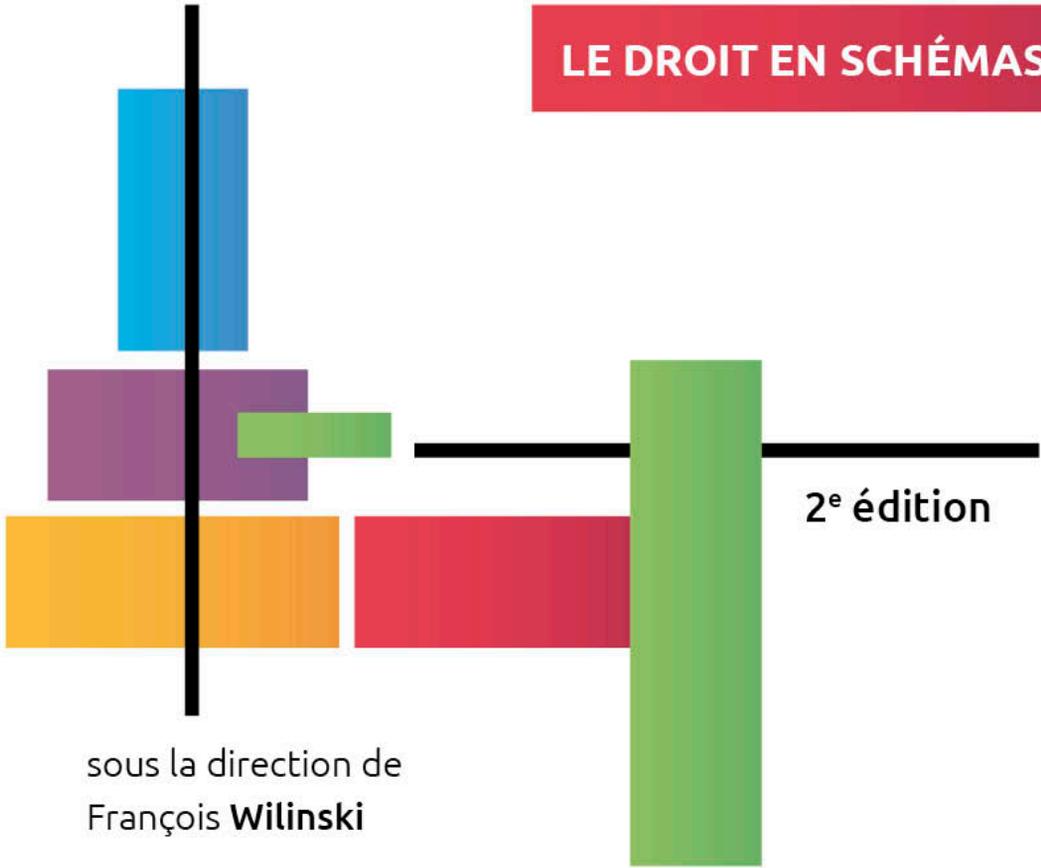


LE DROIT EN SCHÉMAS



2<sup>e</sup> édition

sous la direction de  
François **Wilinski**

# Le droit public en schémas

ellipses

## Titre 1. Les régimes politiques

### Chapitre 1. La souveraineté

Le concept de souveraineté est lié à celui d'État (section 1).

Il faut alors distinguer, d'une part, la souveraineté de l'État (section 2) et, d'autre part, la souveraineté dans l'État (section 3).

#### Section 1. L'État et la souveraineté

Selon la célèbre formule de Jean BODIN « *La souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une République* ».

Cette définition est essentiellement négative. Elle implique en effet que le souverain ne soit pas sujet au commandement d'autrui et qu'il puisse être le seul à détenir certaines prérogatives comme le droit de faire la loi et de rendre la justice. Il est ainsi nécessaire que l'État ait un pouvoir politique organisé, un pouvoir de droit sur l'ensemble de son territoire.

Ce pouvoir se nomme la puissance publique. Il faut alors que cette puissance de l'État soit institutionnalisée à travers différents organes et qu'elle s'exerce supérieurement sur tous les individus qui résident sur le territoire. La souveraineté représente ainsi le caractère suprême du pouvoir étatique. Selon Laferrière, elle s'attache à « *un pouvoir de droit originnaire et suprême [et] désigne un pouvoir unifié, indivisible et suprême attribué à un état impersonnel, l'État* ».

Se pose alors nécessairement la difficile question de la limitation du pouvoir du souverain.

En d'autres termes, comment l'État pourrait-il se soumettre au droit dans la mesure où il est le seul à pouvoir le créer ? En effet, concevoir la souveraineté de façon absolue pourrait conduire à affirmer que l'État ne peut être soumis à des règles dans la mesure où il dispose, selon la célèbre formule de Georg Jellinek, de la « *compétence de sa compétence* ».

Pour résoudre ce problème, plusieurs théories ont été utilisées.

Deux doctrines principales permettent dans le cadre de « l'État de droit », c'est-à-dire le fait que l'État soit lui-même soumis au droit, d'éviter une dérive arbitraire, voire absolutiste, de l'exercice de la souveraineté. La première est la théorie du *jus-naturalisme*. Elle implique l'existence d'un droit préexistant, s'imposant à l'État à n'importe quelle époque. La seconde théorie découle du positivisme juridique.

Dans ce sens, la règle de droit doit être absolument respectée, non parce qu'elle est juste, mais parce qu'elle obéit à une hiérarchisation à laquelle l'État se soumet lui-même.

Ainsi, les décrets sont valides s'ils sont conformes aux lois qui sont conformes à la Constitution.

L'État consent donc à se lier lui-même en respectant la hiérarchie des normes juridiques. Les règles de droits inférieures doivent alors toujours être conformes aux règles qui leur sont supérieures.

Dans cette hypothèse, l'État s'autolimite en appliquant en quelque sorte l'adage latin « *tu patere legem quam ipse fecisti* », c'est-à-dire « *souffre la loi que tu as faite toi-même* ».

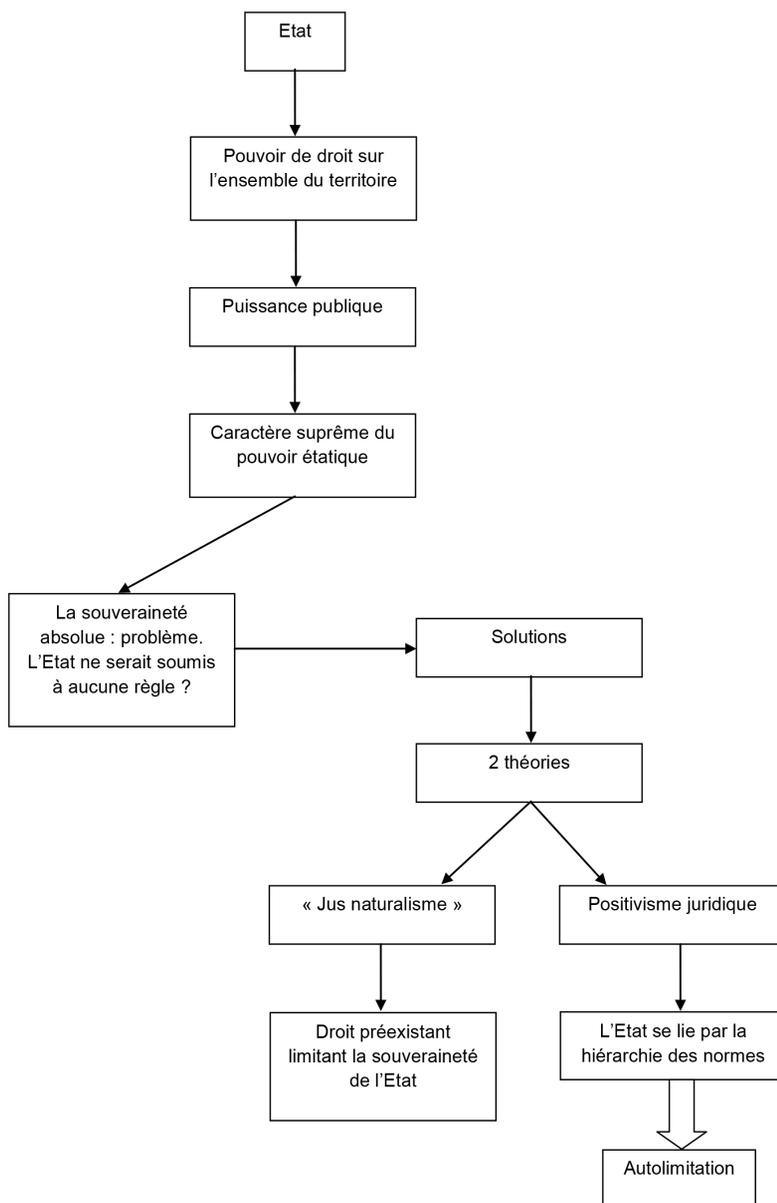
C'est pour cette raison que cette doctrine, qui impose à l'État de respecter la règle qu'il a lui-même faite, prend le nom de théorie de l'autolimitation de l'État.

## Partie 1. Les acteurs et institutions de droit public

### Titre 1. Les régimes politiques

#### Chapitre 1. La souveraineté

##### Section 1. L'État et la souveraineté



## Section 2. La souveraineté dans l'État

La souveraineté dans l'État est la souveraineté interne.

L'État détermine et assume ses compétences et ses règles fondamentales, comme dans la Constitution par exemple. L'État possède dans ses rapports avec les individus ou autres groupements une autorité suprême, avec une volonté prédominante sur les volontés particulières. La souveraineté exprime ainsi la puissance étatique, la plus haute à l'intérieur de l'État.

Cependant, si la souveraineté dans l'État est un pouvoir de contrainte organisée, dans le cadre d'une démocratie, il doit nécessairement être accepté par les gouvernés.

C'est donc la question de la légitimité du pouvoir souverain qui doit être abordée. Jean-Jacques Rousseau a alors développé la théorie du contrat social, c'est-à-dire que les individus libres et égaux se procurent la sécurité, sans renoncer totalement à la liberté et à l'égalité. Dès lors, il n'y a qu'une seule clause possible : *l'aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits, à toute la communauté*. Cette aliénation ne retire pas la liberté et l'égalité, c'est son caractère total qui en garantit la conservation. Selon Rousseau, « *Chacun de nous met en commun sa personne et sa toute-puissance sous la suprême direction de la volonté générale* ». Mais comment matérialiser cette volonté générale ? Deux théories s'opposent alors, la souveraineté populaire et la souveraineté nationale.

La souveraineté populaire désigne l'idée que le titulaire de la souveraineté doit être le peuple.

La question du mandat impératif donné par le peuple au Parlement est alors essentielle. Le peuple est le souverain et le Parlement, le mandant.

Chaque citoyen exerce un droit qui lui appartient proprement, c'est-à-dire le droit de vérifier que le Parlement remplit bien la mission qu'il lui a confiée. La Constitution doit donc nécessairement définir les modalités des rapports liant le mandant et le mandataire, et prévoir des procédures de démocratie directe ou semi-directe (procédure législative sous la forme d'initiatives populaires, droit de pétition, référendum, tirage au sort des représentants).

À la différence de la théorie de la souveraineté populaire, qui implique notamment l'existence d'un mandat impératif entre le peuple et le Parlement, la théorie de la souveraineté nationale implique que la puissance publique soit confiée aux représentants du peuple qui bénéficient d'un mandat représentatif.

L'idée de représentation est donc essentielle. Le peuple doit élire des représentants qui ont à charge de défendre l'intérêt général. On distingue donc le peuple de la Nation.

C'est la Nation qui exerce la souveraineté. La Nation est un être collectif, unique et indivisible. Elle est distincte des individus qui la composent, elle ne se confond pas avec la somme des citoyens vivant à un moment donné sur le territoire national, car elle prend en compte le passé, le présent et l'avenir.

## Section 2. La souveraineté dans l'État



### **Section 3. La souveraineté de l'État**

La souveraineté de l'État est la souveraineté externe.

L'État doit être libre d'agir dans son action.

Il n'est pas limité par un autre État, sauf à ce qu'il y consente.

Cette conception est synonyme d'indépendance vis-à-vis des autres États.

Dans cette acception se pose alors nécessairement la question des rapports entre le droit international et le droit interne. Les États sont souvent liés par des traités internationaux.

Or, si les États sont souverains, le problème est alors de déterminer qui du droit interne ou du droit international l'emporte dans un système normatif hiérarchisé.

Deux conceptions s'opposent alors : le monisme et le dualisme.

La conception dualiste des rapports entre droit interne et droit international considère que les deux systèmes juridiques sont égaux, indépendants et séparés.

Deux types d'arguments justifient cette théorie.

- Les sources des deux droits sont différentes. Le droit interne émane de la volonté d'un seul État alors que le droit international est issu de la rencontre de volontés de plusieurs États.
- Une norme de droit interne peut être contraire à une norme de droit international. Pourtant, elle continuera à s'appliquer aux sujets de droit interne. De fait, il existe donc une opposition complète entre les deux droits qui sont séparés et ne se pénètrent jamais.

En conséquence, il ne peut y avoir, dans aucun des deux systèmes juridiques, de normes obligatoires émanant de l'autre. Si le droit interne est en contrariété avec le droit international, la responsabilité de l'État pourra être engagée, mais le second ne primera pas sur le premier.

Dès lors, pour recevoir application, la norme de droit international devra être transposée, intégrée dans l'ordre juridique de l'État dans lequel elle doit trouver application.

À ce titre, une procédure spécifique sera mise en œuvre pour sa réception en droit interne.

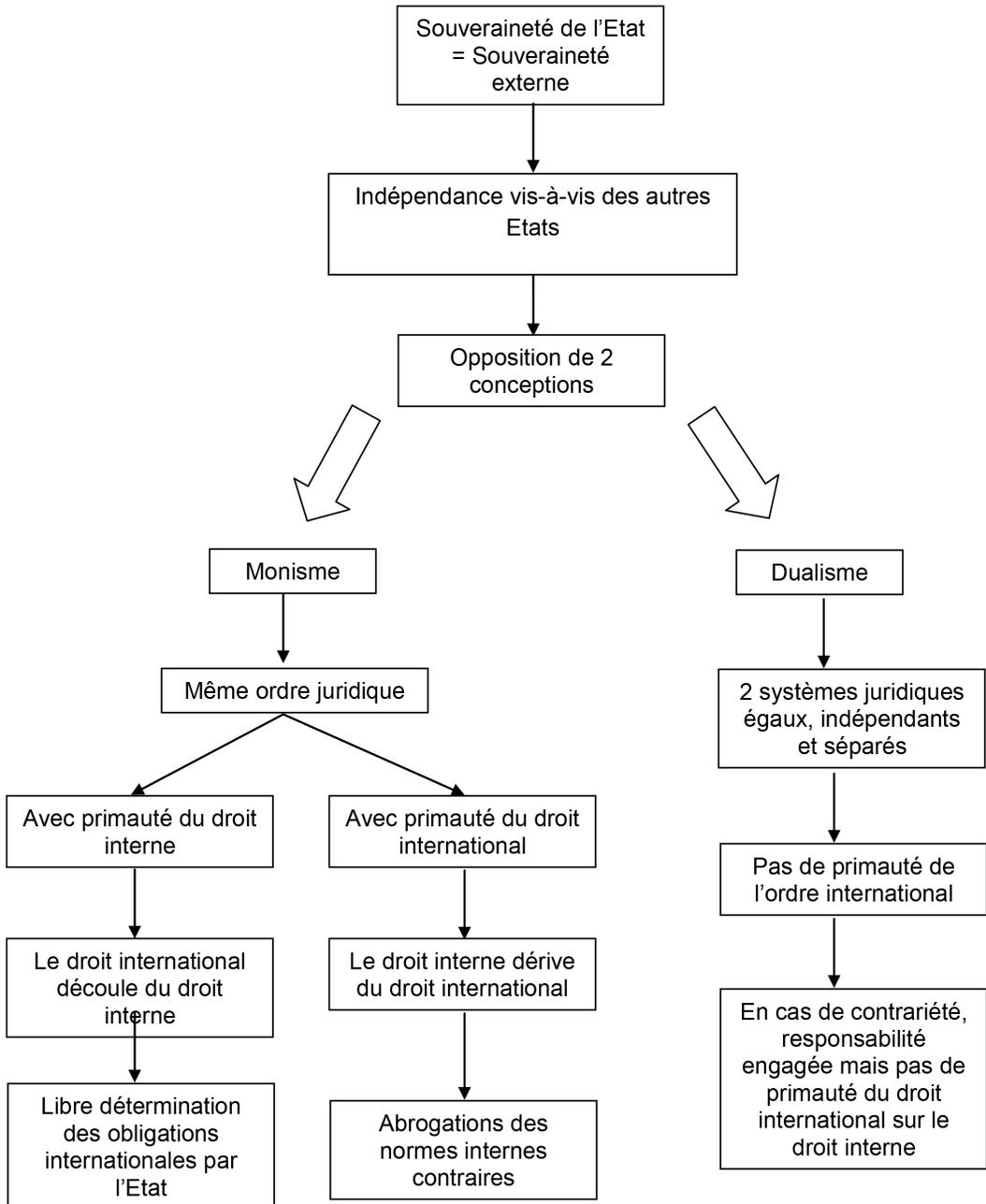
La conception moniste repose quant à elle sur une logique différente. Le droit interne et le droit international appartiennent tous les deux au même ensemble, au même ordre juridique. Les deux types de normes seront ainsi subordonnés l'un à l'autre.

Dans cette acception, deux théories s'opposent également, le monisme avec primauté du droit interne et le monisme avec primauté du droit international. Dans la première théorie, c'est le droit international qui découle du droit interne, le second est donc supérieur au premier. L'État détermine donc librement ses obligations internationales et reste seul juge de la manière dont il les exécute. Les moyens de conclure des traités sont par exemple fixés dans la Constitution, qui est une norme de droit interne. Le monisme avec primauté du droit international signifie quant à lui que le droit interne dérive du droit international.

Les normes internationales sont donc supérieures aux normes internes qu'elles conditionnent.

La primauté du droit international implique donc l'abrogation de fait des normes internes contraires.

### Section 3. La souveraineté de l'État



## Chapitre 2. La séparation des pouvoirs

### Section 1. Le principe

La séparation des pouvoirs est une théorie des fonctions étatiques, organisant la répartition des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire au sein d'un État.

Elle fut initiée par le philosophe anglais John Locke dans son *Traité sur le Gouvernement civil* de 1690, et systématisée par Montesquieu dans son ouvrage intitulé *De l'esprit des lois* de 1748. La doctrine de Montesquieu est négative : aucun organe de l'État ne doit monopoliser les deux ou trois pouvoirs, au risque de porter atteinte à la liberté.

La séparation des pouvoirs implique une distinction entre les fonctions étatiques. Le pouvoir législatif édicte des normes générales et impersonnelles. Le pouvoir exécutif est chargé de les appliquer, c'est-à-dire de les exécuter.

Enfin, le pouvoir judiciaire tranche les conflits résultant de l'application de ces normes.

Chaque pouvoir devrait être confié à des organes distincts : le pouvoir législatif à une ou plusieurs Assemblées représentatives, le pouvoir exécutif à un Gouvernement, et le pouvoir judiciaire à des juridictions.

La théorie de la séparation des pouvoirs n'a pas un contenu clair et certain, plusieurs interprétations sont possibles.

La distinction entre la séparation stricte et la séparation souple des pouvoirs résulte des relations entre les différents organes. Traditionnellement, la séparation stricte des pouvoirs caractérise le régime présidentiel, alors que la séparation souple s'applique au régime parlementaire.

## Chapitre 2. La séparation des pouvoirs

### Section 1. Le principe

