Olivier Duhamel
Guillaume Tusseau

DROIT CONSTITUTIONNEL ET INSTITUTIONS POLITIQUES

5e ÉDITION 2020

NOUVELLE ÉDITION REVUE ET AUGMENTÉE

Seuil

Droit constitutionnel et institutions politiques

Olivier Duhamel
Guillaume Tusseau

Droit constitutionnel et institutions politiques

CINQUIÈME ÉDITION, 2020

Éditions du Seuil

Ce manuel, pour part, reprend, fond, actualise et complète
des ouvrages antérieurs publiés et réédités sous différents titres au Seuil
dans la collection « Science politique » en 1993
et dans la collection « Points Essais » en 2000 et 2003.

Le Pouvoir politique en France
ISBN 978-2-02-057394-8
© Éditions du Seuil, septembre 1993, mai 1999 et février 2003

Droit constitutionnel
2. Les Démocraties
ISBN 2-02-038982-7
© Éditions du Seuil, 1993, 1995, février 2000

ISBN 978-2-02-144200-7

© Éditions du Seuil, février 2009, octobre 2011, septembre 2013, août 2016,
octobre 2019 pour la présente édition

Le Code de la propriété intellectuelle interdit les copies ou reproductions destinées à une utilisation collective. Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite par quelque procédé que ce soit, sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants cause, est illicite et constitue une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

www.seuil.com

à nos professeurs
à nos étudiants

Avant-propos de la quatrième édition

La nouvelle édition de ce manuel est la troisième qui paraît sous une double signature. Sans se dissimuler à eux-mêmes ni cacher au lecteur ce qui peut parfois les séparer sur le plan doctrinal, les auteurs se retrouvent dans une commune volonté de transmettre des connaissances, d'élargir beaucoup le champ habituellement étudié et de susciter la réflexion sur les institutions politiques et le droit constitutionnel. L'évolution de l'ouvrage se montrera fidèle à cette ambition, consistant à introduire de manière critique le lecteur à un ensemble de données, de problèmes et de modes d'analyse, afin de lui permettre de développer une réflexion autonome.

Introduction

La démocratie

CHAPITRE 1

La démocratie : une forme politique à définir

Le mot d'ordre démocratie domine les esprits, aux XIX^e^ et XX^e^ siècles, d'une façon presque générale. Mais précisément pour cette raison, le mot, comme tout mot d'ordre, perd son sens précis. Par le fait que – pour obéir à la mode politique – on croit devoir l'utiliser à toutes les fins possibles et en toute occasion, cette notion, dont on a abusé plus que d'aucune autre notion politique, prend les sens les plus divers, souvent très contradictoires, lorsque même le vide intellectuel que recouvre habituellement la langue politique vulgaire ne la dégrade pas au rang d'une phrase conventionnelle, ne prétendant plus à aucun sens précis.

Hans Kelsen, *La Démocratie. Sa nature, sa valeur*, Paris, Sirey, 1932.

L'horizon de l'organisation contemporaine du pouvoir

1. Un vocabulaire juridico-politique ambigu
Les éléments de la confusion
L'évidence démocratique
L'inconfort démocratique

Les instruments de la clarification
La distinction des niveaux de discours
La distinction des types de discours

2. La quête d'une définition

L'impossible définition réelle
La tentative
L'échec

La voie des définitions nominales
Les définitions stipulatives
Les définitions lexicales

Résumons plusieurs millénaires en quelques mots. Les hommes ont vécu dès l'origine en groupes. Les groupes formèrent des sociétés. Les sociétés se dotèrent d'un pouvoir. Le pouvoir se transforma en État. L'État reposa sur ou perdura par le consentement. Le consentement devint explicite. L'explicite dut être renouvelé. Ainsi se résume en sept phrases brèves la construction de la démocratie moderne. Cette forme d'organisation politique fait l'objet d'une approbation et d'une diffusion qui n'ont d'égale, au-delà de la multiplicité de ses formes concrètes, que l'ambiguïté de la notion (**1**). La définition de la démocratie ne s'en trouve que plus complexe, et impose de recourir à des outils intellectuels particuliers (**2**).

1. Un vocabulaire juridico-politique ambigu

La démocratie s'offre assurément comme l'une des notions centrales de l'analyse du droit constitutionnel et des institutions politiques contemporains. À l'instar de nombreuses autres, telles que l'État de droit, les droits fondamentaux, le parlementarisme, le présidentialisme, la dictature, le totalitarisme, le libéralisme, la théocratie, etc., elle demeure néanmoins particulièrement difficile à appréhender. La confusion qui la caractérise ne peut être dissipée qu'au prix d'une interrogation portant directement sur le langage et les concepts de l'analyse juridique et politique.

Les éléments de la confusion

Cerner ce qu'est la démocratie s'avère particulièrement difficile. Malgré son évidence immédiate, celle-ci se dérobe irrémédiablement face à tout effort de précision.

L'évidence démocratique

Selon toute vraisemblance, le lecteur de cet ouvrage se lève le matin avec la solide certitude qu'il vit en démocratie. Il y a tout lieu de croire, si même il se pose la question, qu'il s'en trouve fort bien et s'en réjouit. Nul ne conçoit de se plaindre de « vivre en démocratie ». Nul n'imagine revendiquer « moins de démocratie ». La démocratie se trouve démultipliée dans ses espaces sociaux d'exercice, et s'avère aussi bien sociale que politique, administrative, économique ou encore territoriale. Elle prend place au sein de l'État, mais également dans l'entreprise, dans l'Église, dans la famille, au niveau supranational voire mondial, sur Internet où se développerait la cyberdémocratie[1], etc. Elle se diversifie dans ses modalités d'exercice et se présente plus rarement sous la forme de la démocratie *tout court* que sous celles de la démocratie directe, de la démocratie représentative, de la démocratie participative, de la démocratie libérale, de la démocratie sociale, de la démocratie continue, ou encore de la démocratie réflexive.

En contrepoint, nul n'a de mots assez durs pour vouer aux gémonies les États non démocratiques, ainsi que les institutions dites souffrir d'un « déficit démocratique ». États et institutions internationales n'ont de cesse de promouvoir la démocratie de par le monde, tandis que ce mot d'ordre soulève, ici et là, les masses contre des gouvernements honnis, ainsi que le Printemps arabe en a récemment fourni l'exemple. Pour leur combat au nom de la démocratie, nombreux sont ceux qui sont prêts à donner leur vie. Qui n'envisagerait favorablement de mettre un terme, au besoin par la force, au règne d'un État qui foulerait aux pieds les principes démocratiques les plus élémentaires ?

---

1. V. p. ex. Pierre Lévy, *Cyberdémocratie*, Paris, Odile Jacob, 2002.

Malgré la diversité qui les caractérise, la plupart des constitutions des États du monde se présentent comme démocratiques. Qui imaginerait rédiger une constitution qui ne le serait pas ? Ainsi lit-on à l'article 1er de la Constitution française de 1958 que « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale ». De même, très nombreux sont les États qui, par leur texte fondamental, s'autodéfinissent comme démocratiques. Par exemple, l'article 1er de la constitution espagnole énonce que « L'Espagne constitue un État de droit, social et démocratique, qui défend comme valeurs suprêmes de son ordre juridique la liberté, la justice, l'égalité et le pluralisme politique », tandis que l'article 1er de la constitution brésilienne affirme que « La République fédérative du Brésil, formée de l'union indissoluble des États, des Communes et du District fédéral, constitue un État démocratique de Droit et a pour fondements : I - la souveraineté ; II - la citoyenneté ; III - la dignité de la personne humaine ; IV - les valeurs sociales du travail et de la libre entreprise ; V - le pluralisme politique ». L'article 2 de la constitution turque prévoit de même que « La République de Turquie est un État de droit, démocratique, laïque et social, respectueux des droits de l'homme dans un esprit de paix sociale, de solidarité nationale et de justice, attaché au nationalisme d'Atatürk et s'appuyant sur les principes fondamentaux exprimés dans le préambule ». Ce principe se retrouve à l'article 1er de la constitution russe, qui énonce que « La Fédération de Russie est un État démocratique, fédéral, un État de droit, ayant une forme républicaine de gouvernement », aussi bien qu'à l'article 1er de la constitution syrienne selon lequel « La République arabe syrienne est un pays démocratique souverain et indivisible ».

Et pourtant, que de différences entre les systèmes institutionnels mis en place par ces différents textes, et quels abîmes entre les pratiques politiques auxquelles ils donnent lieu. À tel point qu'il devient légitime de se poser la question, toute simple mais finalement des plus embarrassantes : « De quoi parle-t-on ? » Quel type de consensus se noue autour de l'idée de démocratie ? De quoi la culture politique occidentale est-elle si fière ? Au nom de quel idéal précis se dit-on prêt à mourir ?

L'inconfort démocratique

Deux mille ans de philosophie politique n'ont pas réussi à dissiper les doutes et il ne serait pas pertinent ni pleinement utile, pour des raisons que l'on examinera ci-dessous, de retracer l'ensemble de ces débats.

Illustrant les difficultés que comporte la dynamique démocratique contemporaine d'extension du territoire conquis par cette forme politique, il apparaît que certains États se voient imposer la démocratie de l'extérieur, parfois après un conflit armé, ou au titre de condition de l'octroi de certaines aides financières indispensables à la survie de la population. Dans ces circonstances, certains notent que l'extension de la démocratie a peu à voir avec une pratique politique elle-même qualifiable de démocratique, et bien davantage avec des réflexes coloniaux ou paternalistes.

Nombre de processus constituants se sont effectués non seulement sous la pression, plus ou moins formelle ou explicite, d'institutions internationales ou de la « communauté internationale », mais encore sous leur contrôle assez direct (Namibie, Cambodge, ex-Yougoslavie, Timor-Oriental, Afghanistan). C'est ainsi que les Nations unies ont disposé à partir de 2005 d'un véritable programme institutionnel d'assistance constitutionnelle. Tout en s'inscrivant dans une stratégie globale de maintien de la paix, de promotion des droits de l'homme, de démocratisation, d'aide à l'élaboration des constitutions, de restauration d'une administration efficace, de dépolitisation des forces armées, etc., il met l'accent sur la transparence et le caractère participatif de l'élaboration des constitutions. Mais son influence pèse, au-delà du seul processus suivi, sur le contenu du texte finalement retenu. Il insiste notamment sur les droits de l'homme, la démocratie pluraliste, mais aussi sur l'économie de marché, la bonne gouvernance, le principe du *rule of law* ou l'accès à la justice. Le Conseil de l'Europe, l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe, l'Union européenne, l'Organisation mondiale du commerce, Amnesty International, Human Rights Watch, la United States Agency for International Development, la Ford Foundation,

etc. partagent une doctrine assez articulée et mobilisent des experts en vue du développement de textes constitutionnels établis selon le modèle des démocraties occidentales.

À titre d'exemple, à la suite de l'éviction de Saddam Hussein, l'élaboration de la constitution irakienne s'est largement déroulée sous l'emprise des experts internationaux, notamment étasuniens. Il leur a semblé essentiel de veiller à ce que si l'Irak est un État qui se réclame de l'islam, il ne puisse devenir une théocratie. L'article 2 de la constitution de 2005 prévoit à ce titre que :

> 1. L'islam est la religion officielle de l'État et une source fondamentale de la législation.
>
> a) Aucune loi ne peut être promulguée si elle est contraire aux principes établis de l'islam.
>
> b) Aucune loi ne peut être promulguée si elle est contraire aux principes de la démocratie.
>
> c) Aucune loi ne peut être promulguée si elle est contraire aux droits et aux libertés fondamentales énoncés par la présente constitution.
>
> 2. La présente constitution garantit l'identité islamique de la majorité du peuple irakien et elle garantit pleinement les droits religieux à la liberté de croyance et de culte religieux de tous les individus comme les chrétiens, les yézidis et les mandéens sabéens.

Initialement, les alinéas b) et c) du 1 de cet article ne figuraient pas dans le projet. Ils y ont été insérés à la suite de demandes pressantes, notamment de l'ambassadeur américain. L'ajout imposé du respect du principe démocratique est particulièrement singulier. La difficulté tient moins à la légitimité sur le fond de cette exigence qu'à ce que, selon certains analystes, elle procède d'une démarche contradictoire. L'assistance internationale ou étrangère n'est pas toujours librement sollicitée puis accueillie par les États récepteurs, mais peut se présenter comme la condition de l'obtention d'un certain nombre d'aides financières indispensables, dépendant par exemple du Fonds monétaire international, de la Banque mondiale, de la Banque de développement asiatique ou d'autres bailleurs de fonds. Selon ce courant d'analyse, les puissances occidentales, et notamment les États-Unis, se sont aisément accommodées des dictatures lorsqu'elles contribuaient

à faire barrage à l'extension du communisme. Le fait qu'elles soient si promptes à les rejeter au nom du constitutionnalisme libéral une fois celui-ci affaibli puis éliminé ne peut être innocent ni désintéressé. Aussi certains peuvent-ils contester dans ces transferts institutionnels une forme de colonialisme rampant, solidaire des idéaux politiques des grandes démocraties libérales et capitalistes.

Une importante distinction est ainsi rendue sensible : prendre une décision de façon démocratique n'est pas équivalent à prendre une décision dont le contenu est démocratique. À ce titre, une démocratie peut être instaurée de manière autoritaire. Réciproquement, un processus démocratique (référendum, vote, etc.) peut parfaitement aboutir à une décision d'abolition de la démocratie. Du point de vue pratique, il est possible de souligner à l'inverse que les circonstances peuvent rendre nécessaires une greffe quelque peu « appuyée » de la démocratie. La normalisation de la situation assurera progressivement son acclimatation. Il reste que, dans ce cas, ces structures politiques dites « démocratiques » sont mises en place selon une logique paternaliste. Dans ce cadre, une autorité extérieure prétend imposer sa décision à une autre société, en se fondant sur l'idée qu'elle est mieux informée que l'autre, et que c'est pour le propre bien de l'autre. Le paternalisme consistant à imposer la démocratie à des populations entières peut être parfaitement souhaitable, évidemment, s'il s'agit de les soustraire à une dictature oppressante. Mais ne viole-t-on pas de la sorte le présupposé de la démocratie ? La démocratie, quelle que soit la conception précise que l'on en retient, a à voir avec l'idée d'autonomie, c'est-à-dire de choix pour soi-même. On pourrait répliquer que, certes, l'on viole le principe démocratique d'autonomie en imposant la démocratie, mais qu'on le fait au nom de la démocratie. Paraphrasant une expression de Rousseau (*Du contrat social*, livre I, chap. VII), on peut considérer que l'on force le récalcitrant à être démocrate. Ce raisonnement n'en reste pas moins paradoxal et « sonne » quelque peu contradictoire. De plus, il existe plusieurs types de démocratie. On peut donc craindre que ce soit *une* démocratie particulière, c'est-à-dire *une* idéologie particulière, qui soit plus ou moins imposée de force à ces populations. Il ne

Ouvrages de Guillaume Tusseau

Jeremy Bentham et le droit constitutionnel.
Une approche de l'utilitarisme juridique,
L'Harmattan, « Logiques juridiques », 2001

Les Normes d'habilitation,
préf. Michel Troper,
Dalloz, « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2006

Contre les « modèles » de justice constitutionnelle.
Essai de critique méthodologique / Modelli di giustizia
costituzionale. Saggio di critica metodologica
pref. Lucio L. Pegoraro, éd. bilingue, trad. it.
Alessandra Morandini, Bologne, Bononia University Press,
« Ricerche di diritto comparato », 2009

Les Notions juridiques (dir.)
Economica, « Études juridiques », 2009

Jeremy Bentham. La guerre des mots
Dalloz, « Les sens du droit. Essai », 2011

Bentham juriste. L'utilitarisme juridique en question
avec Malik Bozzo-Rey (dir.)
Economica, « Études juridiques », 2011

Para acabar con los « modelos »
de jurisdicción constitucional: Un ensayo de crítica,
2e éd., révisée et augmentée, trad. esp. en collaboration
avec Teresa García Berrio Hernández,
prés. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mexico, Porrúa,
« Biblioteca de Derecho Procesal Constitucional », 2011

The Legal Philosophy and Influence of Jeremy Bentham.
Essays on *Of the Limits of the Penal Branch*
of Jurisprudence (dir.),
Londres, New York, Routledge,
« Routledge Research in Constitutional Law », 2014



RÉALISATION : NORD COMPO À VILLENEUVE-D'ASCQ
IMPRESSION : NORMANDIE ROTO IMPRESSION S.A.S. À LONRAI
DÉPÔT LÉGAL : OCTOBRE 2019. N° 144193 (00000)
IMPRIMÉ EN FRANCE