2. Fédéralisme par dissociation

☞ Ici, c’est plus rare et c’est du reste assez logique car en l’espèce, nous avons une logique *centrifuge* qui va plutôt à rebours du ressort fédératif.

Donc, c’est une désagrégation d’un Etat unitaire qui en arrive à se transformer souvent sous la pression de minorités ethniques ou linguistiques réclamant plus d’autonomie.

☞ On citera en particulier l’exemple significatif de la *Belgique*.

C’est le type même de l’État unitaire, décentralisé puis régionalisé et enfin fédéralisé ! Et qui plus est un fédéralisme parfois atypique ; cf. *infra*.

Un État fédéral depuis officiellement la *révision du 5 mai 1993*. On sait que la division linguistique contribua pour beaucoup à cette évolution.

C’est en 1963 que le législateur institua 4 **régions linguistiques** :

* Au nord, celle du flamand, le néerlandophone
* Au sud, celle du français, le francophone
* À l’est, celle de l’allemand, le germanophone
* Au centre, la région bilingue de Bruxelles capitale.

Le mouvement s’accentue avec la *révision constitutionnelle de 1970* qui consacre cette division en régions linguistiques et qui conduit à généraliser les mécanismes paritaires dans l’organisation du pouvoir central.

Et l’on crée

* 3 « communautés culturelles » : néerlandophone, française et germanophone dans les 4 régions linguistiques sachant que *Bruxelles* appartient à la fois à la communauté flamande et à celle française, des communautés ayant des compétences et des institutions propres.
* Et l’on prévoyait 3 « régions » *flamande, wallonne et bruxelloise* fondées ici non pas sur un critère linguistique et culturel mais territorial et économique.

Ce que le constituant belge va organiser en *1980* en mettant des « institutions régionales ».

Les communautés culturelles deviennent des *communautés* (tout court) par suite d’importants transferts de compétences.

Et l’édifice, finalement particulier puisque formé de 6 entités (les 3 *régions* + les 3 *communautés*) est couronné par la mise en place d’une *Cour constitutionnelle*.

B. L’organisation de l’État fédéral

Les fédéralismes présentent une grande variété. Malgré tout, il est possible de mettre à jour des principes organisationnels communs qui ont été systématisés notamment par le grand juriste français *G. Scelle*, les « *lois* » en somme du fédéralisme.

1. Le principe de superposition

2 ordres juridiques étatiques superposés : celui des états fédérés et celui de l’État fédéral qui englobe l’ensemble du territoire et recouvre donc les états fédérés.

Donc 2 aspects : superposition de 2 niveaux étatiques et de 2 ordres juridiques.

a. Superposition de deux niveaux étatiques

☞ L’idée que 2 niveaux étatiques se superposent n’est pas sans poser problème.

On a donc ici un « super État » en quelque sorte né de la volonté des États composants.

Mais alors, les États fédérés sont-ils des ... États ? Si l’on n’oublie pas que l’État est la seule personne de droit public souveraine ?

Car il faut bien voir que du point de vue du *droit international*, il n’y a qu’unÉtat, apparaissant seul sur la scène internationale : l’État fédéral qui seul dispose de la souveraineté plénière.

Alors s’il manque un aspect de la souveraineté, la facette internationale, c’est que la souveraineté n’est pas complète. Du coup, est-ce toujours une souveraineté compte tenu de la définition précitée.

Dès lors, l’État fédéré est-il toujours un État... faute du critère essentiel qu’est... la souveraineté ?

☞ Cela étant, même s’il n’y a pas forcément unanimité, du moins y a-t-il opinion majoritaire pour reconnaître laqualité étatique aux entités fédérées, du moins au plan interne.

Chaque entité présente bien l’apparence juridique d’un véritable État, avec les attributs étatiques :

* Il a sa propre constitution (sauf la *Belgique*)
* Sa propre législation,
* Ses propres organes politiques et juridictionnels.

On ne peut nier que sur le plan interne, il existe de larges domaines pour lesquels l’État fédéré est entièrement souverain : ainsi souvent le pouvoir dit *constituant*, c’est-à-dire le pouvoir d’établir la *constitution* est souvent antérieur au pouvoir constituant de l’État fédéral.

Et si la constitution fédérale peut limiter le pouvoir constituant des entités fédérées, ces limitations n’existent que parce qu’elles ont été consenties, donc des limitations « souverainement » admises une fois pour toutes par le pouvoir constituant de l’État fédéré.

Et on verra que le législateur fédéral ne peut intervenir dans les domaines pour lesquels l’État fédéré dispose de compétences *exclusives*.

☞ Cela dit, reste toujours la question internationale : une souveraineté tronquée n’est plus une souveraineté et donc l’État fédéré ne serait plus un État. On voit l’aporie, c’est-à-dire la difficulté d’ordre rationnel paraissant sans issue : on peut reprendre une belle formule tirée du manuel de *Favoreu et Cie* : il s’agit non pas d’États à part entière mais d’États à part !

Cela dit, les États fédérés peuvent se voir néanmoins se voir reconnaître par la constitution fédérale certains attributs de souveraineté internationale à l’instar des entités fédérées *belges* ou des *länder allemands* autorisés à conclure des traités dans leur champ de compétences mais avec l’accord du gouvernement fédéral.

Tout cela n’est pas sans rendre subtile la présentation de la notion…

b. Superposition de deux ordres juridiques

⮚ 2 ordres constitutionnels

Même si l’ordre constitutionnel des États fédérés doit parfois respecter certains principes prévus par la constitution fédérale à l’instar de l*’article 28 de la LF allemande* de 1949 selon lequel les « principes d’un État de droit républicain, démocratique et social » s’imposent aux *länder*.

⮚ 2 ordres législatifs

Les États fédérés ont un pouvoir normatif très large qui trouve un fondement à la fois dans la constitution de l’État fédéral *et* dans la constitution de chaque État fédéré. Donc, il existe des « *lois fédérales* » et des « *lois fédérées* ».

Certes le droit fédéral bénéficie d’un principe de primauté sur le droit des États fédérés. C’est ce qu’on appelle la « clause de suprématie » (ex. *art. 31 LF allemande* : « le droit fédéral prime le droit de land »). Et le droit fédéral bénéficie de l’applicabilité *immédiate* dans l’ordre juridique des États fédérés.

Donc, et c’est bien là la différence d’avec la *confédération*, les normes juridiques fédérales n’ont pas besoin d’êtrereçues formellement**,** c’est-à-dired’être reprises par les autorités fédérées dans leurpropre ordre juridique.

Cela confère à la structure juridique une certaine complexité. Cela peut donner lieu à des conflits de normes d’où l’indispensable intervention d’un juge constitutionnel pour les résoudre, pour trancher.

2. Le principe d’autonomie

2 aspects là encore : autonomie constitutionnelle et autonomie législative

a. Autonomie constitutionnelle

Donc, les États fédérés ont leur propre constitution (et leur propre drapeau, hymne...) Donc, il existe le pouvoir d’auto organisation même si l’on doit respecter le cadre défini par la constitution fédérale. Or malgré cette liberté, on constate une certaine uniformité.

Ainsi aux *USA*, régime présidentiel, on constate au niveau des 50 États le même modèle présidentiel avec un gouverneur élu aux pouvoirs plus ou moins étendus et un parlement bicaméral (à l’exception du Nebraska).

Au *Canada*, régime parlementaire à la britannique, on trouve aussi dans les « *Provinces* » un *PM* chef du parti majoritaire au parlement (qui néanmoins est monocaméral) et un « *lieutenant-gouverneur* » qui représente la Reine comme le *Gouverneur général* la représente au niveau fédéral.

b. Autonomie législative

⮚ Le domaine de compétence législative (c’est-à-dire l’aptitude juridique à prendre des décisions sous forme législative) est défini « *matériellement* » autrement dit, en fonction des matières sur lesquelles chacun des 2 types d’État, le fédéral et le fédéré peut agir.

Et faut-il le rappeler, le domaine de compétence législative des actes fédérés est garanti par la *constitution* elle-même.

Donc ni le gouvernement fédéral, ni le parlement fédéral ne peuvent remettre en cause cela (on voit ladifférence d’avec les collectivités territoriales décentralisées de l’État unitaire comme en *France* où il n’y a pas de pouvoir législatif propre).

⮚ 3 types de compétences :

☞*Compétences dites exclusives*

Plusieurs techniques possibles d’aménagement certes.

Mais le plus souvent (cela correspond à la logique centripète du fédéralisme par association), la *constitution* donne la liste des matières qui relèvent exclusivement du législateur fédéral : on dit alors qu’il exerce une compétence« d’attribution ».

Donc, on déduit que les matières qui ne sont pas citées relèvent de la compétence des États fédérés. On dit alors qu’ils exercent une compétence de « droit commun », une compétence dite de « principe ». Ainsi par exemple, l’*article 3 de la Constitution suisse du 18 avril 1999* nous dit que « les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n’est pas limitée par la constitution fédérale et exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la confédération ». (Notons qu’au *Canada*, c’est l’inverse : les *Provinces* ont des compétences d’attribution !).

On pourrait alors penser qu’en quantité, ce sont les plus importantes !

Pas nécessairement : cela dépend de l’étendue, du nombre de compétences expressément laissées à l’État fédéral sachant que cela peut être abondant !

☞*Compétences concurrentes*

Donc des compétences **partagées**, compétences pouvant être exercées concurremment par l’État fédéral et l’État fédéré.

Avec souvent la logique suivante : les entités fédérées légifèrent pour autant que l’État fédéral ne l’a pas fait (logique de la *subsidiarité*).

☞ *Compétences complémentaires*

⮷ Ici, il s’agit de compétences exercées par les États fédérés en application des lois fédérales.

Ainsi, c’est lorsque l’État fédéral fixe lesprincipes généraux applicables à une matière, déterminent le cadre en laissant aux États fédérés le soin de régler les détails.

⮷ On peut avoir le cas particulier de l’exécution des lois fédérales par les États fédérés, l’hypothèse où n’existerait pas une administration fédérale pour exécuter mais une administration déléguée.

Cela contrebalance ce faisant la prépondérance fédérale en matière législative d’où des risques de déformation, d’où des mécanismes decontrôle de la conformité des mesures d’application à la loi !

🖎 Il faut bien voir que les modalités peuvent être particulièrement diverses selon les différents États et que l’on a juste exposé les constantes car il n’était pas question d’analyser toutes les solutions adoptées par les multiples États fédéraux.

3. Le principe de participation

Cela participe de la garantie des États fédérés. Ils doivent pouvoir participer au pouvoir fédéral mais ils ne sont pas *subordonnés* aux organes fédéraux.

Et donc, la volonté *fédérale* ne pourra se former que si les États fédérés peuvent intervenir en tant que telsdans les rouages essentiels du pouvoir fédéral aussi bien dans le pouvoir exécutif que celui législatif ou surtout le pouvoir constituant, c’est-à-dire essentiellement le pouvoir de réviser la *constitution*.

C’est là où l’on perçoit particulièrement ladifférence d’avec l’État « régional » ou « autonomique ».

a. Participation au pouvoir constituant fédéral

Ils sont donc associés au pouvoir de révision constitutionnelle.

Qu’ainsi le texte qui garantit leur autonomie ne soit pas modifié sans leur accord (sauf là encore la *Belgique*) !

Ils y sont associés de 2 manières :

* D’abord, la 2° chambre dite fédérale participe toujours à la décision même de réviser le texte constitutionnel fédéral. Donc, elle pourrait bloquer.
* En second lieu, les États fédérés eux-mêmes interviennent parfois pour proposer, ratifier ou rejeter les lois de révision constitutionnelle. A tout le moins, la ratification par les États fédérés est souvent prévue.

Ainsi aux *États-Unis*, une révision de la constitution, ce qu’on appelle en droit constitutionnel américain un *amendement*, doit d’abord être votée par la majorité des 2/3 du Congrès (Sénat + Chambre des représentants) puis dans un délai de 7 ans, elle doit être ratifiée par au moins 3/4 des législateurs, soit les assemblées des États fédérés.

En *Allemagne*, la *Constitution* ne peut être révisée qu’avec l’accord des 2/3 des voix du *Bundestag* et des 2/3 des voix du *Bundesrat*.

Donc par-delà la complexité et la diversité des procédures selon les États, il y a *toujours* d’une manière ou d’une autre cette participation des entités fédérées.

b. Participation au pouvoir législatif fédéral

☞ D’où le bicamérisme : il faut 2 chambres

* Car c’est la 2° chambre qui va représenter en tant que tels les États fédérés,
* La 1° représentant le peuple, les citoyens de l’ensemble de l’État fédéral.

On ne peut avoir un fédéralisme sans deux chambres. La loi fédérale doit trouver sa source *et* dans la volonté des citoyens, *et* dans celle des États fédérés.

☞ Du coup, se pose la question des *modalités* de la représentation des États fédérés.

*A priori*, en toute rigueur, la représentation des États dans cette 2° chambre doit être égalitaire : chaque État fédéré, quelle que soit sa population, dispose du même nombre de représentants (ex. Aux *USA*, 2 sénateurs par État, soit 100 sénateurs au total ; ainsi la *Californie* a autant de sénateurs que l’*Alaska* !).

Cela dit, il peut aussi exister une représentation inégalitaire. On s’efforcera cependant de toujours surreprésenter les États moins peuplés (à l’instar de l’*Allemagne*, avec 3 à 6 sièges par *land*, en sachant par ailleurs que là les membres du *Bundesrat* ne sont pas élus mais nommés et révoqués par les gouvernements des *länder,* ce qui conforte d’autant la fonction de représentation des entités fédérées en tant que telles).

Nous avons un **particularisme belge** : logique proportionnaliste au Sénat :

* 29 sénateurs élus par le Parlement flamand
* 10 sénateurs élus par le Parlement de la communauté française
* 8 sénateurs élus par le Parlement de la région Wallonne
* 2 sénateurs élus par le groupe linguistique francophone de la Région de Bruxelles
* 1 sénateur élu par le Parlement de la communauté germanophone
* 10 sénateurs cooptés dont 6 par les 29 sénateurs flamands et 4 par les 20 sénateurs wallons.

On a ainsi un fonctionnement proportionnel finalement au poids des communautés flamande et francophone car on trouve au Sénat la même proportion de Flamands et de Francophones qu’au sein de la Chambre des Représentants.

☞ Mais, il n’y a pas que la question de la représentation qui joue. Il y a aussi et surtout celle des *pouvoirs* de cette 2° chambre !

Le principe est que la chambre fédérale doit disposer de pouvoirs réels et importants sinon la participation des États fédérés à l’exercice du pouvoir législatif fédéral seraitillusoire !

3 systèmes possibles :

* La chambre fédérale dispose de pouvoirs supplémentaires par rapport à la première
* Le bicamérisme strictement égalitaire(ex. *Suisse*)
* Le bicamérismeinégalitaire *mais* avec tout de même une égalité dans certains domaines clés pour les États fédérés (ex. *Allemagne* où le *Bundesrat* dispose d’un droit de véto absolu sur certaines lois)

c. Participation au pouvoir exécutif fédéral

Là, c’est moins net et moins indispensable.

* Il peut y avoir participation à la désignation des titulaires dudit pouvoir.
* On peut même jusqu’à faire représenter les entités fédérées au sein de l’exécutif fédéral (à l’instar de la *Belgique* dont le gouvernement doit compter autant de ministres d’expression française que d’expression néerlandaise). Ou encore la *Suisse* où l’exécutif collégial appelé *Conseil fédéral* voit sa composition marquée par une représentation équitable des diverses régions et communautés linguistiques.

C. La pratique institutionnelle

Ce n’est jamais figé. Et donc on constate des tendances lourdes.

Ces tendances peuvent être contradictoires :

* + - Ou c’est une tendance*centrifuge* avec donc une tendance à la dislocation
    - Ou c’est une tendance *centripète* avec une tendance à la coopération renforcée.

1. La tendance centrifuge

☞ C’est la question éventuelle de la dissociation et donc notamment celle du fameux droit de sécession.

Un État fédéré, en cas de conflit avec le niveau fédéral peut-il quitter librement la fédération et accéder donc à l’indépendance ? Rares sont les *constitutions* qui mentionnent ce droit.

On sait qu’historiquement, cela a pu être tranché par la guerre avec l’exemple quasi mythique des *USA* et la guerre de sécession de 1860-1865 et la défaite des États du sud qui souhaitaient quitter la fédération.

La Cour suprême des *USA* l’a, pour ainsi dire, spécifié avec une formule demeurée célèbre dans l’*arrêt de 1869 Texas v. White* : « *Une union indestructible d’États indestructibles* ».

La question n’est pas qu’historique on peut le constater avec les soubresauts du *Canada* face à la question du *Québec* dans les années 70-80...

Il faut bien voir que le cadre constitutionnel concernant un droit de sécession a du mal à résister à la pression des faits... si tant est qu’existe ce cadre !

On a eu historiquement quelques exemples d’éclatements d’États fédéraux, ne serait-ce qu’en Europe ces dernières années avec l’*URSS*, la *Yougoslavie* ou encore la *Tchécoslovaquie*.

☞ Notons une variante du mouvement centrifuge mais sans remettre en cause cependant la fédération elle-même : c’est la volonté d’une communauté spécifique de quitter le cadre de l’État fédéré auquel elle appartient pour devenir elle-même une entité fédérée à l’instar du *Jura suisse* qui a réussi à sortir du canton de *Berne* et au bout de plusieurs années et pas mal de difficultés (et consultations populaires) est devenu en 1977 le 23° canton de la *Confédération helvétique* (sic).

2. La tendance centripète

☞ C’est une coopération d’où un fédéralisme rénové dénommé « fédéralisme coopératif ».

Une expression inaugurée aux *USA* à l’époque du *New Deal* qui fut marqué par une intervention plus importante de l’État fédéral dans les compétences des États fédérés pour surmonter la fameuse crise économique et sociale commencée en 1929.

Donc c’est, pour faire bref, une coopération le plus souvent extraconstitutionnelle, entre les différents niveaux de gouvernement (fédéral et fédéré) pour atteindre des objectifs communs et ce par le biais de programmes financés conjointement (le fameux financement croisé).

☞ On distingue pour ce faire 2 types de coopération :

* *L’horizontale* : se déroule à l’échelon des États fédérés, histoire d’harmoniser leurs interventions et/ou de se protéger contre les interventions de l’État fédéral !
* *La verticale* : ici, cela concerne les relations État fédéral/États fédérés. C’est celle qui a connu le plus fort développement depuis un certain temps. D’aucuns y voient un risque de sa dénaturation du fédéralisme : par ce biais, se manifesterait une recentralisation ou une centralisation. Et l’origine est à chercher dans la nécessité de coordonner la politique économique et sociale en se traduisant très concrètement par le financement commun de grands programmes. Conséquence de ce mouvement : on a une réduction de l’autonomie des États fédérés. En clair, le domaine des compétences *exclusives* s’est réduit au bénéfice de la législation dite *concurrente*.

Le financement fédéral des programmes conjoints facilite l’intervention de l’État fédéral dans les affaires des États fédérés parce que cela implique souvent des conditions d’utilisation strictes. Et qui dit versement des subventions dit contrôle de l’utilisation (adage aux *USA* : *le « contrôle suit le dollar »* !)

Mais finalement le résultat est un mécanisme assez complexe de négociation, de marchandage intergouvernemental d’où une certaine interdépendance entre les deux étages, une imbrication des politiques où finalement les États fédérés parviennent encore à défendre leurs intérêts propres.

Là encore, il convient de nuancer le caractère centralisateur du phénomène !

Post liminaire : la question de *l’Union européenne*

Un objet institutionnel non identifié ? C’est un peu une organisation inclassable qui fait éclater les catégories classiques ! A mi-chemin du droit international public et du droit constitutionnel.

⮚ On la présente parfois comme une forme de *confédération*

Elle en présente de fait certains traits : son statut reste celui d’une organisation internationalerégie par des traités qui ne peuvent être modifiés qu’à l’unanimité des États membres et non par une *constitution*.

L’*UE* n’est pas un État, pour l’instant donc, les dorénavant 27 États la composant, demeurent souverains.

Du reste, dans de nombreux domaines (défense, politique extérieure notamment), c’est une coopération plus ou moins active des États, voire une coordination mais à la façon du *DIP*, à l’unanimité, donc par des institutions de type confédéral.

⮚ Mais, pour d’autres traits, on est *au-delà* de la *confédération*

On sait que dans la *confédération*, les accords, décisions confédérales ne peuvent atteindre les individus sans passer par une procédure de réception donc par les gouvernements des États.

Or le droit de l’*UE* a des effets *directs* et *immédiats* l’emportant même sur le droit national. Soit une quasi intégration juridique. De plus, on a une cour de justice européenne qui vient rappeler la prééminence du droit de l’*UE* sur le droit national !

Par ailleurs, on sait que dans la *confédération*, la population n’est pas représentée dans les organes centraux. Or dans l’*UE*, la population est représentée par le *Parlement* issu du *SUD***,** ayant depuis acquis des pouvoirs de décision.

Et le droit de l’*UE* est élaboré par des institutions communautaires où nombre de matières demandent non plus l’unanimité mais une majorité dite « qualifiée » ! D’où des décisions qui pourraient être imposées à des États.

Le tout en n’oubliant pas que l’UE dispose de compétences *exclusives* (comme la *PAC* ou la politique commerciale extérieure) et des compétences *concurrentes* avec les États en vertu du principe dit de *subsidiarité*.

C’est-à-dire que l’*UE* n’intervient alors que si et dans la mesure où les objectifs de l’action envisagée ne peuvent être réalisés de manière suffisante ou satisfaisante par les États membres ; en clair, qu’il vaudrait mieux réaliser cela au niveau de l’*UE*.

Bref, sous nombre d’aspects, c’est quasiment déjà l’État fédéral !

**Chapitre 2. La constitution**

Là encore, une notion faussement claire. Un terme fortement polysémique.

Pour déjà y voir clair, dans une première approche, on peut dire qu’il y a d’abord

* Lelangage *courant* (constitution de la matière, du corps humain) donc, l’idée de la façon dont une réalité est composée, dont elle est constituée au sens propre.
* Et lelangage *juridique*, plus particulièrement du droit public où là il convient de distinguer 2 approches :
  + La 1°, inspirée du langage courant : c’est l’organisation politique, ce sont les institutions, la façon dont est gouverné un pays. Donc, dans ce sens, tout pays a une constitution car tout pays est gouverné, ayant un agencement d’institutions pour ce faire. En sachant finalement que cette constitution, dite « organique », peut ne pas avoir totalement valeur juridique, pouvant comprendre des pratiques et usages.
  + Et puis une signification plus précise, limitée : c’est un droit, un ensemble de règles juridiques situées au sommet d’un édifice de règles juridiques hiérarchisées.

D’aucuns disent de la première approche qu’elle est la conception dite *descriptive* alors que la seconde serait celle dite *normative*.

L’évolution du droit constitutionnel va plutôt dans le sens de la conception dite *normative* ainsi qu’entrevu dans l’introduction.

***Section 1. La notion***

Il s’agit tout d’abord de cerner les définitions possibles avant d’en présenter les formes.

§. 1. Définition

On peut définir la constitution d’un double point de vue : *matériel* et *formel*.

A. La constitution au sens matériel

☞ Il s’agit de définir la constitution par son objet, son contenu.

En clair, on est censé trouver dans une constitution l’ensemble des règles les plus importantes de l’État, l’ensemble des règles essentielles qui donc « constituent » l’État (c’est en somme la conception du droit public la plus proche du langage courant).

☞ Or qu’est-ce que l’essentiel ?

On s’accorde pour dire qu’il s’agit de l’ensemble des règles écrites *ou* coutumières qui

* D’abord se rapportent à l’accès et à l’exercice du pouvoir politique dans une société donnée, tout ce qui organise les pouvoirs publics.
* Et qui ensuite se rapportent à toutes les règles relatives aux droits fondamentaux et libertés.

Il ne faut pas oublier le mouvement d’idées dit du*constitutionnalisme*qui avait pour but au XVIII° siècle de limiter l’arbitraire du pouvoir du monarque et donc pour ce faire, il convenait de codifier les règles relatives aux pouvoirs publics mais il convenait tout autant de garantir aux citoyens droits et libertés.

Donc qu’importe le contenant d’une certaine manière, on ne voit que le contenu. Il y aurait de la matière qui logiquement ne relèverait *que* du droit constitutionnel, ce droit qui *«*constitue*»*.

Mais on peut critiquer : il y a une certaine dose de subjectivité dans la définition de ce que normalement doit relever de la *constitution*, de ce qui est important, d’où un certain relativisme…

B. La constitution au sens formel

☞ Définir au sens formel la *constitution*, c’est constater qu’il existe de nombreuses règles qui

* D’une part sont édictées par un organe *spécial*, le pouvoir dit « constituant » (cf. *infra*)
* D’autre part se présentent sous une *forme* *particulière* les distinguant des autres règles, les spécifiant, les mettant à part dans le système normatif.

Ainsi, il y a volonté de particulariser, de mettre à part parmi toutes les règles celles dites « constitutionnelles ». C’est donc par la forme et plus précisément par la procédure d’adoption qu’on les identifie.

☞ *Quel intérêt ?*

Logiquement, c’est qu’en souhaitant mettre à part ces règles dans le système normatif, on veut les renforcer dans une logique qui est celle de la *hiérarchisation* des différentes normes. Et quand on hiérarchise les normes, c’est qu’on les organise pour en faire un *ordre*.

En somme, on se rapproche davantage de la conception « normative » de la *constitution* selon laquelle celle-ci est une loi *fondamentale*, c’est-à-dire une loi fondatrice de la société politiqueet pour ce faire, elle se doit d’être suprême, donc supérieure aux autres lois.

Un raisonnement qui d’une certaine façon implique la coïncidence des 2 critères !

C. La confrontation des deux sens

☞ En règle générale donc, les deux sens coïncident et il vaut mieux ! Les règles les plus importantes (*sens matériel*) ont un régime juridique supérieur (*sens formel*) : « *Le contenu est à l’image du contenant* » (*Gicquel*)

☞ Mais il peut y arriver dissociation.

Donc formellement, une constitution peut comprendre des règles qui ne sont pas *matériellement* constitutionnelles car ne concernant ni l’organisation du pouvoir politique dans l’État, ni la garantie des droits des citoyens à l’image de l’ancien *article 25 bis* de la *constitution suisse* relatif à l’abattage du bétail !

Néanmoins, ces règles ont valeur constitutionnelle car le critère *formel* l’emporte sur le critère matériel dans tous les pays où la constitution est écrite, car surtout la conception *normative*s’est imposée.

Une *constitution* au sens formel peut par ailleurs laisser en dehors d’elle des règles qui pourtant concernent de près ou de loin l’accès au pouvoir et son exercice, à l’instar du droit électoral ou du droit parlementaire.

En somme, on est déjà dans la question descomposantes, des formes revêtues par les *constitutions*.

§. 2. Les formes constitutionnelles

Elles se partagent entre l’écrit et la coutume en sachant qu’elles ne sont pas nécessairement exclusives l’une de l’autre, les deux pouvant cohabiter, ce qui est la règle générale d’une certaine manière. Simplement, l’une de ces formes dominera.

Et, conséquence du mouvement précité du « constitutionnalisme », qui s’inscrit dans les théories de l’origine contractuelle du pouvoir (philosophies du contrat social), c’est l’écrit qui est plutôt privilégié.

A. L’écrit privilégié

🖎 Notons que c’est la *Suède* qui a initié le mouvement de mise par écrit du droit constitutionnel en 1720. Mais ce sont surtout les colonies anglaises d’*Amérique* qui ont véritablement lancé cela. On mentionne souvent le cas de la *Virginie* qui rédigea entièrement une constitution en 1776, ce que l’État fédéral a confirmé en 1787, la *France* suivant avec sa première constitution écrite de 1791.

⮚ Pourquoi cette prime donnée à l’écrit ?

On estime l’écrit plus avantageux que la coutume d’abord parce que par définition, ce serait plus accessible au citoyen : l’idée (un mythe ?) étant que sans avoir entrepris des études spéciales, on puisse consulter le texte pour connaître les droits garantis !

Les règles seraient précises, claires, en tout cas moins ambigües que les coutumières, ce qui serait un gage de liberté et de sécurité pour les citoyens. Il y aurait un plan rationnel à la base, sa conception serait réfléchie.

On serait qui plus est en situation deconstater les écarts éventuels des acteurs politiques vis-à-vis de la règle du jeu, laquelle est censée connue clairement du fait de sa forme écrite.

⮚ Cela dit, y a-t-il un *modèle* d’écrit ?

Le modèle le plus courant est celui d’un document unique, commençant *ou* précédé d’une déclaration de droits *ou* d’un préambule ; c’est-à-dire ce document qu’on trouve placé en tête de la *constitution* en introduction aux dispositions organisant les pouvoirs publics. La question de sa valeur juridique se posera d’ailleurs.

Et ensuite, les dispositions sont ordonnées selon une succession de titres, articles et alinéas : c’est bien une logique de *codification* afin d’avoir cette clarté et cette cohérence qu’exprime le « constitutionnalisme » (dont l’objectif historique a toujours été la lutte contre l’arbitraire et une limitation du pouvoir politique synonyme de rationalisation donc).

Cela dit, on peut ne pas avoir cette forme codifiée quasi standard. L’exemple type reste celui de l’*Autriche* : où nous avons un texte constitutionnel principal, celui de 1920 dans sa version de 1929 mais on a aussi à côté d’autres textes ayant valeur constitutionnelle, lois constitutionnelles comme dispositions constitutionnelles contenus dans de simples lois. Qui plus est, l’on a constitutionnalisé également à l’occasion des dispositions internationales. Ce qui nous donne un droit constitutionnel autrichien disséminé dans un nombre assez impressionnant de lois constitutionnelles et dans un nombre plus important de dispositions constitutionnelles contenues dans de simples lois ; D’où un aspect hétérogène, disparate, éclaté même.

B. La coutume persistante

2 facettes sont à voir : la constitution coutumière et la coutume *dans le cadre* d’une constitution écrite.

1. La constitution coutumière

☞ Très peu d’exemples si ce n’est l’exemple quais mythique : le *RU*. Tous les mécanismes du régime parlementaire britannique reposent sur la coutume.

Encore se pose la question de ce qu’est une coutume. Comment la distinguer d’un simple « usage », d’une « pratique » car si toute coutume nécessite une pratique, toute pratique n’est pas une coutume : seule la coutume est source de droit.

☞ Traditionnellement, on dit de la coutume pour qu’elle puisse être reconnue comme telle qu’elle doit présenter un certain nombre de caractères :

* *Répétition* d’une même pratique, attitude, un fait isolé est un « *précédent* » or il faut la répétition des précédents et ce sur une longue durée (« *une fois n’est pas coutume* »).
* *Constance* : s’il y a contradiction, c’est qu’il n’y a pas de sens déterminé donc pas de dégagement, de révélation d’une règle identifiable dans sa teneur.
* *Clarté* donc notamment quant aux *motifs* de l’attitude : la position prise ne doit pas tenir à des circonstances tout à fait ponctuelles ; qu’il n’y ait pas d’ambiguïté quant à sa portée générale. Et donc elle a pour ainsi dire vocation à s’appliquer par-delà les contingences, les circonstances qui ont pu marquer la naissance du précédent.

⮶ De ces 3 éléments, on a pu dire qu’ils constituaient la composante matérielle, *objective* de la coutume, le « corpus ».

☞ En sachant qu’elle n’a d’intérêt que pour permettre la révélation de l’élément dit *subjectif* ou « intellectuel » (« l’animus»), c’est-à-dire la conviction qu’on a affaire à du droit et donc qu’il y a bien un sentiment d’obligation qui se dégage : les parties concernées se sentent liées ; en somme, un consensus que c’est bien du droit.

☞ Donc dès l’instant où l’on aurait tout un ensemble d’usages répondant à ces critères, on aurait une constitution coutumière, une constitution se créant au gré des circonstances…

Cela n’interdit pas la présence de textes écrits dans le système : le *RU* en connait beaucoup et souvent de très anciens (cf. *infra*). Mais les éléments essentiels du régime politique demeurent régis par la coutume.

☞ Il faut savoir que tout cela peut être très compliqué et subtil : ainsi au *Royaume-Uni*, on parle aussi de *conventions constitutionnelles* ou *conventions de la constitution*, c’est-à-dire des usages qui règlent certains comportements des gouvernants, résultant de l’*accord* entre gouvernants sur la façon de pratiquer les mécanismes constitutionnels du régime. Est-ce synonyme de coutume *stricto sensu* ?

Or on spécifie bien que ce ne sont pas des règles invocables devant un juge au point de faire douter de leur juridicité contrairement à d’autres règles d’origine coutumière de la *Common Law* applicables en d’autres matières.

On constate un vrai débat entre constitutionnalistes. Il est encore plus vif à propos d’une intervention de la coutume dans un système de constitution écrite.