peuvent affecter le système constitutionnel : dysfonctionnement, désuétude de certaines institutions, instabilité chronique du pouvoir, inefficacité de l'appareil d'État, pressions d'États étrangers et aussi révolutions et guerres. Ces difficultés ne sont pas rares, il s'en faut, et on est surpris que l'enseignement en fasse si peu état. Pourtant, ces perturbations et ces troubles mettent directement en cause le système constitutionnel et parfois l'ordre juridique étatique, ils inquiètent les autres États et sont préoccupants et souvent dangereux pour les citoyens. Cette trop grande discrétion s'explique sans doute par leur caractère factuel : ils sont considérés comme hors droit, conformément à une vision ancienne et largement dépassée de la matière. En réalité et en bonne logique, l'accident qui altère, perturbe ou interrompt un processus juridique s'y incorpore car il faut bien en tenir compte, le signaler et on ne peut le faire qu'à l'occasion de ce processus. Ceci est doublement vrai pour la révolution réussie qui met fin à l'ordre préexistant et en ouvre un nouveau, qui aura à son tour un caractère juridique, mais on doit ou peut appliquer le même raisonnement aux autres perturbations. Si elles ont été pratiquement éliminées de l'enseignement, c'est très probablement parce que survenant fortuitement et parfois disparaissant de même, elles ne présentent pas le caractère de cohérence recherché par les juristes. Les dysfonctionnements et les crises n'en sont pas moins des incidents de la dynamique constitutionnelle.

\* \* \*

29. Les lecteurs de ce texte auront peut-être reconnu quelques idées auxquelles je suis depuis longtemps attaché mais dont je ne revendique nullement la paternité car je dois beaucoup aux maîtres que j'ai connus, et encore moins l'exclusivité car elles sont, je crois, largement partagées. Toujours est-il que cette étude a pour principal objet d'appeler l'attention sur la très vaste étendue et la complexité, quant au champ couvert et aux mouvements qui l'animent, de la somme que représente actuellement le droit constitutionnel positif et contemporain, ainsi que sur les incidences qui en résultent pour son enseignement. À l'occasion de cette étude, quelques réflexions personnelles ont pu être esquissées et proposées pour prendre place, parmi d'autres, dans le large débat d'idées qui traverse une matière dont l'importance s'est beaucoup accrue. On se satisfera à juste titre de la progression des idées démocratiques et de celle des droits de la personne, même s'il reste beaucoup à faire. Pour le reste et notamment pour l'enseignement du droit constitutionnel, de nombreuses formules sont en présence. Des préférences ont été ci-dessus évoquées, mais on insistera également sur la nécessité de faire confiance aux enseignants et aux auteurs, ainsi qu'à la liberté, en rejetant tout dogmatisme toujours réducteur. D'ailleurs, est-il possible de faire autrement ? Tout enseignement implique des choix entre ce qui semble indispensable, ce qui paraît souhaitable et ce qui serait simplement utile et aussi une appréciation des sacrifices nécessaires, compte tenu de la place dont on dispose. Chacun doit décider librement, en fonction de ses objectifs pédagogiques, sous sa responsabilité et sa signature. L'Université est une terre d'élection de la liberté, à plus forte raison dans le cadre de la République et en France.