

COURS DE DROIT CONSTITUTIONNEL

THÉORIE GÉNÉRALE DE L'ÉTAT

Patrick GAÏA

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille
ILF -GERJC

SUITE ET FIN DU COURS

PARTIE III – LA DIVISION DU POUVOIR DANS L'ÉTAT

La démocratie ne peut exister si le partage du pouvoir (et par suite sa limitation, son encadrement et son contrôle) ne sont pas réalisés. Ce partage du pouvoir s'appuie sur un principe à valeur constitutionnelle essentiel : le principe de (la) séparation des pouvoirs. Nous évoquons ce principe dans le cadre d'une théorie moderne – qui ne remet pas en cause la théorie classique de la SDP telle que décrite par Locke et Montesquieu mais la prolonge – qu'on appelle la division du pouvoir dans l'État.

Cependant, les expériences constitutionnelles propres à chaque pays amène à distinguer diverses modalités de la division du pouvoir. C'est évidemment dans le cadre étatique que nous raisonnons et nous pouvons alors en fonction des enseignements du droit comparé, distinguer 2 grandes modalités : *la division horizontale* et *la division verticale du pouvoir* ; les deux modalités étant appelées à coexister et donc à se combiner.

La division horizontale du pouvoir signifie que le pouvoir va être réparti entre différents organes existants au niveau central de l'État : entre le Parlement et le gouvernement, autrement dit entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif et entre ces deux pouvoirs et le pouvoir juridictionnel composé des différentes juridictions existantes dans l'État. C'est cette division opérée de manière horizontale qui conduit à faire la distinction entre plusieurs régimes politiques (régime parlementaire, régime présidentiel pour l'essentiel).

La division verticale du pouvoir va concerner la répartition du pouvoir entre l'État central et les différentes collectivités qui le composent. Les modalités variables de cette division verticale vont alors conduire à distinguer ce que l'on appelle des formes d'États (Etat fédéral, État unitaire, État régional ...)

TITRE I – LA DIVISION HORIZONTALE DU POUVOIR : LES REGIMES

POLITIQUES

TITRE II – LA DIVISION VERTICALE DU POUVOIR : LES FORMES

D'ÉTAT

TITRE I – LA DIVISION HORIZONTALE DU POUVOIR : LES REGIMES

POLITIQUES

>>>> 3 chapitres

Chapitre I – Les constantes : séparation des pouvoirs et système représentatif

Chapitre II – Les variables : régimes parlementaires, régimes présidentiels et régimes d'assemblée (Cours mis en ligne)(Manuel Droit constitutionnel, 21^e édition 2019, p. 421-465)

Chapitre III – La remise en cause de la division du pouvoir : les régimes politiques autoritaires et totalitaires (Documents d'appui mis en ligne)

Chapitre I – Les constantes : séparation des pouvoirs et système représentatif

Tous les États démocratiques fondent leur existence sur deux principes communs : la séparation des pouvoirs et le système représentatif.

Le principe de la séparation des pouvoirs signifie que dans les États démocratiques, il existe non seulement une pluralité d'organes exerçant le pouvoir, mais également une structure institutionnelle qui permet de les distinguer en fonction des compétences qui leur sont respectivement attribuées.

Le système représentatif est le système politique dans lequel le peuple ou la nation confie l'exercice du pouvoir politique à des représentants élus qui décideront et agiront au nom du peuple.

Section 1 – la séparation des pouvoirs

Nous allons dans un premier temps, analyser le principe de la séparation des pouvoirs d'un point de vue historique et théorique. Puis, dans un second temps, nous montrerons comment ce principe a évolué et comment il est appliqué dans la pratique. En effet, si, d'un point de vue théorique, on peut distinguer deux formes de séparation des pouvoirs – la séparation souple et la séparation rigide – en pratique, un certain nombre d'infléchissements sont apparus par rapport aux modèles théoriques conçus à l'origine .

PARAGRAPHES I – L'émergence du principe de séparation des pouvoirs

A- Les origines du principe

Le principe de la séparation des pouvoirs trouve son origine en Angleterre. C'est un principe qui a été d'abord forgé par l'histoire avant d'être théorisé. Trois grandes dates marquent de ce point de vue l'histoire de l'Angleterre. Chacune de ces étapes est caractérisée par un repli de l'absolutisme du pouvoir monarchique pour finalement aboutir à un système politique dans lequel le pouvoir va être partagé entre le roi et un parlement représentatif du peuple. En 1215 est adopté la Grande Charte (Magna Carta) qui est une sorte de pacte établissant les droits et les devoirs réciproques du roi d'un côté et de ses vassaux de l'autre. Ce texte prévoit notamment aucun impôt ne devra être établi par le roi sans l'accord des nobles et du clergé. Dans le même temps, les représentants de la petite noblesse est des communes d'Angleterre prennent l'habitude de se réunir dans le cadre d'une assemblée qui deviendra plus tard la Chambre des Communes c'est-à-dire le Parlement actuel qui siège à Westminster. La deuxième date importante est la révolution anglaise de 1640. Cette révolution va conduire d'une part à la réunification des trois couronnes d'Angleterre, d'Écosse et d'Irlande puis à la transformation de la constitution anglaise médiévale en constitution moderne consacrant le régime représentatif et la séparation des pouvoirs. La troisième date enfin - sans doute la plus importante - est la *Révolution de 1688* et l'adoption du *Bill of Rights* (terme que l'on peut traduire par *Déclaration des Droits*). Cette révolution débouche sur deux avancées majeures : le Parlement se voit accorder de nouveaux droits et les libertés individuelles connaissent une nouvelle expansion. En définitive, avec la révolution de 1688, la place du Parlement dans l'exercice du pouvoir est consacrée. Le roi doit partager l'exercice du pouvoir avec l'assemblée élue. L'aboutissement de ce processus historique sera l'institution du régime parlementaire en Angleterre qui implique notamment que le gouvernement ne peut agir que s'il obtient le soutien du Parlement à sa politique.

B- la formulation théorique du principe de séparation des pouvoirs

Deux auteurs sont à l'origine de l'expression théorique du principe de séparation des pouvoirs : l'Anglais John Locke et le Français Montesquieu. Le premier a formulé sa conception dans *l'Essai sur le gouvernement civil* paru en 1690 ; le second dans *l'Esprit des lois* paru en 1748.

Pour Montesquieu, qui a développé la pensée de John Locke, il existe trois pouvoirs séparés le législatif qui fait les lois, l'exécutif qui les applique de manière générale et le judiciaire qui les applique de manière particulière. Chacun de ses trois pouvoirs doit être confié à un organe distinct et indépendant des deux autres.

Ainsi, la puissance législative est exercée par des représentants, la puissance exécutive par un monarque et la puissance de juger par des gens ordinaires, ceux-là même sans doute qui composent les jurys, caractéristiques du système judiciaire anglais.

L'apport décisif de Montesquieu à la théorie de la séparation des pouvoirs se mesure sur deux plans. Il lui donne tout d'abord sa formulation moderne en mettant en évidence à la différence de Locke l'existence d'un pouvoir judiciaire qu'il détache de la fonction exécutive. En second lieu, il assigne à cette division une fonction précise qui est de garantir la liberté politique. Montesquieu montre ainsi à partir de la situation observée en Angleterre qu'un régime de liberté dépend de la consécration mais aussi du respect effectif de cette division des pouvoirs. C'est à condition que chaque pouvoir puisse défendre en permanence ses prérogatives et que « le pouvoir arrêtant le pouvoir », le gouvernement restera modéré.

C- L'affirmation du principe de séparation des pouvoirs par les révolutions américaine et française

Les révolutions américaine (1776) et française (1789) ont été fortement influencées par les réflexions de Locke et de Montesquieu. En France cependant, s'est ajoutée l'influence de Jean-Jacques Rousseau et cela a conduit à une conception plus rigide de la séparation des pouvoirs.

Pour les constituants américains, la nouvelle organisation politique qu'ils voulaient mettre en œuvre impliquait la conjonction de deux éléments : une Constitution d'une part est un gouvernement équilibré d'autre part. La Constitution tout d'abord comme moyen d'encadrer le pouvoir et de garantir les libertés individuelles. La séparation des pouvoirs ensuite comme moyen de parvenir à un gouvernement équilibré et donc, à l'exercice d'un pouvoir non arbitraire. John Adams, qui succédera à George Washington comme président des États-Unis formule ainsi la conception américaine de la séparation des pouvoirs : « un pouvoir législatif, un pouvoir exécutif et un pouvoir judiciaire représente tous ce que signifie et ce qu'implique la notion de gouvernement. Seul l'équilibre de ces pouvoirs entre eux peut réfréner les tendances de la nature humaine à la tyrannie, les tenir en échec et préserver quelque liberté dans la Constitution ». Mais, à cela ça ajoute l'idée que si les pouvoirs sont séparés, ils ne peuvent être conçus pour fonctionner de manière isolée. Autrement dit, chaque pouvoir doit conserver des moyens de surveillance et de pression sur l'autre. C'est ce que en anglais on exprime par le terme *Cheks and Balances* et qui permet précisément de parvenir à un équilibre globale entre les différents pouvoirs, surtout entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. On voit donc qu'aux États-Unis, et contrairement à une idée répandue, la séparation des pouvoirs n'exclut pas certaines formes de collaborations entre eux comme le révélera la pratique constitutionnelle américaine.

La conception des révolutionnaires français est différente et va même conduire à prendre certaines libertés avec que les enseignements de Locke et de Montesquieu. Pour ces derniers, la séparation des pouvoirs était un principe de répartition des fonctions dans l'État dans le but d'assurer l'équilibre des pouvoirs et donc de garantir les droits individuels. Dans un sens donc, les révolutionnaires américains sont restés plus fidèle que les révolutionnaires français aux idées de Locke et de Montesquieu.

En effet, les révolutionnaires français vont lier étroitement séparation des pouvoirs et souveraineté en imposant une conception plus abstraite et réductrice du principe. Celui-ci va devenir un principe de philosophie politique en vertu duquel les pouvoirs étant des composantes de la souveraineté chacun d'eux reçoit en quelque sorte délégation de la Nation pour accomplir une fonction. Il en résulte que le seul vrai représentant de la Nation, celui qui incarne la volonté générale, est le pouvoir législatif, lequel dans la pratique va devenir le pouvoir prédominant. La conception révolutionnaire dominante en 1789 va donc retenir le principe de division ou de répartition des fonctions, pour mieux garantir au pouvoir législatif l'exclusivité de la fonction qu'il incarne en délaissant le principe essentiel (aux yeux des révolutionnaires américains) d'équilibre des pouvoirs. C'est ici que se manifeste l'influence des idées de Jean-Jacques Rousseau qui considère qu'il ne peut y avoir dans l'État qu'un seul pouvoir, celui de la volonté générale, ce qui débouche sur la souveraineté parlementaire absolue (laquelle caractérisa le régime politique de la IIIe République en France). Faute d'équilibre et de contrepoids, le système de division des pouvoirs en France conduira en effet à l'omnipotence du pouvoir législatif et à l'échec des régimes d'assemblée comme le furent ceux de la Convention après 1792 ou de la IIIe République de 1875 à 1940 ; c'est-à-dire à des régimes politiques qui sont en définitive contraires au principe de séparation des pouvoirs car ils organisent dans les faits la confusion des pouvoirs au profit du seul pouvoir législatif.

En définitive les révolutions américaine et française ont donné naissance à deux modèles de séparation des pouvoirs, un modèle américain et un modèle européen, un peu comme il existe deux modèles de justice constitutionnelle. L'un et l'autre donneront naissance dans la pratique à deux formes de régimes politiques : le régime présidentiel d'un côté et le régime parlementaire de l'autre (voir les régimes politiques, *infra*).

Section 2 – Le système représentatif

Le système ou modèle représentatif constitue à l'heure actuelle la forme la plus répandue d'exercice du pouvoir politique. Lorsque que l'on a affaire un régime politique démocratique, on parlera alors de *démocratie représentative*.

Nous avons déjà analysé cette forme de démocratie avec ses forces et ses faiblesses (voir *supra*)

Un régime politique représentatif se définit comme un régime dans lequel l'exercice du pouvoir est confié à des représentants élus au suffrage universel, et qui vont gouverner au nom de la nation ou de l'ensemble du peuple et sous leur contrôle. Bien entendu, tous les régimes politiques représentatifs ne sont pas forcément des démocraties ; et dans les démocraties, la représentation du peuple ou de la nation ne s'appuie pas toujours sur le suffrage universel.

L'idée même de représentation du peuple soulève des difficultés car si le peuple est le souverain, il devrait aussi être le seul gouvernant. Mais, dans la réalité, on le sait, le peuple ne gouverne pas, il est gouverné; au-delà de son origines (paragraphe 1), la question que pose le système représentatif est alors double : comment s'opère cette dissociation entre le souverain et les gouvernants ? Comment faire en sorte que les gouvernants ne s'emparent pas du pouvoir du peuple ?

PARAGRAPH 1- Origines de la théorie de la représentation

L'idée de *représentation* au plan politique est ancienne puisqu'elle remonte à l'Antiquité grecque et romaine. A Rome, l'idée émerge dès l'époque de la République (509 – 27 av JC) qui veut que des conseils représentatifs puissent être désignés par l'élection pour prendre des décisions au nom d'autrui. L'emblème SPQR – *Senatus populusque romanus* - (qui est gravée sur tous les monuments romains et portée comme bannière à la tête des armées romaines) symbolise l'union du sénat et de l'ensemble des citoyens romains. Le peuple romain (les plébéiens) est représenté à la tête de la cité par les *Comices curiates*, tandis que le Sénat est une assemblée prestigieuse où se retrouvent les représentants des plus anciennes familles de la Ville éternelle, les familles patriciennes (les patriciens) comme son nom l'indique (le mot vient du latin *senex, vieux*). Il prend des décisions qui ont nom *senatus-consulte*. L'idée est reprise sous l'AR avec les États généraux, assemblée qui représente les 3 corps, Noblesse, Clergé, Tiers État. Montesquieu l'évoque par le détour dans *l'Esprit des lois* (1748). Il observe que dans le gouvernement démocratique « *le peuple qui a la souveraine puissance doit faire par lui-même tout ce qu'il peut bien faire ; et ce qu'il ne peut pas bien faire, il faut qu'il le fasse par ses magistrats* ». Dans cette hypothèse il doit élire ses magistrats pour le représenter et prendre les décisions en son nom. En effet, Montesquieu ajoute : « *le peuple, qui a assez de capacités pour se faire rendre compte de la gestion des autres, n'est pas propre à gérer par lui-même* ». En conséquence, le droit de vote et l'élection constituent deux éléments fondamentaux du gouvernement représentatif.

C'est sous la Révolution que la théorie de la représentation s'impose définitivement. Elle est développée par Sieyès qui va la systématiser à travers le concept de *souveraineté nationale*. Celle-ci est énoncée pour justifier le gouvernement représentatif, système dans lequel le peuple représenté par la nation va déléguer à celle-ci et donc à ses représentants l'exercice du pouvoir. Reprenant à son compte l'idée de Montesquieu, Sieyès montre que la représentation est fondée sur le postulat de l'incapacité du peuple à se gouverner. La souveraineté n'appartient donc pas au peuple mais à la nation, ce qui justifie à la fois la théorie de l'électorat fonction et la réduction du droit de suffrage ainsi que le transfert de la réalité du pouvoir à une assemblée aux compétences très étendues et non contrôlée par le peuple. Toutefois, la théorie de Sieyès va être par la suite interprétée et appliquée de manière très extensive aboutissant à la concentration du pouvoir dans les mains d'une assemblée toute puissante et dominant l'exécutif. Cette dérive a été incarnée jusqu'au paroxysme par le régime du parlementarisme absolu qui a régné notamment, sous la IIIe République. Kelsen pourra alors affirmer : « *Celui qui délégué abdique* » (*La démocratie, sa nature, sa valeur* 1932). Kelsen se sépare toutefois de Sieyès en affirmant que ceux qui font de la représentation dans une démocratie ce sont les exigences de la division du travail. Et donc, si la représentation à ce fondement, Elle va générer des pouvoir très réduits et contrôlés des représentants. Il s'oppose donc absolument à l'idée de délégation du pouvoir et au contraire, affirme que la rationalisation de la direction par les chefs doit avoir pour contrepartie : publicité, critique, responsabilité...». En conséquence, la démocratie représentative implique que le pouvoir des représentants soient interprétés de manière très restrictive.

On se rend compte alors que le gouvernement représentatif dans une démocratie moderne peut se décliner soit en démocratie indirecte soit en démocratie semi directe, les deux ne seront contents pas forcément. Certains pays pratiquent que la démocratie indirecte comme le Royaume-Uni en ne donnant pratiquement aucune place au référendum. D'autres pays sont plus attachés À la démocratie semi directe en raison d'une pratique plus soutenue du référendum oh du recours À d'autres pratiques de la démocratie directe (recall, mandat impératif...).

PARAGRAPH 2- La double dissociation souverain/ gouvernants – gouvernants/gouvernés

Aucun État contemporain ne connaît toutefois le gouvernement direct de peuple cad la démocratie directe, autrement dit, un système dans lequel le souverain est simultanément le gouvernant et où les gouvernants sont en même temps les gouvernés. *La représentation du peuple* est partout la règle et seuls des procédés de démocratie directe permettent d'atténuer, sans parvenir à les supprimer, les risques inhérents à la représentation politique, en retissant le lien entre gouvernés et gouvernants. La condition est que l'on ait bien affaire à une démocratie. La question ne se pose évidemment pas en effet dans les régimes représentatifs non démocratiques car dans ces régimes, la souveraineté du peuple est tout simplement niée dans les faits ; et donc, il est logique de lui refuser le droit de s'auto gouverner. Il en va de même dans les régimes théocratiques dans lesquels, le phénomène de la représentation se dédouble : représentation du peuple par les gouvernants et représentation de Dieu par les gouvernants. Il y a davantage dans ce type de régime politique une identification absolue entre Dieu et gouvernants, le peuple étant, lui, tenu en marge du pouvoir.

Le problème soulevé par la représentation est plus délicat dans le cas des monarchies dites constitutionnelles (RU, Suède, Espagne, Belgique, Principauté de Monaco...). La monarchie paraît de prime abord incompatible avec l'idée que le peuple puisse être le souverain et que sa représentation puisse être de quelque manière que ce soit démocratique. C'est que le monarque est par hypothèse non pas désigné par l'élection mais investi par hérédité. C'est lui le Souverain, et non le peuple. Mais comment alors appréhender les régimes représentatifs qui, dans un même mouvement, *associent un cadre institutionnel monarchique, établissent une Constitution et fonctionnent sur le principe électif (désignation de représentants au suffrage universel)* ? On qualifie pour ces raisons de tels régimes de *monarchies constitutionnelles*. Dans ces régimes en réalité, c'est le peuple qui est souverain et non le monarque dont le titre, « souverain », qualifie un titre honorifique, une fonction, et non l'origine du pouvoir ; et alors surtout que dans les monarchies constitutionnelles contemporaines, le monarque n'a aucun pouvoir réel mais seulement des pouvoirs nominaux et qu'il assure seulement une fonction de représentation de l'État. La preuve que le peuple est le seul véritable souverain dans ces régimes « monarcho-constitutionnels » est que lui seul peut changer la Constitution ; au-delà de leur qualification de « monarchies constitutionnelles », de tels régimes sont donc formellement des régimes démocratiques : on les appellera *monarchies constitutionnelles démocratiques*.

Le fondement du régime représentatif réside donc dans l'idée que *le peuple est le seul titulaire de la souveraineté* et en tant que tel, il doit disposer du droit imprescriptible de changer sa Constitution et disposer du droit de se gouverner lui-même. Dans le prolongement, cela signifie que la représentation du peuple ne peut conduire qu'à une chose : *l'exercice délégué de la souveraineté* (par les représentants) et non à son transfert cad son aliénation même qui ferait passer le titre juridique qui la fonde, du peuple vers les gouvernants. C'est bien ce que précisent à la fois l'article 3 DDHC et l'article 3 de la Constitution de 1958 (voir ces textes) : la souveraineté se délègue *dans son exercice* ; mais seul le peuple en *est le titulaire*. La distinction entre *l'exercice et le titre* – ici du pouvoir politique – est donc fondamentale.

Si donc la représentation est le fondement de la démocratie dite représentative, elle en trace également les limites. Car les représentants ne peuvent, par la seule vertu qu'ils ont été élus par le peuple pour le représenter et gouverner en son nom (et non à sa place) devenir souverains à sa place ; sans quoi, ils deviendraient des usurpateurs. Il faut donc que la représentation s'organise en permettant au peuple de contrôler les gouvernants efficacement et à intervalle non seulement régulier mais également rapproché, ce qui impose un mandat court.

PARAGRAPHE 3 – la désignation par l'élection et le contrôle des gouvernants

La double exigence du principe électif et du contrôle des gouvernants est au fondement de toutes les démocraties modernes. La première est exigence est toutefois plus facile à mettre en œuvre que la seconde.

A- Le principe électif : exigences d'un choix libre, pluraliste et d'un mandat électif court

Le recours à l'élection reste de nos jours le procédé le plus utilisé dans les démocraties modernes pour assurer la représentation du peuple. Néanmoins, les insuffisances inhérentes au droit de vote que l'on a pointées plus haut dans le cours, ont conduit à remettre au goût du jour certaines pratiques comme le vote obligatoire, la prise en compte du vote blanc ou encore le tirage au sort qui avait cours dans certaines cités grecques antiques et que l'on retrouve dans le concept de « démocratie participative ».

Au-delà des choix techniques qui concernent les modes de scrutin (voir *supra*), deux principes directeurs sont à la base de toute élection qui se veut démocratique : la liberté et l'égalité. Ces 2 principes doivent s'appliquer à la fois à l'éligibilité et à l'élection.

La liberté et l'égalité de suffrage imposent en premier lieu le recours au suffrage universel, de préférence direct, pour l'élection des représentants. De plus, le vote doit constituer un droit bénéficiant au plus grand nombre. De même, et en second lieu, la liberté et l'égalité postulent l'existence d'une aptitude à être élu (éligibilité) qui soit la plus étendue possible même s'il peut exister des restrictions à la faculté de présenter sa

candidature. En matière d'éligibilité, comme pour l'élection, le pluralisme est une des conditions premières de la réalisation de la démocratie. Ces exigences sont souvent contrariées par des facteurs extra juridiques qui imposent autant de restrictions à la liberté et à l'égalité de suffrage et entament sinon conduisent à saper les fondements de la démocratie. Parmi les facteurs les plus influents, on doit faire état de facteurs socio psychologiques comme le sexisme ou le racisme. Ainsi, s'agissant du sexisme, l'égalité homme femme a beau être affirmée dans la Constitution (article 4), elle est encore loin de s'affirmer correctement dans les faits.

>>>> **Document d'appui** « *La féminisation de la vie politique* », Christian Le Bart, Professeur de science politique à Sciences po Rennes

Exclues du [suffrage universel](#) jusqu'au milieu du XXe siècle en France, les femmes l'étaient de fait des positions de pouvoir (rappelons malgré tout la présence de plusieurs d'entre elles au sein du [gouvernement](#) Blum en 1936). Électrices depuis le scrutin municipal du 29 avril 1945, à la suite de l'ordonnance du 5 octobre 1944 qui leur accorde le droit de vote, les femmes ont dû cependant attendre plusieurs décennies pour voir le monde politique consentir à leur faire une place.

Quelques moments forts de cette histoire furent les nominations de Simone Veil et de Françoise Giroud comme ministres de Jacques Chirac en 1974, la désignation d'Édith Cresson comme Premier ministre de François Mitterrand en 1991, le gouvernement dirigé par Alain Juppé en 1995 dans lequel se trouvaient plusieurs femmes, la qualification de Ségolène Royal pour le second tour de la présidentielle en 2007, le premier gouvernement paritaire sous l'autorité de Jean-Marc Ayrault en 2012, la compétition parisienne opposant en 2014 Anne Hidalgo et Nathalie Kosciusko-Morizet. Le monde des personnalités politiques s'est incontestablement féminisé, en France comme dans toutes les démocraties modernes.

On connaît pourtant les nombreux obstacles rencontrés par les femmes désirant s'investir en politique, depuis la division du travail qui continue à faire de la politique une affaire d'hommes jusqu'au machisme ordinaire des milieux partisans prompts à moquer les militantes désireuses d'affronter le suffrage universel... Le cœur de la domination masculine est sans doute, aujourd'hui encore, l'idée selon laquelle la vie publique en général et la vie politique en particulier sont des secteurs masculins, les femmes demeurant cantonnées dans l'espace domestique.

Des progrès dans la parité imposés par la loi

Les mentalités bougent, mais l'idée s'est finalement imposée d'user du pouvoir coercitif de la loi pour changer vraiment les choses. La loi du 6 juin 2000 tendant à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives (dite « loi parité hommes-femmes »), a obligé les partis à présenter un nombre équivalent de femmes et d'hommes pour les scrutins de liste, c'est-à-dire aux élections municipales (dans les villes), régionales et européennes. C'est désormais aussi le cas des conseils départementaux, où sont élus des binômes paritaires depuis la loi du 17 mai 2013, ce qui garantit la parité de ces assemblées.

Le bilan reste très insatisfaisant lorsque la parité ne s'applique que sous la forme d'incitations financières faites aux partis : 27% de députées après les législatives de 2012, ou lorsque l'élection se fait au second degré : les femmes sont très minoritaires à la tête des mairies (16,1 % aux élections de 2014), des intercommunalités (moins de 10 %), des régions (23,1 %) ou des départements (10 %). Et on ne compte qu'un quart de sénatrices.

Quelle influence sur la façon de faire de la politique ?

Au-delà des chiffres, la question est posée de savoir dans quelle mesure cette présence accrue des femmes a produit des effets sur les façons de faire de la politique. Un argument souvent mis en avant est que les femmes seraient moins obsédées par le pouvoir et les enjeux politiques et davantage soucieuses d'efficacité concrète. L'imaginaire de la proximité, du terrain, du souci des autres (*care*) est ainsi volontiers associé à la féminisation. De même, la capacité à endosser les rôles institutionnels de façon décripée et à gouverner simplement.

Il convient ici de demeurer très prudent. D'une part, certaines femmes ont su endosser des rôles traditionnellement considérés comme masculins (par exemple, Michèle Alliot-Marie, ministre de la Défense de 2002 à 2007) ; d'autre part, les façons de faire de la politique ont également changé du côté des hommes, ces derniers pouvant aussi jouer le jeu de la proximité et de la distance au rôle.

S'il est au final incontestable que la féminisation a contribué au renouvellement des façons d'être (et donc des légitimités) en politique, il est évident que ces nouveaux comportements expriment davantage une opportunité stratégique pour « entrants » que l'expression d'un éternel féminin. Cette définition réductrice de la féminité politique a pu se retourner contre les femmes, ces dernières se voyant souvent cantonnées (par exemple dans les collectivités locales) aux secteurs du social, de la culture, de l'éducation..., loin donc du vrai pouvoir (finances, économie, urbanisme...).

Un certain nombre de pratiques plus ou moins dissimulées ont été imaginées notamment par certains partis politiques ayant pour effet de contourner la loi. Certains partis préfèrent ainsi payer les amendes prévues par la loi sur la parité plutôt que de présenter autant de femmes que d'hommes aux élections ; d'autres encore n'hésitent pas à jouer formellement le jeu de la parité mais présentent les candidatures féminines dans des

circonscriptions électorales très difficiles à conquérir, ce qui aboutit au même résultat : moins de femmes élues que d'hommes, ce qui peut accréditer l'idée que les femmes sont moins aptes que les hommes à gagner les élections.

Il en va de même concernant la représentation politique de ce que l'on appelle « les minorités visibles » que les partis politiques institutionnels ont encore du mal à promouvoir au premier rang de leurs candidats aux élections ou aux postes de responsabilité ministériels par exemple.

L'exigence d'un mandat court ou très court est également l'une des conditions du bon fonctionnement de la démocratie. On sait par exemple qu'aux États-Unis, La chambre des représentants est renouvelée tous les deux ans alors que, le mandat des députés est plus long en Europe (quatre ou cinq ans). Lorsque le mandat est suffisamment court, les mécanismes complémentaires de contrôle politique apparaissent moins nécessaire car des élections à intervalles rapprochés permettent un contrôle plus efficace des représentants par le peuple.

B- Le contrôle des gouvernants

Il convient d'abord de rappeler ici la célèbre phrase de Jean-Jacques Rousseau : « Le peuple anglais pense être libre, il se trompe fort ; il ne l'est que durant l'élection des membres du parlement : sitôt qu'ils sont élus, il est esclave, il n'est rien ».

Comme dans tous les autres domaines est a fortiori dans le domaine politique, le pouvoir ne va pas sans la responsabilité et donc, sans un contrôle politique. C'est une des conditions de la liberté du peuple. La surveillance, le contrôle et la sanction des gouvernants constitue les corollaires indispensables de l'exercice du pouvoir politique. Kelsen affirme : « La démocratie sans contrôle ne peut durer ». Cette exigence peut se réaliser de deux manières : soit par l'annulation de leurs actes illégaux, soit en les écartant du pouvoir si leur politique ne donne pas satisfaction au peuple. Cependant, l'existence d'une responsabilité politique des gouvernants doit être adaptée et proportionnée car si elle est excessive cela les empêche de gouverner correctement c'est-à-dire de mettre en œuvre une politique sur le long terme.

Deux types de contrôle sont concevables : le contrôle juridictionnel, soit de légalité, soit de constitutionnalité, et le contrôle politique. Le premier est un contrôle de la conformité au droit en général ; le second est une appréciation de l'opportunité de la politique mise en œuvre par les gouvernants.

Le contrôle de légalité d'un acte consiste à apprécier sa conformité à toutes les règles de droit qui lui sont supérieures dans la hiérarchie des normes. La légalité doit s'entendre ici au sens large c'est-à-dire la conformité à la Constitution, aux normes internationales et européennes, aux lois, aux décrets etc... le contrôle de légalité au sens large inclut par conséquent le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionalité, ainsi que le contrôle de légalité au sens strict qui est la vérification de la conformité d'un acte à la loi. Rappelons que le contrôle de constitutionnalité consiste à vérifier la conformité d'un acte à la Constitution tandis que le contrôle de conventionalité est le contrôle de la compatibilité d'un acte par rapport à une convention internationale ou européenne et aux normes qu'elles contiennent.

Le contrôle politique consiste, en démocratie, à vérifier que les actes des gouvernants sont jugés opportuns, souhaitables, par le peuple, directement ou par l'intermédiaire de ses représentants ; ce contrôle politique consiste en principe à vérifier que la politique conduite par les gouvernants est conforme aux engagements qu'ils ont pris pour se faire élire. Cependant le respect des programmes électoraux devient aujourd'hui un pari difficile à tenir pour plusieurs raisons : d'abord parce que la conjoncture économique est susceptible de changer rapidement et à plusieurs reprises au cours d'un même mandat rendant plus difficiles voire impossible la mise en œuvre de certaines réformes ; ensuite parce que la mise en œuvre d'un programme requiert du temps (le temps politique n'est pas le temps médiatique) et le peuple pense que si les effets des réformes ne sont pas immédiats, cela fait douter de la parole publique. Enfin, toutes les réformes annoncées ne peuvent pas être accomplies en même temps et cela peut donner l'impression au peuple que certaines promesses tombent aux oubliettes.

Les conséquences du contrôle politique : la responsabilité politique. Être responsable signifie devoir répondre de ses actes, avoir à rendre des comptes pour son action, pour ses décisions et des conséquences qu'elles entraînent. La responsabilité politique a en principe des motifs politiques. La responsabilité politique n'est donc pas une responsabilité pour faute ou une responsabilité au sens pénal ou civil du terme et même si une faute ou une illégalité sur le plan juridique peuvent aussi avoir des conséquences politiques (démission d'un ministre qui est condamné pénalement ; décision illégale ou inconstitutionnelle prise par le PDR) ; la responsabilité politique est une responsabilité causée par le fait que l'organe a adopté un acte, pris des décisions, engagé une action, fait adopter une réforme qui ont suscité la défiance, le désaccord ou l'opposition plus ou moins radicale des citoyens et ses conséquences sont donc politiques, Elle consiste à écarter du pouvoir l'organe dont la politique ne donne pas satisfaction ou ne convient pas au peuple. Ainsi, au terme du contrôle, la

responsabilité politique de l'organe est mise en œuvre quand il peut être contraint à quitter le pouvoir avant la fin de son mandat.

En principe donc, la non réélection en fin de mandat est la principale modalité de mise en œuvre de la responsabilité politique ; mais elle apparaît bien souvent insuffisante car l'intervalle entre deux élections est jugé trop long pour être efficace. La réponse consiste donc soit à prévoir des mandats courts car le contrôle des élus est alors plus fréquent (à Athènes, le mandat des élus était de 1 an), soit à prévoir des mécanismes permettant un contrôle « intermédiaire » cad au cours d'un même mandat qui permette notamment de sanctionner une politique qui est désapprouvée. Cela passe par deux principes : *la surveillance permanente* des élus et des responsables politiques, ce qui exige une forme adéquate de transparence de la vie politique et publique, des médias libres et indépendants du pouvoir en place, un contrôle vigilant des groupes de pression, une traçabilité rigoureuse des circuits financiers et de l'argent utilisé par les élus et les responsables politiques...deuxième principe : *l'expression libre des opinions des citoyens* à travers certaines libertés et droits fondamentaux comme la liberté d'expression, de manifestation, d'association, le droit de grève ... la conséquence doit être la possibilité pour les citoyens de mettre fin avant terme au mandat de leurs élus. C'est cette conséquence qui est la plus difficile à réaliser car d'une part, une telle décision doit être fondée sur des motifs suffisamment graves et doit donc être proportionnée ; d'autre part, il est difficile pour les citoyens d'agir directement (par exemple par la voie du *Recall*) parce qu'il s'agit de procédures lourdes (il faut pouvoir voter plusieurs fois au cours d'un même mandat) et coûteuses. C'est pourquoi, et le plus souvent, la responsabilité politique des gouvernants est mise en œuvre par d'autres gouvernants (dissolution,, censure du gouvernement dans son ensemble, démission individuelle des ministres ...).

Dans le prolongement, le principe de séparation des pouvoirs peut aider au contrôle des gouvernants. C'est le cas lorsque face à l'État, il existe des pouvoirs locaux suffisamment forts. Cela fait appel à l'idée de division verticale des pouvoirs (*infra*, Titre II).

Chapitre II – Les variables : régimes parlementaires, régimes présidentiels et régimes d'assemblée (voir manuel de droit constitutionnel)

Chapitre III – La remise en cause de la division du pouvoir : les régimes politiques autoritaires et totalitaires (voir le document d'appui mis sur le site de l'ILF)

TITRE II – LA DIVISION VERTICALE DU POUVOIR : LES FORMES D'ÉTAT

Chapitre I – L'État unitaire

Introduction :

- Rappels sur les notions d'État (territoire, population, organisation étatique, souveraineté) et sur les formes de l'État (État unitaire et État composé)
- Explication de la relation entre formes de l'État et la *division verticale du pouvoir* : relation entre le centre (État central) et la périphérie
 - Degré d'autonomie consacré par la Constitution : règles constitutionnelles mises en œuvre
 - Organisation des relations entre les différents « centres » (ou autorités) de décision : compétences – exclusives ou partagées – et relations
- Pourquoi la forme de l'État a-t-elle une importance ? Quelles conséquences engendre-t-elle sur le fonctionnement de l'État ?
 - Uniformité des règles juridiques sur le territoire facilité la mise en œuvre du *principe d'égalité* – garantie pour l'État et pour les individus
 - Unité du territoire : garantie contre toute forme de scission
 - Diversité des formes d'État dans le monde généralement explicable par deux facteurs : le temps (histoire constitutionnelle et politique des États) et l'espace (grandeur et accessibilité du territoire)
 - Tendance du constitutionnalisme moderne à considérer que plus la prise de décision est proche du citoyen, mieux elle est adaptée et comprise... A vous de juger !
- Division des formes d'État –État unitaire/État composé- assez discutable (pédagogique mais doit être relativisée)

- Etude de la France dans le cas de l'État unitaire décentralisé. Etude comparée pour l'État composé

Précisions de vocabulaire et définitions :

État unitaire : État qui ne comporte sur son territoire qu'une seule organisation juridique et politique dans laquelle on retrouve les attributs de la souveraineté

Déconcentration : la déconcentration consiste pour l'État à déléguer des pouvoirs de décision des autorités centrales (ministères) à des autorités locales nommées par lui (préfet, recteur) qui restent néanmoins soumises au pouvoir hiérarchique des ministres

Décentralisation : la décentralisation consiste à transférer des pouvoirs de décision de l'État vers d'autres personnes morales de droit public, essentiellement les collectivités territoriales, lesquelles sont administrées par des autorités élues et soumises à un simple contrôle de légalité

- Historiquement, la France a toujours marqué son attachement à la forme de l'État unitaire. Cette idée est concrétisée à travers les **principes d'unité et d'indivisibilité de la République**. Il est aujourd'hui inscrit à l'article premier de la constitution de 1958 qui dispose :

Art.1. - La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. **Son organisation est décentralisée.**

La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales.

La juridiction constitutionnelle a d'ailleurs eu l'occasion à de nombreuses reprises de préciser le contenu de ce principe et de ses limites.

- Cette idée d'unité de l'État dans son organisation territoriale a toutefois subi nombre d'aménagements que ce soit au cours de l'histoire ancienne ou récente :
 - *Ce fût le cas avec la décolonisation* : v. à ce sujet l'histoire de la décolonisation et l'ancien titre XIII de la Constitution de 1958 (gestion constitutionnelle du droit à l'autodétermination, la pratique qui fut suivie dans les années 60 se fondait essentiellement sur l'article 85.2 de la constitution. Les exemples les plus récents de sécession se sont fondées sur l'article 53 *in fine* de la constitution : ce fut notamment le cas pour les Comores (1974), à l'exception de Mayotte. Que ce fut également le cas du territoire français des Afars et des Issas, autrement connu aujourd'hui sous le nom de république de Djibouti (1975).
 - *Plus récemment, la vague de décentralisation qui a marqué le début des années 1980* a conféré aux collectivités territoriales des pouvoirs de plus en plus importants. La multiplication des statuts spéciaux, la réforme successive des organes délibérants des collectivités territoriales, l'apparition de nouvelles catégories de collectivités ont rendu les principes gouvernant l'État unitaire moins visibles et moins lisibles. Signe d'une évolution mais non d'une révolution !
- La Reconnaissance du statut des collectivités territoriales au sein de la Constitution mentionnée déjà dans l'article 1er. Article 72 de la Constitution de 1958 :

Art. 72. - Les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74. Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi, le cas échéant en lieu et place d'une ou de plusieurs collectivités mentionnées au présent alinéa.

Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon.

Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences.

Dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences.

Aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre. Cependant, lorsque l'exercice d'une compétence nécessite le concours de plusieurs collectivités territoriales, la loi peut autoriser l'une d'entre elles ou un de leurs groupements à organiser les modalités de leur action commune.

Dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'Etat, représentant de chacun des membres du Gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois.

- 2 Questions :
 - Qu'est ce qui caractérise l'État unitaire ?
 - Comment se manifeste l'organisation décentralisée de l'État ? Qu'est ce qui caractérise l'État unitaire ?
 - **Section 1 Les caractères de l'Etat unitaire**
- Réponse déjà entrevue avec le principe d'indivisibilité et d'unité de la République
- Classiquement, les trois aspects de l'État caractérisent le principe d'indivisibilité :
 - L'unité du pouvoir ou de la souveraineté
 - L'indivisibilité du territoire
 - L'indivisibilité du peuple

A. L'État unitaire caractérisé par l'unité du pouvoir

1. **Pouvoir normatif** : considéré comme un attribut classique et primordial de la souveraineté. Pouvoir normatif (ou pouvoir d'édicter des règles de droit) tire sa source de la Constitution qui ne l'attribue qu'à l'État.

Principe à retenir : seul l'État dispose du pouvoir normatif. Il peut l'organiser, en déléguer certaines modalités mais est le seul à en être le titulaire. Les collectivités territoriales n'exercent leurs compétences que dans le cadre de la loi

2. **Principe de libre administration de collectivités locales** : **art 34 C 58** - La loi détermine les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources) et article 72 n'habilite pas les collectivités à exercer un pouvoir initial mais uniquement dérivé de la loi. Position affirmée par le Conseil constitutionnel :
 - Décision 85-195 DC du 8 août 1985 **Évolution de la Nouvelle-Calédonie I** : 11. *Considérant qu'en opérant une nouvelle répartition d'attributions entre les conseils de région et le congrès du territoire et en maintenant à ce dernier les compétences prévues par la loi n° 84-821 du 6 septembre 1984 non expressément modifiées par l'article 24 de la loi soumise au Conseil constitutionnel, celle-ci, en faisant application de l'article 74, n'a méconnu ni l'article 72, ni l'article 34 de la Constitution ; qu'elle n'a pas davantage violé ces dispositions en permettant au Gouvernement, dans les conditions limitativement prévues à l'article 27 de la loi, non de modifier le statut du territoire, mais de prendre les mesures d'adaptation qu'impose la loi ; qu'en prévoyant que le territoire dispose d'un conseil élu celle-ci a pu charger ses membres d'une double fonction territoriale et régionale, sans enfreindre aucune règle constitutionnelle ; qu'enfin, le principe constitutionnel de libre administration des collectivités locales non plus que le principe d'égalité ne sont méconnus par le rôle confié au haut-commissaire, qui comporte l'obligation de préparer les délibérations du congrès du territoire et d'exécuter ses décisions ; que ces moyens ne sont donc pas fondés*
 - Décision 90-274 DC du 29 mai 1990 **Loi visant à la mise en œuvre du droit au logement** : 13. *Considérant que sur le fondement de ces dispositions il revient au législateur de définir les compétences respectives de l'État et des collectivités territoriales en ce qui concerne les actions à mener pour promouvoir le logement des personnes défavorisées qui répond à une exigence d'intérêt national ; qu'à cet effet, il lui est loisible de prévoir l'établissement, pour chaque département, d'un plan départemental et, en outre, pour la région Ile-de-France, d'un plan régional, dont l'élaboration et la mise en œuvre incombent, dans le premier cas, à l'État et au département, et, dans le second cas, au représentant de l'État dans la région, au président du Conseil régional et aux présidents des conseils généraux ; qu'aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle ne fait obstacle, ni à ce que les communes soient simplement associées à l'élaboration et à la mise en œuvre du plan ni à ce que la loi donne compétence aux ministres intéressés pour arrêter le plan départemental ou régional à défaut d'accord entre le représentant de l'État dans le département ou la région et les collectivités territoriales concernées ; qu'en égard tant à l'objet qu'aux effets d'un plan d'action pour le logement des personnes défavorisées, le législateur, en n'exigeant pas qu'en cas de désaccord à l'échelon local le plan soit arrêté à l'échelon central par décret en Conseil d'État, n'a pas méconnu l'étendue de la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution*
 - CC 2001-454 DC du 17 janvier 2002 **Statut de la Corse** : 20. *Considérant qu'aux termes de l'article 3 de la Constitution : "La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum. Aucune section du peuple ne peut s'en attribuer l'exercice" ; qu'en vertu du premier alinéa de son article 34 : "La loi est votée par le Parlement" ; qu'en dehors des cas prévus par la Constitution, il n'appartient qu'au Parlement de prendre des mesures relevant du domaine de la loi ; qu'en particulier, en application de l'article 38,*

seul le Gouvernement "peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi" ; que le législateur ne saurait déléguer sa compétence dans un cas non prévu par la Constitution ;

21. Considérant, en l'espèce, qu'en ouvrant au législateur, fût-ce à titre expérimental, dérogatoire et limité dans le temps, la possibilité d'autoriser la collectivité territoriale de Corse à prendre des mesures relevant du domaine de la loi, la loi déferée est intervenue dans un domaine qui ne relève que de la Constitution ; qu'il y a lieu, dès lors, de déclarer contraire à la Constitution le IV du nouvel article L. 4424-2 du code général des collectivités territoriales, dont les dispositions constituent un ensemble indivisible ; que, par voie de conséquence, doivent être également déclarés contraires à la Constitution les mots "et du IV" figurant à l'article 2 de la loi déferée

- Le principe demeure mais a fait l'objet d'un aménagement lors de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 modifiant l'article 72. L'article 72 al. 4 prévoit un droit à l'expérimentation initié par les collectivités territoriales. (*Dans les conditions prévues par la loi organique, et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limités, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences.*)
 - Modalités prévues dans une loi organique du 1^{er} août 2004
 - Ne peut toucher à une liberté ou à un droit constitutionnellement garanti
- 3. Régime particulier pour les collectivités ultra-marines** (outre-mer) : départements et territoires d'outre mer ; situation particulière engendrant un régime particulier
- Départements et région d'outre mer : régime déterminé à l'article 73 de la Constitution :

Art. 73. - Dans les départements et les régions d'outre-mer, les lois et règlements sont applicables de plein droit. Ils peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités.

Ces adaptations peuvent être décidées par ces collectivités dans les matières où s'exercent leurs compétences et si elles y ont été habilitées, *selon le cas, par la loi ou par le règlement.*

Par dérogation au premier alinéa et pour tenir compte de leurs spécificités, les collectivités régies par le présent article peuvent être habilitées, *selon le cas, par la loi ou par le règlement* à fixer elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire, dans un nombre limité de matières pouvant relever du domaine de la loi *ou du règlement.* [Entrée en vigueur dans les conditions fixées par les lois et lois organiques nécessaires à leur application (article 46-I de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008)]

Ces règles ne peuvent porter sur la nationalité, les droits civiques, les garanties des libertés publiques, l'état et la capacité des personnes, l'organisation de la justice, le droit pénal, la procédure pénale, la politique étrangère, la défense, la sécurité et l'ordre publics, la monnaie, le crédit et les changes, ainsi que le droit électoral. Cette énumération pourra être précisée et complétée par une loi organique.

La disposition prévue aux deux précédents alinéas n'est pas applicable au département et à la région de La Réunion.

Les habilitations prévues aux deuxième et troisième alinéas sont décidées, à la demande de la collectivité concernée, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique. Elles ne peuvent intervenir lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti.

La création par la loi d'une collectivité se substituant à un département et une région d'outre-mer ou l'institution d'une assemblée délibérante unique pour ces deux collectivités ne peut intervenir sans qu'ait été recueilli, selon les formes prévues au second alinéa de l'article 72-4, le consentement des électeurs inscrits dans le ressort de ces collectivités.

Régime fondé sur le principe de l'assimilation avec possibilité d'adaptation

1. Le régime des *collectivités d'outre mer* (autrefois appelées les TOM) : également dérogatoire et offrant une grande liberté à ces collectivités. Régime défini par l'article 74 de la Constitution :

Art. 74. - Les collectivités d'outre-mer régies par le présent article ont un statut qui tient compte des intérêts propres de chacune d'elles au sein de la République.

Ce statut est défini par une loi organique, adoptée après avis de l'assemblée délibérante, qui fixe :

- les conditions dans lesquelles les lois et règlements y sont applicables ;

- les compétences de cette collectivité ; sous réserve de celles déjà exercées par elle, le transfert de compétences de l'Etat ne peut porter sur les matières énumérées au quatrième alinéa de l'article 73, précisées et complétées, le cas échéant, par la loi organique ;

- les règles d'organisation et de fonctionnement des institutions de la collectivité et le régime électoral de son assemblée délibérante ;

- les conditions dans lesquelles ses institutions sont consultées sur les projets et propositions de loi et les projets d'ordonnance ou de décret comportant des dispositions particulières à la collectivité, ainsi que sur la ratification ou l'approbation d'engagements internationaux conclus dans les matières relevant de sa compétence.

La loi organique peut également déterminer, pour celles de ces collectivités qui sont dotées de l'autonomie, les conditions dans lesquelles :

- le Conseil d'Etat exerce un contrôle juridictionnel spécifique sur certaines catégories d'actes de l'assemblée délibérante intervenant au titre des compétences qu'elle exerce dans le domaine de la loi ;

- l'assemblée délibérante peut modifier une loi promulguée postérieurement à l'entrée en vigueur du statut de la collectivité, lorsque le Conseil constitutionnel, saisi notamment par les autorités de la collectivité, a constaté que la loi était intervenue dans le domaine de compétence de cette collectivité ;

- des mesures justifiées par les nécessités locales peuvent être prises par la collectivité en faveur de sa population, en matière d'accès à l'emploi, de droit d'établissement pour l'exercice d'une activité professionnelle ou de protection du patrimoine foncier ;

- la collectivité peut participer, sous le contrôle de l'Etat, à l'exercice des compétences qu'il conserve, dans le respect des garanties accordées sur l'ensemble du territoire national pour l'exercice des libertés publiques. Les autres modalités de l'organisation particulière des collectivités relevant du présent article sont définies et modifiées par la loi après consultation de leur assemblée délibérante.

4. L'association des collectivités territoriales au pouvoir normatif national : principe de consultation et de coopération

- a. *Les TOM* : consultation ancienne prévue au titre de l'article 74 en ce qui concerne les lois organiques ou lois ordinaires définissant ou modifiant les autres modalités de leur organisation particulière. La révision constitutionnelle de 2003 a modifié l'article 74. L'alinéa 6 prévoit désormais qu'une loi organique définit les conditions dans lesquelles la collectivité d'outre-mer est consultée sur les textes comportant des dispositions particulières à la collectivité ainsi que sur la ratification ou l'approbation des engagements internationaux.
- b. *La consultation des populations locales* : la révision constitutionnelle de 2003 a prévu (article 72-1 alinéa 3 C 58) la possibilité de consulter les populations locales lorsque le statut particulier, l'organisation ou les limites territoriales venaient à être modifiées. D'autre part, que l'article 72-4 de la Constitution prévoit désormais que la consultation des électeurs de la collectivité était obligatoire en cas de changement de statut.

5. Respect du pouvoir et des prérogatives de l'État

Le représentant de l'État : a la charge des intérêts de l'État (article 72-6 C : respect des lois, représentation du gouvernement, contrôle administratif)

- i. Exigence constitutionnelle : CC 82-137 DC du 25 février 1982 **Décentralisation** (GDCC) de contrôle (doit être exercé sans délai)
- ii. Dispose d'un pouvoir de substitution lorsque les collectivités étatiques sont dans l'impossibilité de prendre une décision nécessaire CC 87-241 DC du 19 janvier 1988 **Statut de la Nouvelle Calédonie**
- iii. Ne peut aller jusqu'à empêcher la libre administration de s'exercer : CC 92-316 DC du 20 janvier 1993 **Prévention de la corruption**

6. L'exclusion des compétences touchant à la souveraineté au profit des collectivités locales

Signifie que les collectivités territoriales ne peuvent pas exercer certaines compétences :

- *Absence de compétences législatives* :
 - principe constant réaffirmé par la jurisprudence constitutionnelle CC 82-137 DC **Décentralisation** et 91-290 DC du 9 mai 1991 **Statut de la Corse**
 - principe comportant une dérogation (constitutionnelle) pour le Congrès du territoire de Nouvelle Calédonie pour les matières qui lui ont été déléguées
 - principe comportant une autre dérogation pour les lois d'expérimentation
- *Absence de compétences internationales* :
 - **Principe du monopole de l'État dans la conduite des relations diplomatiques**
 - **Une collectivité territoriale ne peut pas conclure d'accords ou d'engagements internationaux en son nom.** Seule limitation : la coopération (internationale) décentralisée qui

permet aux collectivités territoriales ultra-marines de conclure **au nom de l'État** des accords dans le ressort géographique de ces collectivités et avec l'accord des autorités nationales (v. sur ce point CC 2000-435 DC *Loi d'orientation pour l'outre-mer* :

17. Considérant que le législateur a pu, sans porter atteinte ni à l'exercice de la souveraineté nationale ni aux prérogatives réservées à l'Etat par le troisième alinéa de l'article 72 de la Constitution, autoriser les présidents des conseils généraux des départements d'outre-mer et des conseils régionaux de Guadeloupe, de Martinique, de Guyane et de la Réunion à négocier et signer des accords dans les domaines de compétence de l'Etat, dès lors que, pour ce faire, le président du conseil général ou celui du conseil régional doit avoir expressément reçu des autorités de la République les pouvoirs appropriés et que ces accords demeurent soumis aux procédures prévues par les articles 52 et 53 de la Constitution ;

18. **Considérant que, lorsqu'ils négocient ou signent les accords en cause, les présidents des conseils généraux ou des conseils régionaux agissent comme représentants de l'Etat et au nom de la République française ; qu'ils doivent, dans l'exécution de leur mandat, mettre en œuvre les instructions qui leur sont données par les autorités de la République compétentes ; que ces mêmes autorités restent libres de délivrer pouvoir à d'autres plénipotentiaires ou de ne délivrer pouvoir aux présidents des conseils généraux ou régionaux que pour l'une seulement des phases de négociation et de signature ; qu'elles peuvent retirer à tout moment les pouvoirs ainsi confiés ;**

19. Considérant que, dans ces conditions, les articles L. 3441-3 et L. 4433-4-2 du code général des collectivités territoriales sont conformes à la Constitution

- **Une exception de taille : la Nouvelle-Calédonie !**
 - Accords de Nouméa du 5 mai 1998, nouveau titre XIII de la Constitution suite à la révision du 20 juillet 1998 et à la loi organique du 19 mars 1999
 - Instauration d'un pouvoir législatif dévolu au Congrès de la Nouvelle Calédonie dans 12 matières définies (fiscalité, droit du travail, état des personnes). Lois peuvent être déferées au CC. Liste amenée à augmenter avec le temps. Seules les fonctions régaliennes resteront aux mains de l'État
 - Création d'une citoyenneté calédonienne en sus de la citoyenneté française (durée de résidence 10 ans)

B. L'État unitaire caractérisé par l'indivisibilité du territoire

Idée directrice : L'État unitaire n'est pas un État uniforme mais un État qui limite les différences des droits applicables, notamment en matière de protection des droits fondamentaux.

1. La protection du territoire : l'intangibilité relative du territoire

- i. *Reconnaissance du droit de sécession* : droit reconnu au début de la Vème République avec la reconnaissance d'un régime différencié pour les colonies (assimilation, association, indépendance) (al. 2 préambule de la Constitution de 1958)
- ii. Confirmation par la jurisprudence constitutionnelle ultérieure :
 - 1. CC 75-59 DC du 30 décembre 1975 **Loi relative aux conséquences de l'autodétermination des îles des Comores** : 3. Considérant que l'île de Mayotte est un territoire au sens de l'article 53, dernier alinéa, de la Constitution, ce terme n'ayant pas dans cet article la même signification juridique que dans l'expression territoire d'Outre-mer, telle qu'elle est employée dans la Constitution ;
 - 4. Considérant, en conséquence, que cette île ne saurait sortir de la République française sans le consentement de sa propre population ; que, dès lors, les articles premier et 2 de la loi déferée au Conseil constitutionnel font une exacte application de l'article 53, dernier alinéa, de la Constitution
 - 2. CC 87-226 DC du 2 juin 1987 **Loi organisant la consultation des populations intéressées de la Nouvelle-Calédonie et dépendances prévue par l'alinéa premier de l'article 1er de la loi n° 86-844 du 17 juillet 1986 relative à la Nouvelle-Calédonie** : 4. Considérant que l'article 53, alinéa 3, de la Constitution dispose : "Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées" ;

5. Considérant que ces dispositions font application aux traités et accords internationaux relevant du titre VI de la Constitution des principes de libre détermination des peuples et de libre manifestation de leur volonté, spécifiquement prévus pour les territoires d'outre-mer par l'alinéa 2 du préambule ;

6. Considérant que la mise en œuvre de ces principes doit permettre, dans le cadre de la Constitution, aux populations consultées par les autorités compétentes de la République de manifester leur volonté ;

7. Considérant que la question posée aux populations intéressées doit satisfaire à la double exigence de loyauté et de clarté de la consultation ; que s'il est loisible aux pouvoirs publics, dans le cadre de leurs compétences, d'indiquer aux populations intéressées les orientations envisagées, la question posée aux votants ne doit pas comporter d'équivoque, notamment en ce qui concerne la portée de ces indications ;

8. Considérant qu'il ressort des termes de l'article premier de la loi que la question sur laquelle les populations intéressées de Nouvelle-Calédonie seraient appelées à se prononcer, porte, non seulement sur le choix en faveur de l'accession de ce territoire à l'indépendance ou de son maintien au sein de la République, mais également dans cette dernière éventualité, sur un statut dont les éléments essentiels auraient été portés à la connaissance des intéressés ;

9. Considérant que cette rédaction est équivoque ; qu'en effet, elle peut dans l'esprit des votants faire naître l'idée erronée que les éléments du statut sont d'ores et déjà fixés, alors que la détermination de ce statut relève, en vertu de l'article 74 de la Constitution, d'une loi prise après consultation de l'assemblée territoriale ; qu'il suit de là que les dispositions de l'article premier de la loi relatives aux éléments essentiels d'un statut ne satisfont pas à l'exigence constitutionnelle de clarté de la consultation

iii. Limites du droit de sécession : un droit encadré : limité aux peuples d'outre mer (au sens large, évolution jurisprudentielle sur ce point) ; comparer. CC 91-290 DC du 9 mai 1991 **Statut de la Corse** (TOM) et CC 2000-248 DC du 4 mai 2000 **Consultation de la population de Mayotte** (DOM) et la révision constitutionnelle de 2003 (art 72-3 C : ensemble des collectivités d'outre mer)

1. Conditions de mise en œuvre :

- a. Initiative émanant des autorités compétentes de la République
- b. Processus doit s'inscrire dans le cadre de la Constitution
- c. Procédure doit comprendre la consultation des populations intéressées au moyen d'une question claire
- d. Parlement doit autoriser la sécession et déterminer ses conditions d'application

2. Nouvelle accession à l'indépendance nécessiterait une révision constitutionnelle (pour rayer la collectivité de la liste)

2. Uniformité du droit ou des droits applicables : uniformité territoriale n'empêche pas la diversité législative : la loi est la même pour tous ! mais pas tout à fait

i. Acceptation d'une diversité de régimes juridiques découlant de la Constitution

1. Une dérogation traditionnelle : le principe de spécialité législative – éloignement justifie la spécificité et donc la dérogation – régime colonial. Article 74 C consacre encore l'idée de spécialité et de possible dérogation. Droit de ne pas être inclus dans le régime de droit commun (encadré par la loi organique)
2. Le principe d'adaptation : idée d'assimilation limitée par la situation particulière. DOM et ROM : article 73 issu de la Constitution de 2003. Doit avoir été habilité par la loi.
3. Le droit à l'expérimentation : droit nouveau issu de la révision constitutionnelle de 2003 (article 72 al. 4) ; accentue la possibilité de multiplication des régimes juridiques dans le domaine législatif

4. Le pluralisme juridique en France : statuts dérogatoires historiques (Alsace-Lorraine), Régime et statut personnel coutumier (Mayotte), Droit général à l'expérimentation (article 37-1 de la Constitution)

ii. Les limitations aux dérogations

1. *L'égalité des citoyens devant la protection des droits fondamentaux* : pas de dérogation aux droits fondamentaux en fonction de la mise en œuvre de ces droits sur différentes parties du territoire : CC 93-329 DC du 13 janvier 1994 **Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales** : 27. Considérant qu'il résulte des dispositions et principes à valeur constitutionnelle ci-dessus rappelés que le législateur peut prévoir l'octroi d'une aide des collectivités publiques aux établissements d'enseignement privés selon la nature et l'importance de leur contribution à l'accomplissement de missions d'enseignement ; que si le principe de libre administration des collectivités locales a valeur constitutionnelle, les dispositions que le législateur édicte ne sauraient conduire à ce que les conditions essentielles d'application d'une loi relative à l'exercice de la liberté de l'enseignement dépendent de décisions des collectivités territoriales et, ainsi, puissent ne pas être les mêmes sur l'ensemble du territoire ; que les aides allouées doivent, pour être conformes aux principes d'égalité et de liberté, obéir à des critères objectifs ; qu'il incombe au législateur, en vertu de l'article 34 de la Constitution, de définir les conditions de mise en œuvre de ces dispositions et principes à valeur constitutionnelle ; qu'il doit notamment prévoir les garanties nécessaires pour prémunir les établissements d'enseignement public contre des ruptures d'égalité à leur détriment au regard des obligations particulières que ces établissements assument.

Le constituant a également marqué ces limites dans les articles 72 et 73 de la Constitution dans leur rédaction issue de 2003.

2. La solidarité nationale et l'homogénéité de traitement limitent également les dérogations ou la multiplication des régimes juridiques : CC 2003-487 DC du 18 décembre 2003 **Décentralisation du RMI** et CC 2004-503 du 12 août 2004 **Loi concernant les compétences des départements en matière de logement social** : 18. Considérant que les écarts existant entre les besoins de personnels techniciens, ouvriers et de service des collèges et lycées et les effectifs réels de ces personnels sont plus importants dans certaines académies de métropole qu'ils ne le sont dans certaines académies d'outre-mer ; que ces écarts ne constituent donc pas, au sens de l'article 73 de la Constitution, des " caractéristiques et contraintes particulières " de nature à différer l'entrée en vigueur de la loi dans les départements et régions d'outre-mer ; que, par suite, l'article 203 de la loi déferée doit être déclaré contraire à la Constitution
C-

C- L'État unitaire caractérisé par l'unicité du peuple français

Débat assez ancien et passionné : existe-t-il un peuple français ou des peuples composant la France ? Réponse : un seul peuple français mais composé de populations

1- Le principe : l'unicité du peuple français :

- iii. CC 91-290 DC du 9 mai 1991 **Statut de la Corse** : un seul peuple français car :
 1. La notion est insérée dans la Constitution, il s'agit d'un concept juridique de nature constitutionnelle et le législateur ne peut le modifier. Seule une révision constitutionnelle le pourrait

2. Le principe d'égalité interdit toutes les discriminations fondées sur l'origine, la race ou la religion

Ce raisonnement sera repris dans la décision CC 99-412 DC du 15 juin 1999 relative à la **Charte européenne des langues régionales ou minoritaires**

3. La notion d'unicité du peuple français n'interdit pas la reconnaissance et prise en considération de la notion de populations d'outre-mer : reconnaissance d'abord par le juge constitutionnel : CC 2000-428 DC du 4 mai 2000 **Consultation de la population de Mayotte** : les populations d'outre-mer se sont vues reconnaître le droit à la libre détermination et la libre expression de leur volonté. Consécration par la Constitution dans l'article 72-3 issu de la révision de 2003.

iv. Le refus de reconnaissance constitutionnelle des minorités :

1. Signifie simplement que les minorités ne peuvent réclamer des droits constitutionnels spécifiques (v. exemple de la décision 454 DC du 17 janvier 2002 **Loi relative à la Corse** : 24. Considérant que, si l'enseignement de la langue corse est prévu "dans le cadre de l'horaire normal des écoles maternelles et élémentaires", il ne saurait revêtir pour autant un caractère obligatoire ni pour les élèves, ni pour les enseignants ; qu'il ne saurait non plus avoir pour effet de soustraire les élèves aux droits et obligations applicables à l'ensemble des usagers des établissements qui assurent le service public de l'enseignement ou sont associés à celui-ci.
2. Différences sont cependant palpables avec la Nouvelle Calédonie (citoyenneté, représentation de la minorité Kanak – insérée dans la révision constitutionnelle). V. également l'article 75-1 de la constitution issu de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 : « *Les langues régionales appartiennent au patrimoine de la France* » : faut-il en déduire qu'un embryon de reconnaissance constitutionnelle serait en train de se former ?

3. La consécration de l'unité dans la mise en œuvre

i. L'unité du corps politique

1. L'interdiction de division des électeurs ou des éligibles : pas de catégories arbitraires : CC 82-146 DC du 19 novembre 1982 **Quotas par sexe** ; CC 99-407 DC du 14 janvier 1999 **Election des conseillers régionaux**. Principe réaffirmé dans l'article 1^{er} modifié de la Constitution issu de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 « *La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales* »
2. L'interdiction de discriminer en se fondant sur des attaches territoriales : CC a tourné sa jurisprudence vers les régimes d'incompatibilités mis en place entre certains mandats électifs (Polynésie, Corse) pour les censurer dès qu'ils ajoutaient une incompatibilité (177 et 178 DC, 290 DC). Exception : la Nouvelle Calédonie
3. Le rattachement à la citoyenneté unique : qualité de citoyen seul moteur de la représentation.

- ii. L'unité de la représentation du peuple : l'indivisibilité de la souveraineté a pour corollaire l'indivisibilité du peuple puisqu'il en est le seul titulaire. 1 personne = 1 voix. Principe invariable. V. CC 76-71 DC du 30 décembre 1976 **Décision du Conseil des communautés européennes relative à l'élection de l'Assemblée des Communautés au suffrage universel** direct : 6. Considérant que la souveraineté qui est définie à l'article 3 de la Constitution de la République française, tant dans son fondement que dans son exercice, ne peut être que nationale et que seuls peuvent être regardés comme participant à

l'exercice de cette souveraineté les représentants du peuple français élus dans le cadre des institutions de la République

CC 92-308 DC du 9 avril 1992, **Maastricht 1 (Traité sur l'Union européenne)**: 24. Considérant que l'article 3 de la Constitution dispose dans son premier alinéa que "la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum" ; que le même article dispose, dans son troisième alinéa, que "le suffrage peut être direct ou indirect dans les conditions prévues par la Constitution. Il est toujours universel, égal et secret" ; qu'il est spécifié au quatrième alinéa de l'article 3 que "sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques"

26. Considérant qu'il résulte de ces dispositions que l'organe délibérant d'une collectivité territoriale de la République ne peut procéder que d'une élection effectuée au suffrage universel ; que le Sénat doit, dans la mesure où il assure la représentation des collectivités territoriales de la République, être élu par un corps électoral qui est lui-même l'émanation de ces collectivités ; qu'il s'ensuit que la désignation des conseillers municipaux a une incidence sur l'élection des sénateurs ; qu'en sa qualité d'assemblée parlementaire le Sénat participe à l'exercice de la souveraineté nationale ; que, dès lors, le quatrième alinéa de l'article 3 de la Constitution implique que seuls les "nationaux français" ont le droit de vote et d'éligibilité aux élections effectuées pour la désignation de l'organe délibérant d'une collectivité territoriale de la République et notamment pour celle des conseillers municipaux ou des membres du Conseil de Paris

2. Comment se manifeste l'Organisation décentralisée de l'État ?

Point de départ : retour à l'opposition entre l'unicité du pouvoir de l'État et la libre administration des collectivités territoriales

Consécration initiale dans la décision du CC 79-104 DC du 23 mai 1979 **Territoire de Nouvelle Calédonie**

9. Considérant, d'une part, que, si les dispositions ainsi arrêtées ont pour effet de mettre fin implicitement pour l'assemblée territoriale et explicitement pour le conseil de gouvernement au mandat des membres de ces deux institutions, elles ne sauraient être regardées comme prononçant une dissolution tant en raison des termes mêmes dans lesquels elles sont rédigées que des règles qu'elles définissent pour le renouvellement de ces deux institutions, règles qui diffèrent sur plusieurs points de celles applicables en cas de dissolution ; qu'elles s'analysent, en définitive, comme une mesure d'abréviation du mandat de l'assemblée territoriale et du conseil de gouvernement dont la durée est fixée par la loi et ne peut être modifiée qu'en la même forme ; qu'en tirant les conséquences, au regard du mandat des membres de cette assemblée et de ce conseil, d'une entrée en application immédiate du nouveau régime électoral, le législateur n'a donc fait qu'user des pouvoirs qui lui appartiennent de fixer les conditions de mise en vigueur des règles qu'il édicte ; que, dès lors, il n'a méconnu ni le principe de la séparation des pouvoirs, ni les dispositions constitutionnelles qui le mettent en œuvre ou qui consacrent la libre administration des collectivités territoriales ;

Réponse à la question peut être décomposée en trois propositions :

- La liberté se manifeste à travers les institutions
- La liberté se manifeste à travers les moyens mis à la disposition des collectivités territoriales
- La liberté se manifeste à travers l'octroi de compétences

A. La liberté à travers les institutions

2 aspects :

- la liberté se manifeste à travers l'élection des institutions locales
- la liberté se concrétise par la représentation des collectivités territoriales au Sénat

1) Elections locales longtemps considérées comme des élections administratives. JP du CC a précisé un certain nombre de points qui ont transformé la physionomie de cette désignation :

a) Elections doivent avoir lieu à intervalle régulier et raisonnable : CC 93-331 DC du 13 janvier 1994

Renouvellement triennal des conseils généraux et CC 90-280 DC du 6 décembre 1990 **Concomitance des élections régionales et cantonales** :

16. Considérant que les dispositions inscrites dans la loi sont destinées à assurer, en 1992, une concordance entre le renouvellement partiel des conseils généraux et le renouvellement intégral des conseils régionaux, puis, en 1998, une concordance totale dans l'organisation du renouvellement des conseils généraux et des conseils

régionaux ; qu'elles ont pour conséquence d'entraîner, à titre provisoire, une différence quant à la durée du mandat des conseillers généraux selon la série à laquelle ils appartiennent ou la date de leur élection et, corrélativement, une différence de traitement quant à la périodicité suivant laquelle les électeurs exerceront leur droit de vote ;

17. Mais considérant que ces différences sont limitées dans le temps et doivent se résorber à terme ; qu'elles apparaissent comme la conséquence d'une réforme qui répond à la volonté du législateur d'assurer une participation accrue du corps électoral aux élections tant des conseils généraux que des conseils régionaux ; que les différences de traitement qui en résultent trouvent ainsi une justification dans des considérations d'intérêt général en rapport avec l'objet de la loi déferée ; qu'il n'y a donc pas violation du principe constitutionnel d'égalité ;

b) Les élections locales sont des élections politiques : CC 82-146 DC du 18 novembre 1982 **Quotas par sexe** :

6. Considérant qu'aux termes de l'article 3 de la Constitution : La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum. Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice. Le suffrage peut être direct ou indirect dans les conditions prévues par la Constitution. Il est toujours universel, égal et secret. Sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques. Et qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : Tous les citoyens étant égaux aux yeux de la loi sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celles de leurs vertus et de leurs talents ;

7. Considérant que du rapprochement de ces textes il résulte que **la qualité de citoyen ouvre le droit de vote et l'éligibilité dans des conditions identiques à tous ceux qui n'en sont pas exclus pour une raison d'âge, d'incapacité ou de nationalité, ou pour une raison tendant à préserver la liberté de l'électeur ou l'indépendance de l'élu ; que ces principes de valeur constitutionnelle s'opposent à toute division par catégories des électeurs ou des éligibles ; qu'il en est ainsi pour tout suffrage politique, notamment pour l'élection des conseillers municipaux** ;

8. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la règle qui, pour l'établissement des listes soumises aux électeurs, comporte une distinction entre candidats en raison de leur sexe, est contraire aux principes constitutionnels ci-dessus rappelés ; qu'ainsi, l'article L. 260 bis du code électoral tel qu'il résulte de l'article 4 de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel doit être déclaré contraire à la Constitution

- l'électeur y participe en tant que citoyen

- les élections locales constituent une manifestation de la souveraineté (participent à la désignation des sénateurs

c) 2 questions à évoquer :

i) **Le droit de vote des étrangers aux élections locales** : normalement impossible en raison du principe de souveraineté. Aménagement en ce qui concerne les citoyens de l'Union européenne après le traité de Maastricht (révision constitutionnelle du 25 juin 1992 permettant aux citoyens de l'Union résidant en France de participer aux élections municipales et européennes). Cette participation comporte certaines limites liées à l'impossibilité pour un non-citoyen français de participer à : v. CC 92-308 DC du 9 avril 1992 **Maastricht 1** :

24. Considérant que l'article 3 de la Constitution dispose dans son premier alinéa que "la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum" ; que le même article dispose, dans son troisième alinéa, que "le suffrage peut être direct ou indirect dans les conditions prévues par la Constitution. Il est toujours universel, égal et secret" ; qu'il est spécifié au quatrième alinéa de l'article 3 que "sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques" ;

25. Considérant qu'en vertu de l'article 24 de la Constitution, le Sénat, qui est élu au suffrage indirect, "assure la représentation des collectivités territoriales de la République" ; qu'aux termes du premier alinéa de l'article 72 de la Constitution "les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les territoires d'outre-mer. Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi" ; que selon le deuxième alinéa du même article "ces collectivités s'administrent librement par des conseils élus et dans les conditions prévues par la loi" ;

26. Considérant qu'il résulte de ces dispositions que l'organe délibérant d'une collectivité territoriale de la République ne peut procéder que d'une élection effectuée au suffrage universel ; que le Sénat doit, dans la mesure où il assure la représentation des collectivités territoriales de la

République, être élu par un corps électoral qui est lui-même l'émanation de ces collectivités ; qu'il s'ensuit que la désignation des conseillers municipaux a une incidence sur l'élection des sénateurs ; qu'en sa qualité d'assemblée parlementaire le Sénat participe à l'exercice de la souveraineté nationale ; que, dès lors, le quatrième alinéa de l'article 3 de la Constitution implique que seuls les "nationaux français" ont le droit de vote et d'éligibilité aux élections effectuées pour la désignation de l'organe délibérant d'une collectivité territoriale de la République et notamment pour celle des conseillers municipaux ou des membres du Conseil de Paris ;

- ii) **Le principe d'égalité de suffrage** : principe constitutionnel général impliquant le respect de l'égalité de représentation de suffrage (ce qui signifie que le découpage des circonscriptions doit se faire sur des bases essentiellement démographiques) CC 85-196 et 197 DC des 8 et 23 août 1985 *Evolution de la Nouvelle Calédonie I (& II)* :

14. Considérant qu'aux termes de l'article 2, premier alinéa, déjà cité, de la Constitution, la République "assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion" ; que, selon l'article 3, troisième alinéa, le suffrage "est toujours universel, égal et secret" ; que l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 dispose que la loi "doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents" ;

15. Considérant que ces dispositions ne font pas obstacle à la possibilité pour le législateur, en conformité avec l'article 74 de la Constitution, d'instituer et de délimiter des régions dans le cadre de l'organisation particulière d'un territoire d'outre-mer en tenant compte de tous éléments d'appréciation, notamment de la répartition géographique des populations ; que, ce faisant, l'article 3 de la loi n'a pas violé l'article 2 de la Constitution ;

16. Mais considérant que le congrès, dont le rôle comme organe délibérant d'un territoire d'outre-mer ne se limite pas à la simple administration de ce territoire doit, pour être représentatif du territoire et de ses habitants dans le respect de l'article 3 de la Constitution, être élu sur des bases essentiellement démographiques ; que s'il ne s'ensuit pas que cette représentation doive être nécessairement proportionnelle à la population de chaque région ni qu'il ne puisse être tenu compte d'autres impératifs d'intérêt général, ces considérations ne peuvent cependant intervenir que dans une mesure limitée qui, en l'espèce, a été manifestement dépassée ;

La jurisprudence constitutionnelle ultérieure a précisé que ce principe d'égalité de suffrage devait s'appliquer non seulement dans la détermination de la représentation (nombre d'élus) mais également dans le découpage des circonscriptions électorales.

- 2) **La représentation des collectivités territoriales au Sénat** : v. article 24 al 3 de la Constitution :

Le Sénat, dont le nombre de membres ne peut excéder trois cent quarante-huit, est élu au suffrage indirect. Il assure la représentation des collectivités territoriales de la République.

- i) Le Sénat représente l'ensemble des collectivités territoriales françaises : ensemble indivisible représentant l'ensemble des collectivités ; participe de la souveraineté par l'exercice de la fonction législative ; égalité de représentation des collectivités par absence d'individualisation
- ii) La représentation des collectivités territoriales au Sénat se situe dans le collège électoral lui-même qui comprend l'ensemble des délégués des collectivités territoriales : CC 2000-431 DC du 6 juillet 2000 *Élection des sénateurs* :

5. Considérant qu'il résulte des dispositions précitées de l'article 24 de la Constitution que le Sénat doit, dans la mesure où il assure la représentation des collectivités territoriales de la République, être élu par un corps électoral qui est lui-même l'émanation de ces collectivités ; que, par suite, ce corps électoral doit être essentiellement composé de membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales ; que toutes les catégories de collectivités territoriales doivent y être représentées ; qu'en outre, la représentation des communes doit refléter leur diversité ; qu'enfin, pour respecter le principe d'égalité devant le suffrage résultant de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et de l'article 3 de la Constitution, la représentation de chaque catégorie de collectivités territoriales et des différents types de communes doit tenir compte de la population qui y réside ;

6. Considérant, en conséquence, que, si le nombre des délégués d'un conseil municipal doit être fonction de la population de la commune et si, dans les communes les plus peuplées, des délégués supplémentaires, choisis en dehors du conseil municipal, peuvent être élus par lui pour le représenter, c'est à la condition que la participation de ces derniers au collège sénatorial conserve un caractère de correction démographique ; que l'application des dispositions en vigueur de l'article L. 285 du code électoral ne remet pas en cause les principes sus-énoncés ;

7. Considérant, en revanche, qu'en application des dispositions du 1° de l'article 2 de la loi déferée, des délégués, choisis nécessairement en dehors du conseil municipal, seront désignés, à raison d'un délégué supplémentaire pour 300 habitants ou fraction de ce nombre, lorsque le nombre de délégués sera supérieur à l'effectif du conseil municipal ; que, dès lors, ces délégués supplémentaires constitueront une part substantielle, voire, dans certains départements, majoritaire du collège des électeurs sénatoriaux ; que leur participation à l'élection des sénateurs sera d'autant plus déterminante que l'article 10 de la loi examinée étend à de nombreux départements l'élection des sénateurs au scrutin proportionnel ;

8. Considérant que l'importance ainsi donnée par la loi déferée aux délégués supplémentaires des conseils municipaux au sein des collèges électoraux irait au-delà de la simple correction démographique ; que seraient ainsi méconnus les principes sus-énoncés ;

9. Considérant qu'il y a lieu en conséquence de déclarer contraires à la Constitution les dispositions des deuxième, troisième, quatrième et cinquième alinéas de l'article 2, et, par voie de conséquence, celles du I de l'article 23 ;

B. La liberté assurée par les moyens de la libre administration

Deux aspects de la liberté quant aux moyens : les moyens juridiques et les moyens financiers

1) Les moyens juridiques

- a) Il s'agit du **pouvoir de décision local** caractérisé par le **pouvoir réglementaire des autorités locales**. Ce pouvoir réglementaire existe mais n'est pas autonome, c'est-à-dire qu'il dérive (d'où son nom) de la loi en vertu du texte constitutionnel article 72 al. 3 de la Constitution de 1958 :

« Dans les conditions prévues par la loi, ces collectivités(...) disposent d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de leurs compétences »

L'apport de la révision constitutionnelle de 2003 est double :

- D'une part, il a consacré officiellement la notion de pouvoir réglementaire local
- D'autre part, il a consacré la possibilité déjà mentionnée auparavant dans l'article 72 al. 4 de *pouvoir réglementaire expérimental*, c'est-à-dire de déroger pour un objet et une durée limités aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur, à condition d'y avoir été autorisé par le législateur (v. en ce sens la loi organique du 1^{er} août 2003) et de ne pas porter atteinte aux droits et libertés constitutionnellement garantis.

Par ailleurs, on remarquera que la **reconnaissance** du pouvoir réglementaire local est pratiquement assez **complexe** car elle **oblige dans chaque cas à identifier la marge de manœuvre reconnue par le législateur** et celle-ci peut varier d'un domaine ou d'une question à l'autre. La loi peut être relativement imprécise sur la détermination du titulaire principale ou accessoire de l'exercice du pouvoir réglementaire... Deux idées peuvent être dégagées : d'une part, si la loi ne dit rien à propos d'une compétence reconnue par la Constitution aux collectivités, rien n'empêche celles-ci de les exercer directement (à condition bien entendu de respecter les exigences constitutionnelles). D'autre part, en cas d'imprécision, rien n'empêche le pouvoir réglementaire national d'intervenir pour organiser ou encadrer le pouvoir réglementaire des autorités locales. Cela résulte d'une jurisprudence constante du Conseil d'État.

- b) Le **pouvoir de contracter librement est également reconnu aux collectivités locales**. Ceci est logique puisque le contrat est un aspect de la libre administration des collectivités locales. Cet aspect de la libre administration ne doit pas être sous-estimé en pratique car nombre de services publics dépendant des collectivités sont assurés en ayant recours au procédé du contrat. Il suffit de penser à toutes les activités assurées au moyen d'une délégation de service public. Les collectivités locales

disposent ici d'une liberté importante : le CC n'a pas admis que le législateur limite par exemple autoritairement les conditions de durée dans lesquelles les contrats de concessions et autres délégations de service public étaient renouvelés. CC 92-316 DC du 20 janvier 1993 **Prévention de la corruption**

2) Les moyens financiers

Sans argent, le principe de libre administration des collectivités locales ne serait qu'un leurre. L'article 72-2 de la Constitution a consacré le caractère constitutionnel de cette autonomie financière à travers deux aspects : la garantie d'un niveau de ressources suffisant ; la liberté de dépenser

- a) Les **ressources des collectivités locales sont définies par le législateur** à travers deux types de ressources : la dotation globale de fonctionnement (versée par l'État) et les ressources propres. Les collectivités locales ne disposent pas d'un pouvoir fiscal propre et peuvent simplement décider d'instaurer un impôt et en déterminer l'assiette lorsque la loi le prévoit. La seule limite provient de la Constitution elle-même qui oblige le législateur à fournir aux collectivités par un moyen ou par un autre les moyens nécessaires à l'exercice de leurs compétences. Ainsi, le CC a à plusieurs reprises rappelé au législateur qu'il devait respecter ce principe CC 91-298 DC du 24 juillet 1991 **Dispositions fiscales rétroactives**, CC 2000-432 DC du 12 juillet 2000 **Loi de finances rectificative pour 2000**

Une illustration récente de ce principe et de ses limites peut être décelée dans la décision du Conseil constitutionnel 2008-569 DC du 7 août 2008 **Droit d'accueil pour les élèves des écoles maternelles et élémentaires pendant le temps scolaire** :

11. Considérant que l'article 9 insère dans le code général des collectivités territoriales un article L. 133-8 relatif à la compensation financière versée par l'État à chaque commune ayant mis en place le service d'accueil prévu au quatrième alinéa de l'article L. 133-4 au titre des dépenses exposées pour la rémunération des personnes chargées de cet accueil ;

12. Considérant que les requérants soutiennent que le service d'accueil constitue une création ou une extension de compétence qui aurait dû être accompagnée de ressources déterminées par le législateur lui-même sans que celui-ci puisse renvoyer cette détermination au pouvoir réglementaire ; qu'ils estiment que ces dispositions sont contraires à l'article 72-2 de la Constitution ;

13. Considérant qu'aux termes du quatrième alinéa de l'article 72-2 de la Constitution : « Tout transfert de compétences entre l'État et les collectivités territoriales s'accompagne de l'attribution de ressources équivalentes à celles qui étaient consacrées à leur exercice. Toute création ou extension de compétences ayant pour conséquence d'augmenter les dépenses des collectivités territoriales est accompagnée de ressources déterminées par la loi » ; **que ces dispositions ne visent, en ce qui concerne les créations et extensions de compétences, que celles qui présentent un caractère obligatoire ; que, dans cette hypothèse, il n'est fait obligation au législateur que d'accompagner ces créations ou extensions de compétences de ressources dont il lui appartient d'apprécier le niveau, sans toutefois dénaturer le principe de libre administration des collectivités territoriales** ;

14. Considérant que le législateur a prévu, d'une part, que le montant de la compensation versée à chaque commune qui aura mis en œuvre le service d'accueil sera fonction du nombre d'élèves accueillis ; qu'il a institué, d'autre part, un « montant minimal de cette compensation » versé, en cas d'un trop faible nombre d'élèves accueillis, à toute commune ayant organisé le service d'accueil ; qu'il a enfin disposé que ce montant ne pourra être inférieur, pour chaque journée, à neuf fois le salaire minimum de croissance horaire par enseignant ayant participé au mouvement de grève ; que, dans ces conditions, il a suffisamment déterminé le niveau des ressources accompagnant la création de ce service public et n'a pas méconnu le quatrième alinéa de l'article 72-2 de la Constitution ;

- b) La **liberté d'appréciation des dépenses** : le principe de libre administration des collectivités locales impose également une liberté de choix quant aux dépenses à effectuer. Si certaines dépenses sont obligatoires, certaines limites doivent être posées de façon à ce que le principe de libre administration demeure. Telle est en substance l'idée défendue par le Conseil constitutionnel dans sa décision 90-274 DC du 29 mai 1990 **Droit au logement** :

16. Considérant que sur le fondement des dispositions précitées des articles 34 et 72 de la Constitution, le législateur peut définir des catégories de dépenses qui revêtent pour une collectivité territoriale un caractère obligatoire ; que toutefois, les obligations ainsi mises à la charge d'une collectivité territoriale doivent être définies avec précision quant à leur objet et à leur portée et ne sauraient méconnaître la compétence propre des collectivités territoriales ni entraver leur libre administration ;

Par ailleurs, le nouvel article 72-2 de la Constitution a reconnu que « *les collectivités locales bénéficient de ressources dont elles peuvent disposer librement dans des conditions fixées par la loi* »

C. La liberté assurée par le respect du domaine de compétences des collectivités locales garantissant la libre administration

Deux idées peuvent être avancées : le domaine des compétences des collectivités locales est protégé par rapport à l'État ; il est également protégé par rapport aux autres personnes publiques.

1. **Signification de cet aspect de la liberté** : la garantie du respect des compétences est fixée par la Constitution elle-même mais comme dans un État unitaire il n'existe pas de liste de répartition des compétences dans la Constitution, il revient au législateur d'établir cette liste. Il pourrait être tenté de réduire ces compétences à une peau de chagrin (s'il ne veut pas donner trop de compétences aux collectivités) ou au contraire d'en donner trop (s'il souhaite se décharger d'une mission qui lui appartient).
2. **Le juge constitutionnel a précisé** que la libre administration des collectivités locales imposait la définition d'attributions effectives affectées à des assemblées élues : CC 85-196 DC **Evolution de la Nouvelle Calédonie I**. Par ce biais, il reconnaît l'obligation de respecter les compétences qu'implique le principe de libre administration. La révision constitutionnelle de 2003 est allée encore plus loin en prévoyant que « *les collectivités locales ont vocation à prendre des décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon* » (article 72-2 de la Constitution). Cependant le contrôle du juge reste restreint et il ne censurerait probablement qu'une erreur manifeste d'appréciation. 2 exemples : le fonction publique territoriale (compétence locale), la promotion du logement (compétence nationale complétée par une compétence locale)
3. **Les compétences des collectivités locales sont également protégées contre les intrusions qui pourraient émaner d'autres personnes publiques**. Ceci engendre deux conséquences concrètes :
 - a. **Il ne peut exister de tutelle d'une collectivité locale sur une autre collectivité locale**. Ce principe a été confirmé par la révision constitutionnelle de 2003 qui prévoit dans l'article 72 al. 5 « qu'aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre »
 - b. **La répartition des compétences entre les collectivités locales ne doit pas conduire à priver de sa substance les compétences d'une autre collectivité**. Ainsi, des transferts de compétence trop importants au profit de la région et au détriment du département ont été censurés par le juge constitutionnel 84-174 DC du 25 juillet 1984 **Régions d'Outre Mer**

Chapitre II – L'État composé

Introduction :

- Différence fondamentale entre l'État unitaire et l'État composé : non plus un seul centre de pouvoir mais plusieurs ! Ce n'est plus « l'État dans l'État » mais « Les États dans l'État » ou encore « un État d'États »
- L'État composé peut être comparé à un château de cartes où chaque triangle constituerait une « entité étatique ou autonome » et l'ensemble « l'État composé »
- De façon très pratique, l'État composé est le plus utilisé par les systèmes politiques pour organiser la forme de l'État. Le problème réside dans la pluralité des formes d'État composé car s'il y a certains traits communs, un État composé – fédéral ou régional – ne ressemble jamais à un autre : entre la Suisse, la Belgique, l'Espagne et l'Italie (pour parler de nos voisins) et les États-Unis, l'Inde, la Fédération de Russie, il y a des différences substantielles mais un trait commun : l'organisation du pouvoir est formé de plusieurs strates ou de plusieurs couches que l'on ne retrouve pas dans l'État unitaire
- L'État composé est souvent un moyen d'accepter et de reconnaître les différences qui marquent les éléments constitutifs de l'État. Ce peut être le territoire (grand ou petit), ce peut être la population (un ensemble de peuples sur le même territoire). Ce peut être l'organisation étatique (toutes les décisions ne peuvent pas être centralisées au même endroit et émaner des mêmes autorités). Au fond, et sans mauvais jeu de mots, l'État composé c'est l'auberge espagnole où chacun y apporte ce qu'il a chez lui
- Cela étant, l'État composé présente un avantage majeur en termes de malléabilité. Il permet de gérer plus sagement des divergences (souvent historiques !) et d'éviter que la planète ne se constelle de micro-États (ce qu'elle n'a tout de même pas réussi à éviter totalement)

- Le vocabulaire est également d'importance pour comprendre ce que nous allons essayer d'envisager.

Précisions de vocabulaire et définitions :

État composé : Il s'agit d'un terme générique qui regroupe toutes les formes d'États qui comptent plus d'un pouvoir de décision politique (pouvoir législatif). Cette notion regroupe les États fédéraux, les États régionaux et les États autonomiques

État fédéral : Il se définit traditionnellement comme une **superposition** d'États distincts (États fédérés) qui se regroupent pour l'exercice de certaines compétences en un Super-État (État fédéral). Il s'agit d'une forme d'État qui associe le respect de l'**autonomie** de chacun des États et la **participation** de ces mêmes États à l'exercice commun de compétences par le biais de la participation. Chaque État conserve l'intégralité des attributs de l'État

État régional : Il s'agit d'une forme d'État relativement nouvelle, issue davantage du fédéralisme que de l'État unitaire et qui se caractérise par la reconnaissance d'une réelle autonomie politique et institutionnelle au profit des entités régionales. Toutefois, à la différence de l'État fédéral, le pouvoir de l'État reste unitaire par certains de ses aspects même si une compétence normative est reconnue aux entités régionales

État autonome : L'État autonome est une variante du précédent mais qui reconnaît (comme cela peut d'ailleurs être le cas dans un État fédéral) que certaines entités sont plus autonomes que d'autres, c'est-à-dire, disposent de davantage de pouvoirs que d'autres. On assiste ainsi dans l'État autonome à une forme d'asymétrie entre les différentes entités : certaines seront proches de la situation de collectivités territoriales dans un État unitaire décentralisé alors que d'autres seront proches d'un État fédéré au sein d'un État fédéral

- Quelques précisions sémantiques :

- Comme nous nous trouvons – nécessairement – dans un secteur du droit comparé, il ne faut pas trop s'attacher aux différences d'appellation qui sont utilisés par les États. Ex : les cantons suisses sont en réalité des États fédérés, comme les sujets de la fédération en Russie sont également soit des États fédérés ou des régions, voire des entités découlant directement du pouvoir central
- Bien que cette étude nous amènera à faire des parallèles entre différents États et à chercher certaines ressemblances et traits communs, il ne faudra néanmoins pas exagérer le trait. Chaque État conserve ses spécificités et les réduire pour les besoins de la présentation est souvent réducteur

- Nous aborderons cette étude de l'État composé :

- En rappelant tout d'abord les grands traits de l'État fédéral
- En examinant les caractéristiques de l'État régional dans ses rapports avec l'État fédéral et l'État unitaire
- Puis en analysant en quoi l'État composé offre une approche différente de l'exercice du pouvoir et des institutions ?

1. Les caractères généraux de l'État fédéral

- Il ne s'agit pas ici de refaire l'étude de l'État fédéral mais de comprendre en quoi l'État fédéral constitue un modèle opposé à celui de l'État unitaire
- Classiquement, trois principes caractérisent l'État fédéral :
 - Le principe de superposition
 - Le principe d'autonomie
 - Le principe de participation

C. Le principe de superposition des États

4. **Définition**: le principe de superposition signifie que les États fédérés qui composent l'État fédéral constituent le socle et le fondement de cet État fédéral qui exercera certaines compétences au nom des États fédérés

Principe à retenir : A travers le principe de superposition, les États fédérés voient consacrer à la fois leur reconnaissance en tant qu'État mais également l'acceptation d'une superstructure qui exercera certaines compétences en leur lieu et place. Si certains ont pu considérer qu'il s'agissait d'une fiction en raison de la suprématie du droit fédéral, il n'en reste pas moins qu'il y a bien superposition d'organisations étatiques (fédérées et fédérale)

5. **Superposition des niveaux étatiques** : Il s'agit de la première conséquence directe du principe de superposition qui se subdivise en deux aspects : la souveraineté et la diversité des structures.
- **La souveraineté** : elle appartient et est consubstantielle à l'État mais que se passe-t-il lorsqu'il existe plusieurs États dans le même États : unicité ou partage.
 - **Le principe** est celui de l'unicité de la souveraineté. Elle devrait donc être dévolue au seul État fédéral notamment en termes de représentation sur la scène internationale. L'État fédéral est une sorte de « Super-État » selon les termes de Jean Gicquel.
 - **La pratique** : de fait, la majorité des États fédéraux confie l'expression externe de la souveraineté à l'entité fédérale. Toutefois, il faut reconnaître que cette question reste ouverte et que les attributs de l'État se retrouvent tant dans l'État fédéral que dans les États fédérés. (v. la théorie américaine du *Dual Federalism*, également les exemples en Russie ou en RFA – cas de la chaîne ARTE)
 - **La diversité des structures gouvernementales** : ceci est une conséquence logique du principe de superposition. Chaque État (fédéral ou fédéré) reste libre de décider de ses structures dans le cadre constitutionnel et cela même lorsque les niveaux de gouvernements ne sont pas les mêmes. La superposition n'est pas une reproduction à l'identique mais bien une forme de respect de la diversité (v. Fédération de Russie, Belgique, Afrique du sud)
6. **La superposition des ordres juridiques** : ceci est simple à comprendre : il y a autant d'ordres juridiques qu'il y a d'États. Sur le principe, il y a donc multiplication des ordres constitutionnels, législatifs, exécutifs et judiciaires
- Les **ordres constitutionnels** sont aussi nombreux qu'il y a d'États. Cela étant les Constitutions des États fédérés doivent respecter les principes contenus dans la Constitution fédérale. Chacun reste maître chez soi dans les limites fixées par le pacte constitutionnel commun (représenté par la Constitution de l'État fédéral). Ces principes communs peuvent être très généraux (respect de la forme républicaine) ou porter sur le respect de certains droits (droits fondamentaux), voire porter sur l'organisation des pouvoirs publics (ce qui est plus problématique car cela induit une forme de contrôle de l'État fédéral sur les États fédérés)
 - Les **ordres législatifs** obéissent au même principe : il y a autant de Parlement qu'il y a d'États. Evidemment les actes pris par ces organes doivent respecter les principes contenus dans la Constitution de l'État fédéral et notamment le respect de la répartition des compétences contenue dans la Constitution. Mais tous les cas de figure sont possibles et dépendent du texte constitutionnel.
 - Les **pouvoirs exécutifs** sont également superposés mais sont souvent appelés à collaborer
 - Les **pouvoirs judiciaires** obéissent au même principe de superposition encore qu'en la matière de nombreuses configurations soient possibles (i.e. juridiction qui jouent un double rôle fédéré et fédéral).

D. Le principe d'autonomie des États (fédérés et fédéral)

Idée directrice : Le principe d'autonomie signifie que les États fédérés et fédéral disposent d'une sphère de compétences propres dans laquelle les autres entités ne peuvent pas intervenir.

Ceci se traduit par une autonomie constitutionnelle et législative qui rend chaque entité indépendante l'une de l'autre dans l'exercice de ses compétences

4. **L'autonomie constitutionnelle** est consubstantielle au principe lui-même. Chaque État dans sa sphère de compétences exclusive dispose comme bon lui semble de la liberté qui lui est reconnue... On peut recenser trois caractères : auto-organisation, uniformité et diversité
- i. *Auto-organisation* : chaque État fédéré (comme l'État fédéral dans les limites de la Constitution) est libre du choix de ses institutions et de leurs relations, le tout dans le respect de la Constitution fédérale.
 - ii. *Uniformité* : chaque État fédéré est libre mais il existe une forte propension à l'imitation. Les États fédérés – le plus souvent pour des raisons de commodité - copient les institutions existantes au niveau fédéral. Ainsi aux USA, les États fédérés reproduisent le modèle présidentiel fédéral (gouverneur – parlement bicaméral). Cette uniformité n'est certes pas exigée mais elle facilite les relations entre les différents États fédérés et l'harmonisation des législations
 - iii. *Diversité* : chaque État fédéré peut au contraire choisir de s'organiser en fonction de ses besoins et de sa configuration. Dès lors, il n'est pas rare de voir des entités très différentes se constituer. Ces différences sont souvent expliquées par des facteurs externes (population, géographie) qui permettent ou non l'adoption de certaines institutions (référendum cantonal, initiative législative en Suisse)

5. **L'autonomie législative** : elle est au cœur du principe d'autonomie puisque la Constitution fixe la règle du jeu à travers le système de répartition des compétences contenu dans la Constitution fédérale : il existe au moins une répartition des compétences entre l'État fédéral et les États fédérés, mais le système peut être plus sophistiqué.
- i. **Le respect de la répartition des compétences** : le mécanisme de répartition des compétences garantit à chacune des entités le respect de ses compétences par les autres entités, que ce soit les États fédérés ou l'État fédéral. Cette répartition est la clef de voûte de l'ensemble fédéral. Il est nécessaire qu'une institution veille au respect de ce partage (le plus souvent ce sera la Cour constitutionnelle – ce furent d'ailleurs historiquement leurs premières compétences !)
 - ii. Les **compétences exclusives** sont représentées par les compétences propres à chaque entité, qu'elles soient fédérées ou fédérales. Dans ce cas, il est impossible à une entité de pénétrer dans la sphère de compétence des autres entités. Il s'agit là de la différence majeure avec l'État unitaire puisque ces compétences législatives exclusives des États fédérés leur appartiennent et ne peuvent être déléguées. Les techniques de répartition des compétences sont multiples. Elles peuvent obéir à des listes de matières définies ou au contraire identifier certaines matières au profit d'une entité et laisser les autres par déduction au profit de l'autre ou des autres. Tous les cas de figure se rencontrent (liste au profit de l'État fédéral : États-Unis ; Allemagne ; liste au profit des entités fédérées : Canada). Il faut toutefois se méfier des apparences. Une lecture approfondie de la liste des matières ne signifie pas que la compétence générale appartienne à la liste non définie ou définie par déduction... Si la liste exhaustive est longue, la liste par déduction peut être réduite
 - iii. Les **compétences partagées** sont représentées par les compétences dans lesquelles les deux types d'entités – fédérales et fédérées - peuvent intervenir. L'idée est généralement que les entités fédérées peuvent intervenir si l'État fédéral n'intervient pas mais que lorsque l'État fédéral intervient, les États fédérés ne peuvent intervenir qu'en complément. Ici encore cependant, les modalités d'exercice des compétences partagées sont déterminées par la Constitution. Plusieurs types de raffinement peuvent se surajouter à ce principe de base et inclure des distinctions entre compétences partagées limitées aux principes généraux d'une matière (ce qui laisse une compétence exclusive aux entités fédérées pour la mise en œuvre...)
 - iv. Les **compétences complémentaires** sont représentées par les compétences s'exerçant dans le prolongement des compétences exclusives ou partagées. Il s'agit ici pour l'entité fédérée d'aller au-delà des règles fédérales et d'exercer les compétences de mise en œuvre. Ce peut être le cas à travers les « lois-cadre » (v. art. 75 de la Loi fondamentale allemande), ce peut également être le cas lorsque l'autonomie laissée à l'État fédéré est une autonomie administrative de mise en œuvre. Ces compétences complémentaires traduisent en réalité soit le partage du pouvoir entre l'État fédéral et les entités fédérées, soit l'ascendant du pouvoir fédéral sur les entités fédérées. Cela dépend évidemment du cadre constitutionnel (ex. la RFA avec le pouvoir de demander soit au *Bundesrat*, soit aux États fédérés de mettre en œuvre les textes pris par le Parlement fédéral, v. aussi la Suisse qui possède un pouvoir de contrôle sur les textes mis en œuvre par les cantons)

E. Le principe de participation des États

Le **principe de participation** se définit comme le pouvoir reconnu aux États fédérés de participer à la vie et au fonctionnement de l'État fédéral. Ceci se retrouve dans plusieurs aspects du fédéralisme : la participation au pouvoir constituant, la participation au pouvoir législatif et la participation au pouvoir exécutif.

- a. **La participation au pouvoir constituant** : elle est la conséquence directe du principe même de l'État fédéral. La Constitution fédérale constituant un acte d'association interne des États implique leur participation pour tout changement ou modification. Tout amendement ou toute révision constitutionnelle est donc soumise à une procédure de participation des États fédérés sous une forme ou sous une autre. La différence avec la confédération d'États repose sur l'absence d'unanimité obligatoire pour qu'une révision soit effective. Là encore cependant tout dépend de la Constitution. On assiste à une différence substantielle suivant les États et leur constitution (système assez complexe : les

USA ; système assez simple : la RFA avec la majorité des 2/3 au *Bundesrat*, Article 79 de la loi fondamentale).

b. La participation au pouvoir législatif

Le principe est également ici relativement simple car l'existence d'une seconde chambre au Parlement que l'on appelle « bicaméralisme », assure la représentation des États fédérés qui sont de ce fait directement associés à la participation au pouvoir législatif fédéral. Ceci explique que les États fédérés soient directement impliqués dans les décisions prises au niveau fédéral. Bien évidemment, le poids des États fédérés se fait essentiellement sentir dans la désignation des représentants à la Chambre haute. Une fois élus, les représentants des États fédérés agissent en temps que titulaire d'un mandat représentatif. Deux tempéraments doivent être mis en avant :

- i. D'une part, la seconde chambre doit véritablement être en mesure d'exercer un pouvoir partagé avec la chambre basse. Si la chambre basse peut passer outre toute opposition de la chambre haute, cette participation ne sera qu'une fiction... Et elle l'est dans un certain nombre de cas ! Le « bicaméralisme » peut être égalitaire ou inégalitaire. La grande variété des États fédéraux permet de rencontrer à peu près tous les cas de figure. Les États-Unis avec un bicaméralisme parfaitement égalitaire, la RFA avec un bicaméralisme possédant un équilibre asymétrique en passant par la Belgique où la chambre des représentants possède un ascendant sur le Sénat.
 - ii. D'autre part, les représentants à la chambre haute doivent avoir la volonté et la conscience de représenter l'État fédéré au niveau fédéral. Ce n'est pas toujours le cas... Il existe donc une inconnue sur la réalité de la participation au pouvoir législatif. Ceci doit de surcroît être relié au mode de désignation des sénateurs ou représentants à la chambre haute où il apparaît que la composante « territoire », qui devrait constituer le socle de la représentation, est modulée par la composante « population ».
- c. La **participation au pouvoir exécutif** est moins nette mais participe de l'esprit du fédéralisme. Certaines constitutions fédérales font participer la chambre haute ou les représentants des entités fédérées à la désignation ou à la confirmation du gouvernement de l'État fédéral (Suisse, Allemagne). D'autres en revanche considèrent que les États doivent être représentés au gouvernement fédéral par au moins un ministre de chaque province (Canada où il s'agit d'une convention constitutionnelle, c'est-à-dire une règle non écrite de la Constitution

2. Les caractéristiques de l'État régional dans ses rapports avec l'État fédéral et l'État unitaire

Point de départ : l'État fédéral est à la croisée des chemins ! Il doit son succès à sa souplesse, à son caractère protéiforme (un État fédéral ne ressemble jamais à un autre État fédéral) et surtout il a donné naissance à nombre de formes d'États hybrides... parmi lesquels l'État régional et l'État autonome ont trouvé leur place.

On peut tenter de répondre à ces questions en examinant les caractéristiques générales de l'État régional à travers

- La reconnaissance de l'autonomie politique des entités régionales
- Le maintien de l'unicité de l'État

L'État régional est à la mode ! Il représente une forme hybride d'État entre l'État unitaire et l'État fédéral, tous deux contestés dans leurs formes les plus abouties. Les exemples les plus classiquement cités d'État régional ou d'État autonome sont l'Italie et l'Espagne. Mais des exemples plus récents ont également surgi avec la Grande-Bretagne (Ecosse) ou plus loin de nous l'Afrique du sud... L'État régional n'est pas un modèle théorique mais se caractérise par une reconnaissance politique des entités régionales. A ce titre, elles se voient confier des pouvoirs de décision qui trouvent toutefois leurs limites dans la possibilité pour l'État central de reprendre la main en cas de besoin ou de nécessité de cohérence nationale.

D. La reconnaissance d'une autonomie politique des entités régionales

L'idée est simple et permet de comprendre la différence fondamentale entre État unitaire et État régional. Les entités régionales se voient reconnaître un pouvoir politique qui se traduit par l'octroi de compétences exercées à travers un pouvoir législatif reconnu par la Constitution. Ceci se manifeste à travers différentes caractéristiques.

- 3) En premier lieu le **droit à l'autonomie des collectivités régionales ou autonomes est inscrit dans la Constitution**. Ce n'est pas une reconnaissance législative mais une reconnaissance constitutionnelle

- a) *L'Espagne* est considérée comme le modèle des États régionaux. Sa Constitution de 1978 dans son article 2 « reconnaît et garantit le droit à l'autonomie des nationalités et des régions ». Elle reconnaît aux composantes de l'État le droit de s'ériger en « Communautés autonomes »

Historiquement, trois communautés espagnoles ont toujours réclamé une certaine autonomie. Ce sont la Catalogne, la Galice et le Pays Basque qui avaient acquis le statut d'autonomie sous la IIème République. Leur reconnaissance sous le régime de la Constitution de 1978 leur a donné un statut d'autonomie renforcée par rapport aux autres communautés dites de second rang.

- b) *L'Italie* reconnaît également cette autonomie des régions dans l'article 5 de la Constitution de 1947 qui dispose « la République, une et indivisible, reconnaît et favorise les autonomies locales ; elle effectue dans les services qui dépendent de l'État la plus large décentralisation administrative, elle harmonise les principes et les méthodes de sa législation avec les exigences de l'autonomie et de la décentralisation.

Les 20 régions italiennes sont énumérées par la Constitution (article 115). Certaines d'entre elles bénéficiaient déjà d'une autonomie avant la Constitution de 1947 (Sicile, Sardaigne, Trentin Haut-Adige, Frioul Vénétie julienne, Val d'Aoste) et ont été dotés de Statuts particuliers ayant valeur constitutionnelle. Les autres régions n'ont été mise en place qu'en 1970

- c) *L'Afrique du Sud* reconnaît un statut d'autonomie et un pouvoir législatif aux Provinces dans la Constitution de 1996. Elle en a même fait un préalable aux négociations constitutionnelles de 1993 et a inscrit le caractère régional de l'État dans les principes constitutionnels destinés à la rédaction de la Constitution de 1996. Toutes les sphères de gouvernement participent à l'élaboration d'actes législatifs dans le respect de leurs compétences, mais l'État central peut en tant que de besoin reprendre certaines compétences en cas d'inaction ou de crise grave.
- 4) **En second lieu, la garantie de l'autonomie s'est opérée à travers la jurisprudence des juridictions constitutionnelles** qui a permis de définir et de contrôler le respect des autonomies des régions et des provinces. En Italie, la Cour fût assez réticente à reconnaître pleinement cette autonomie mais a ensuite adopté une position plus favorable aux régions à partir du milieu des années 80. En Espagne, très tôt le juge constitutionnel a dû résoudre des litiges entre l'État et les communautés autonomes. Il a développé une jurisprudence nuancée qui a autant profité à l'État central (et à une protection unifiée des droits fondamentaux) qu'aux communautés autonomes en protégeant leurs compétences constitutionnelles. Le Tribunal constitutionnel espagnol a également rappelé à l'État et aux Communautés autonomes le devoir de coopération et de collaboration dans l'exercice de leurs compétences respectives.
- 5) En troisième lieu, **les institutions régionales et les communautés autonomes ont bénéficié d'institutions et de moyens de mise en œuvre leur permettant d'exercer concrètement leurs pouvoirs.**
- a) Ceci est tout d'abord le **cas des institutions politiques des régions, communautés autonomes et provinces**, qui ressemblent à celles de l'État. Ainsi en Espagne, on retrouve au niveau des communautés les mêmes structures que celles des États. De même en Italie ou en Afrique du sud où à peu de différences près on retrouve les mêmes structures que celles de l'État central
- b) On retrouve également un **pouvoir législatif régional**, qui constitue un réel pouvoir législatif, comme dans l'État fédéral, et qui s'exerce sur un fondement constitutionnel dans les limites prévues par le texte constitutionnel. La liste des matières confiées aux entités régionales ou autonomes est importante car elle détermine le véritable visage du régionalisme. Souvent, l'État régional est conçu comme un sous État fédéral en raison de la faiblesse des transferts. Mais cette situation peut évoluer lorsque la Constitution évolue elle-même. Ce fût notamment le cas en Italie où le caractère très centralisé de l'État s'est dilué peu à peu avec les révisions constitutionnelles de 1999 et de 2001.

E. Le maintien de l'unicité de l'État

Régional ou autonome ou provincial, l'État demeure un État unitaire par bien des aspects. La Constitution rappelle que l'État n'est pas divisible et qu'il s'agit d'un État-nation même si cette nation est une nation arc-en-ciel (Afrique du sud)

3) Une autonomie relativisée

- a) Les entités régionales, autonomes ou provinciales jouissent d'une autonomie qui n'est pas aussi forte que dans un État fédéré. Dans la plupart des cas, il n'existe pas de double pouvoir constituant : cela signifie que **l'État ne connaît qu'une seule Constitution**. Même si dans certains cas, les entités ont baptisé leur texte

fondateur Constitution, la soumission de ce texte à la Constitution nationale n'en fait pas un texte constitutionnel au sens hiérarchique et matériel (c'est en ce sens qu'a statué la Cour constitutionnelle sud-africaine au sujet de la Constitution de la Province du Kwazulu-Natal).

- b) Le **statut des entités régionales ou autonomes est un statut concerté avec les entités étatiques**. Cela signifie que les entités prennent part à la définition de leur Statut, en concertation avec les autorités étatiques. Ce qui serait impensable dans un État unitaire. Ceci permet par ailleurs d'instaurer des différences entre les communautés.
- c) La participation au pouvoir à l'échelon central est plus limitée. Il n'y a pas d'élections directes des représentants de la chambre haute mais plutôt une désignation indirecte (Espagne) ou encore ne donne aucun pouvoir décisionnel à la chambre haute.

4) Une autonomie contrôlée

5) **Ce contrôle se manifeste à travers les contrôles juridictionnels et administratifs**. Le rôle du juge constitutionnel, déjà mentionné est ici capital. Le juge constitutionnel joue véritablement le rôle d'un arbitre engagé dans la défense des strictes prérogatives de chacun. Cette attitude se double d'une reconnaissance au profit de l'État d'un pouvoir de dérogation aux règles de répartition des compétences en cas d'inaction ou d'incapacité à agir ou encore en situation d'urgence. Ce contrôle du juge constitutionnel peut se doubler d'un contrôle administratif prévu par la Constitution ou la loi organique. On note toutefois une tendance des juges constitutionnels à encadrer mais également à faire respecter les compétences des collectivités territoriales.

3. En quoi l'État composé offre une approche différente de l'exercice du pouvoir et des institutions (au regard de l'État unitaire) ?

Le choix de la forme de l'État est le plus souvent dicté par des contraintes ou des considérations extérieures à la Constitution et au système juridique. Ce sont des considérations historiques ou géographiques, sociales, humaines qui orientent ces choix. Il n'y a donc pas lieu d'opérer un classement en fonction de la forme de l'État. Le seul vrai critère qui compte reste la stabilité et la capacité qu'a une société à vivre dans une (relative) harmonie.

Au-delà de ces considérations sur le choix originnaire de la forme de l'État, on peut cependant réfléchir sur le phénomène de l'État composé qui apparaît aujourd'hui avoir les faveurs de nombreux États nouveaux.

On distinguera ici une nouvelle fois l'État fédéral de l'État régional en tentant de souligner leurs points communs.

A. Le modèle fédéral garant de l'évolution du pouvoir et des institutions

Le fédéralisme n'est tout d'abord pas nécessairement un choix délibéré de la part des États. Il procède traditionnellement d'un double mouvement : le fédéralisme par agrégation, le fédéralisme par sécession. Il traduit soit un mouvement d'union (cas de la République Fédérale d'Allemagne ou de la Suisse), soit un mouvement de désunion (Belgique, Ex-Yougoslavie).

Le pouvoir dans un État fédéral a besoin d'un garant des compétences. C'est le **rôle du juge constitutionnel**. Cependant, la vie de l'État fédéral n'est pas réglée par les joutes judiciaires : le fédéralisme prend son vrai visage avec la pratique institutionnelle et les relations qu'entretiennent les institutions fédérées et fédérales entre elles. On remarque de ce point de vue que dans les États fédéraux, nombre de questions de société trouvent leur dénouement ou leur complexification dans le régime fédéral.

1) **Le garant du fédéralisme et de la répartition des compétences**. Deux points importants doivent être soulignés dans le rôle qu'est amené à jouer le juge constitutionnel :

- a) **La Constitution d'un État fédéral** conduit naturellement le juge constitutionnel à jouer ce rôle de répartiteur des compétences. Ce pourrait n'être qu'un rôle technique. En pratique ce rôle est beaucoup plus important que ne le laisse supposer la seule lecture du texte constitutionnel. 3 raisons :
 - i) Le **juge doit interpréter le contenu de la liste de répartition des compétences** ce qui l'amène souvent à favoriser tantôt la sphère fédérale, tantôt la sphère des États fédérés.
 - ii) Les **Constitutions modernes comportent de plus en plus de dispositions consacrant des compétences concurrentes ou complémentaires**. Le juge constitutionnel ne peut plus se contenter d'une attitude binaire en faveur soit de l'État fédéral soit de l'État fédéré : il est amené à rechercher une coopération entre les différentes sphères et à organiser cette coopération
 - iii) Les questions posées au juge le sont à l'occasion de la mise en œuvre de compétences dévolues aux autorités fédérales ou aux autorités fédérées : il s'agit de cas concrets qui peuvent porter sur des

questions de société hautement débattues (peine de mort, port d'arme, protection des droits fondamentaux). Ramener le débat à la répartition des compétences peut parfois apparaître un peu réducteur ou même biaiser le débat

b) **Le juge constitutionnel n'est pas toujours un acteur neutre** dans cette activité de répartition des compétences et peut faire tantôt pencher la balance en faveur de la sphère fédérale ou en faveur de la sphère des États fédérés. Evidemment, ceci est susceptible d'évoluer. Dans certains États, la juridiction constitutionnelle penche traditionnellement en faveur de la sphère fédérale (Canada) mais dans d'autres États on a pu noter une évolution jurisprudentielle :

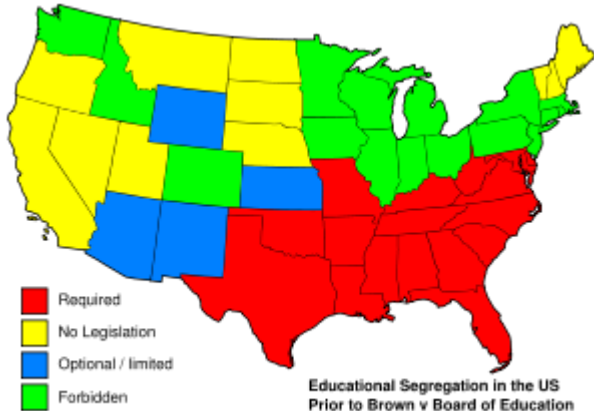
i) C'est ainsi qu'**aux États-Unis**, la Cour suprême après avoir joué un rôle favorable à l'État fédéral et préservé ses compétences (ce fût le cas en application de la *théorie des pouvoirs implicites*, ou encore de la clause de commerce ou de la clause du bien-être général) a progressivement orienté sa jurisprudence dans un sens beaucoup plus favorable aux États fédérés. Trois exemples :

(1) La clause de commerce (le Congrès a le pouvoir de réglementer le commerce avec les puissances étrangères, entre les divers États et avec les tribus indiennes) a été utilisée pour empêcher certains États du sud d'instaurer des discriminations raciales (CS *Heart of Atlanta Hotel v. United States* [1964]) : une politique de discrimination raciale dans un motel à l'égard des noirs affecte le commerce entre États car elle décourage les voyageurs de se déplacer (!)

(2) La protection des droits fondamentaux a permis à la Cour suprême pendant longtemps de faire prévaloir la théorie du « double standard » permettant aux États fédérés d'appliquer les mêmes droits mais avec des critères différents. Cette théorie a été abandonnée avec la jurisprudence CS *Brown v. Board of Education* [1954] qui reconnaît la compétence exclusive du pouvoir fédéral dans le domaine des droits et libertés

Brown et Al. v. Board of Education of Topeka et Al. (Brown et autres contre le bureau de l'éducation de Topeka et autres) est un arrêt de la Cour suprême des États-Unis, rendu le 17 mai 1954 (arrêt 347 U.S. 483). Il est en général appelé simplement **Brown v. Board of Education** (Brown contre bureau de l'éducation). Il déclare la [ségrégation raciale](#) inconstitutionnelle dans les écoles publiques. Un arrêt complémentaire est rendu dans la même affaire le [31 mai 1955](#) (349 U.S. 294), et les deux arrêts sont aussi dits Brown I et Brown II. L'arrêt est sans doute la plus importante des décisions de la cour Warren. Si techniquement, la décision Brown s'applique seulement au système d'éducation publique des États, l'arrêt **Bolling v. Sharpe** 349 U.S. 497 (1954), moins connu, est rendu le même jour et étend l'obligation au gouvernement fédéral.

Les faits



Séparation dans l'éducation aux États-Unis avant *Brown vs. Board of Education*

En [1951](#), Linda Brown est une élève noire résidant à Topeka au [Kansas](#) qui se voit refuser l'inscription dans une école blanche toute proche de son domicile et doit s'inscrire dans l'école noire distante de plus d'un kilomètre. La loi du Kansas autorise, sans l'imposer, les villes de plus de 15 000 habitants à établir des écoles séparées. À Topeka, c'était le cas pour les seules écoles élémentaires. Le père de Linda Brown conteste la décision en justice. Il s'agit d'une [plainte en nom collectif](#), (*class action*) : plusieurs plaintes portant sur les mêmes faits regroupées ; le nom de Brown est simplement le premier dans l'ordre alphabétique. La plainte est soutenue et en fait organisée par la NAACP (*National association for the advancement of coloured people* : association nationale pour le progrès des gens de couleur, qui est alors la principale organisation de défense des droits civiques) [Thurgood Marshall](#), le principal avocat de la NAACP, et qui sera en [1967](#) le premier juge noir nommé à la Cour suprême plaide l'affaire. D'autres plaintes sont déposées dans d'autres États ([Caroline du Sud](#), [Delaware](#) et [Virginie](#)) qui

seront jointes à Brown devant la Cour suprême, ainsi qu'une à [Washington](#) qui donne lieu à l'arrêt distinct *Bolling v. Sharpe* (voir *infra*). Les plaignants fondent en partie leur argumentation sur la psychologie, l'impact sur les élèves de la ségrégation, ressentie comme une déclaration d'infériorité. Dans chacun des procès, ils font témoigner plusieurs experts.

L'arrêt de 1954

L'arrêt est adopté à l'unanimité des neuf juges. Il déclare que la ségrégation dans l'éducation est inconstitutionnelle et qu'il doit y être mis fin : « la doctrine *separate but equal* adoptée dans *Plessy v. Ferguson* n'a pas sa place dans le domaine de l'éducation ».

L'opinion de la Cour est rédigée par Warren. Il constate d'abord que le contexte historique de l'adoption du XIV^e amendement ne permet guère de trancher, tant les opinions des législateurs étaient diverses sur la question^[3] et rappelle que la cour avait d'abord interprété la clause d'égalité protection strictement et interdit toute discrimination, avant d'en venir vers la doctrine *séparés mais égaux*. Il constate que l'éducation publique était quasi inexistante en 1896 et est devenue « peut être la plus importante des fonctions de l'État ». Vu l'importance qu'elle revêt pour l'avenir de l'enfant, il est clair que « si l'État choisit de l'offrir, il doit la proposer à tous dans des conditions égales », c'est le principe même de l'*equal protection*. Reste alors à déterminer si cette égalité est compatible avec la ségrégation. Warren rappelle des arrêts récents (voir ci-dessus) et affirme que ce qui vaut pour l'université vaut plus encore pour des enfants plus jeunes et plus vulnérables. Il reprend les termes de l'arrêt de la cour de district : « la politique de séparation des races est généralement interprétée comme dénotant l'infériorité des Noirs. Ce sentiment d'infériorité affecte la motivation des enfants à apprendre. [La ségrégation] prive [les Noirs] de certains avantages qu'ils tireraient d'un système scolaire racialement intégré ». Il tranche enfin : « quelles qu'aient pu être les connaissances en matière de psychologie à l'époque de *Plessy v. Ferguson*, les connaissances modernes valident largement [l'opinion de la cour de district sur l'infériorité]. Toute considération contraire dans *Plessy v. Ferguson* est rejetée » (dans *Plessy v. Ferguson*, la cour avait au contraire déclaré que si la ségrégation implique une infériorité, c'est « uniquement parce que la race colorée choisit de le percevoir ainsi »). Vient la décision : « des systèmes d'éducation séparés sont par essence inégaux. [Les requérants], en raison de la ségrégation contestée ici, ont été privés de l'égalité protection de la loi ». Reconnaisant les difficultés pratiques de l'abolition de la ségrégation, la cour demande aux parties à l'affaire et aux autres parties concernées (le gouvernement fédéral et les 17 États qui pratiquent alors la ségrégation dans l'enseignement) de présenter pour la session de 1955 leurs conclusions sur les moyens d'y parvenir.

La [jurisprudence](#) *Plessy v. Ferguson* n'est pas explicitement rejetée : il n'est pas contesté que la ségrégation soit légale dès lors que les possibilités offertes aux deux races sont égales. Mais elle est vidée de sa substance, puisque, au moins dans le domaine de l'éducation pour ce premier arrêt, des systèmes séparés ne peuvent être égaux.

- (3) La jurisprudence a ensuite favorisé les entités fédérées au détriment de l'État fédéral. Une décision intéressante en ce sens est la décision *Prinz v. United States* [1997] dans laquelle la Cour suprême a fait prévaloir la liberté des États fédérés de réglementer et d'organiser le contrôle de ventes d'armes à feu. La loi Brady souhaitait contrôler plus étroitement ces ventes mais le contrôle relevait des autorités de police locale (la CS a estimé que la loi fédérale ne pouvait s'immiscer dans la sphère locale et ne pouvait imposer la mise en œuvre de règles définies au niveau fédéral (v. également la décision de la CS de 1995 *Lopez v United States* à propos de la réglementation de la législation sur les armes par la loi fédérale fondé sur la clause de commerce)
- ii) En RFA, la situation est différente et la Cour constitutionnelle joue un rôle traditionnel plus classique de répartiteur des compétences beaucoup plus conforme à ce que la Constitution a imaginé dans le cadre de l'article 93 de la Loi fondamentale. Depuis 1994, un nouveau type de recours existe destiné à réguler le domaine des compétences concurrentes prévues à l'article 72 de la loi fondamentale. La jurisprudence du Tribunal Constitutionnel allemand est cependant singulièrement plus orthodoxe que ce que l'on peut trouver dans la jurisprudence de la Cour suprême américaine, et cela pour plusieurs raisons :
 - (1) Le Tribunal constitutionnel allemand se réfère à une interprétation stricte et littérale de la Constitution allemande refusant de conférer à l'État fédéral des compétences qui sont clairement réservées aux États fédérés (refus de création d'une chaîne de télévision publique fédérale car la culture appartient aux seuls États fédérés).
 - (2) Le Tribunal constitutionnel allemand a veillé au respect d'un code de bonne conduite fédérale, c'est-à-dire engageant les États fédérés et l'État fédéral à coopérer en toute bonne foi et sans vouloir semer la discorde entre les États fédérés. C'est l'idée de comportement loyal des États à l'égard des principes du fédéralisme. Si ceux-ci inscrivent leur action dans un rôle constructif, la Cour constitutionnelle se limitera à l'application des textes. Elle n'ira pas chercher en dehors des textes des règles ou méthodes d'interprétation

- (3) La jurisprudence du Tribunal constitutionnel allemand n'est pas univoque. Elle est nuancée et tourne tantôt en faveur de l'État fédéral lorsque ses compétences sont en jeu ou que l'État fédéral dans le cadre constitutionnel cherche à « sauvegarder l'unité juridique ou économique » (compétence que le *Bund* tient de la loi fondamentale) – v. l'affaire du crucifix - mais d'un autre côté, le Tribunal constitutionnel n'a pas hésité à censurer certaines attitudes de l'État fédéral et à préserver les compétences des *Länder* – Affaire de la directive TSF.
- 2) **Le fédéralisme institutionnel inspiré par sa pratique.** On constate ici une très grande diversité en matière de solidité des institutions. Certains États fédéraux sont extrêmement soudés au point qu'il paraît très difficile de voir comment ils peuvent se disloquer (cf. Les USA – CS *Texas v. White* [1869]). En revanche d'autres États semblent plus fragiles et sont en proie soit à la sécession, soit à la dislocation.
- a) **La dissociation**
- ii) **Le droit de sécession** est un droit inhérent et reconnu dans tous les États fédéraux. Il est régulièrement mis en avant dans certains États fédéraux comme le Canada où le Québec menace toujours de faire sécession. La Cour suprême canadienne a d'ailleurs reconnue la possibilité (sous certaines conditions) d'une telle sécession.
- iii) **La dislocation des États fédéraux** est davantage le résultat d'une crise de l'État fédéral (et de l'État tout court) qui fait suite le plus souvent à un effondrement de l'État fédéral et à la volonté des États fédérés de se séparer de l'État fédéral quoiqu'il advienne. Cette dislocation peut se faire soit par étapes (comme ce fût le cas pour l'URSS) ou plus brutalement en se transformant en un conflit armé comme ce fût le cas pour l'Ex-Yougoslavie. Parfois, l'usage de la force empêche l'État sécessionniste de se séparer de l'État fédéral
- b) **La coopération**
- ii) **La notion de fédéralisme coopératif** est issue de la période du New Deal. Elle désigne une forme de coopération – le plus souvent extraconstitutionnelle – entre les différents niveaux de gouvernement pour réaliser des buts ou objectifs communs. Deux formes de coopération traditionnelles :
- (1) **La coopération verticale** : relations entre la Fédération et les États fédérés. La coopération verticale est destinée à optimiser l'action de l'État ou des États sur un sujet ou une politique donnée. La politique économique en est un exemple classique. Elle repose sur l'idée qu'il est préférable d'agir en commun que chacun indépendamment
- (2) **La coopération horizontale** : elle concerne les États fédérés entre eux. Les États fédérés sont responsables de cette coopération destinée à harmoniser les politiques ou les interventions d'un État à un autre. Cette coopération est particulièrement utilisée dans les domaines comme l'éducation ou l'aménagement du territoire (transport et autres)
- iii) **Les conséquences du fédéralisme coopératif.** Les relations verticales ou horizontales évoluent avec l'action de l'État. Plus l'État est interventionniste, plus cette coopération a besoin de se renforcer. C'est le cas par exemple au Canada ou en Allemagne. Ceci a pour conséquence d'altérer les compétences des États fédérés et de l'État fédéral et de donner au fédéralisme un autre visage...à ceci près qu'il s'agit d'une coopération consentie ou voulue

B. Le modèle régional : un pouvoir et des institutions en transition ?

Le modèle régional est certainement plus proche dans son fonctionnement de l'État fédéral que de l'État unitaire. On relèvera toutefois un certain nombre de points spécifiques à ce type d'État qui en font une forme à part...

- 1) **Une autonomie limitée à ce qui a été consenti** : le principe a déjà été étudié mais constitue un trait dominant de l'État régional ou autonome. La reconnaissance constitutionnelle de la compétence des entités régionales ou autonomes est scellée par la Constitution. Il ne peut y avoir de compétences élargies. Cette caractéristique constitue un butoir. Seule une évolution politique vers une évolution fédérale pourrait modifier cette autonomie reconnue. L'exercice du pouvoir ainsi que les institutions sont autonomes mais encadrées strictement
- 2) **Un principe de coopération et de collaboration renforcé** : le principe de coopération verticale et horizontale se retrouve au sein de l'État composé. Si l'État régional et autonome possède ses propres compétences, il reste tributaire de ses relations avec l'État central. Nombre d'entre elles continuent constitutionnellement d'être exercé par ce dernier. Toutefois, la réalité de l'État régional oblige à reconnaître que nombre de compétences sont partagées par la nécessité de faire face à la réalité de situations qui impliquent des considérations dépassant celle de l'État régional. Le décalage peut être grand d'une région à l'autre et les régimes assez hétéroclites malgré la similitude relative de textes.

- 3) **Une absence de droit à la sécession (autre que celle reconnue par le principe d'autodétermination) :** le droit de sécession n'est pas inhérent à l'État régional ou l'État autonome. S'il existe un droit à l'autodétermination, il n'atteint pas un niveau supérieur à celui qui existe au sein de l'État unitaire. Il se situe dans la logique et le prolongement des éléments constitutifs de l'État. De ce point de vue, l'État régional n'a aucune vocation constitutionnelle à devenir indépendant. La souveraineté ne lui a pas été consentie... et l'on n'en trouve nulle trace dans la Constitution
- 4) **Une participation davantage conditionnée par l'évolution politique plus que par le contexte juridique :** il est fréquent aujourd'hui de considérer que l'État régional est une forme d'évolution vers l'État fédéral. Cependant si évolution il y a ou il doit y avoir, ce ne peut être qu'à travers l'évolution politique. La Constitution ne permet normalement en rien cette évolution et limite l'autonomie même si celle peut être relativement forte.