

<http://www.cours-univ.fr/cours/licence/droit/licence-droit.html>

## Cours de droit constitutionnel (L1) - version 2

Ce cours vous propose dans un premier temps de prendre la mesure de l'omniprésence du droit constitutionnel en étudiant les concepts de « constitution » et de « Constitutionnalisme », via leurs définitions, leurs différentes formes et en retraçant leur évolution. On étudie ensuite les institutions que l'État met en place pour tenir ce droit si puissant, auquel la démocratie donne encore plus de poids. On détaille les concepts associés à la notion d'État, nouvelle à l'époque : ses propres formes, celles des gouvernements, des modes de représentation et scrutin, ou encore de la souveraineté. On plonge ensuite dans la politique, pour analyser les régimes, français et étrangers (États-Unis principalement), selon leur typologie (notamment la séparation des pouvoirs) et leur classification. Une rétrospection sur l'histoire constitutionnelle française et ses tournants est proposée pour finir. [Voir le cours](#)

- Titre 1 : l'omniprésence du droit constitutionnel (*ci-dessous*)

- | [Chapitre 1 : Constitutionnalisme et Constitution](#)

- | [Chapitre 2 : L'État, et l'institutionnalisation du pouvoir](#)

- | [Chapitre 3 : la participation au pouvoir](#)

- [Titre 2 : la classification des régimes politiques et les régimes étrangers](#)

- | [Chapitre 1 : la classification des régimes politiques](#)

- | [Chapitre 2 : les régimes étrangers par l'exemple](#)

- [Titre 3 : éléments pour une histoire constitutionnelle française](#)

- | [Chapitre 1 : la révolution et les réactions \(1789-1870\)](#)

## Titre 1 : l'omniprésence du droit constitutionnel

### 1 – Définition du droit constitutionnel comme matière

*Le droit constitutionnel comme phénomène universel*

« Constitutionnel » : ce qui constitue.

Est constitutionnel tout ce qui a trait à la mise en ordre de ce qui ce qui constitue (constitution d'une matière...). Le phénomène constitutionnel est un phénomène tout à fait général qui accompagne toute organisation, quelle qu'elle soit. Le concept de constitution renvoie à l'agencement des parties, à l'articulation d'éléments qui prennent ensemble une signification particulière. Les sociologues sont les premiers à analyser une société dite « en panne », qui

suppose une constitution spécifique. Dans une société donnée, chaque groupe, quand il se différencie, a nécessairement une constitution particulière. Il n'existe aucun groupe qui ne se soit constitué d'une certaine manière. Le constitutionnel se préoccupe de l'ensemble des corps sociaux qui se constituent. Il existe plusieurs droits constitutionnels, même en dehors de l'État, au-dessus de lui et en dessous de lui (exemple : droit constitutionnel familial). On retrouve le « constitutionnel » dans des sociétés commerciales (hiérarchie et directoire sont des expressions constitutionnelles). Il existe un rapport entre les mécanismes de fonctionnement d'une société commerciale et ceux d'une activité politique. Les communautés religieuses se constituent elles aussi à partir de règles. On note un plan historique de filiation et un plan logique d'analogie structurelle. L'Union européenne occupe un titre à part dans la Constitution française.

Il existe donc à tous niveaux des éléments rappelant le droit constitutionnel. Le fait d'élire des dirigeants, qui devront rendre des comptes à ceux qui les auront élus, est un fait constitutionnel.

### *Réduction du droit constitutionnel au droit politique*

En pratique, il serait trop ambitieux de vouloir tout traiter. À l'époque contemporaine, le droit politique prime sur l'ensemble des autres droits. Toutes les autres dimensions du droit constitutionnel sont inférieures, soumises, au droit constitutionnel. L'ensemble des droits constitutionnels n'a d'efficacité que parce qu'il est autorisé par la Constitution de l'État. L'État rend légitime le droit constitutionnel.

### Définition provisoire du droit constitutionnel

Le droit constitutionnel dit « politique » renvoie à l'étude « scientifique » (désengagée) des systèmes de normes, de règles, volontairement mis en place pour assurer l'organisation et la stabilité des relations entre les gouvernants et les gouvernés. Elle comprendra l'ensemble des règles qui fondent l'État (du latin stare : statut, qui tient debout). Lien créé entre Constitution et État.

## **2 – Approche du droit constitutionnel en tant que discipline**

### *Naissance et évolution historique de la discipline*

L'expression « droit constitutionnel » est apparue en France quinze ans avant la Révolution française, aux alentours de 1775-1777. On lui attribue trois sens différents :

- Celui de faculté, de droit, que chaque personne physique ou morale tient de la Constitution (exemple : droit à consentir l'impôt).
- Celui d'ensemble de règles, de normes juridiques, se rattachant à la Constitution d'un pays. Corps de règles auxquelles la collectivité se soumet.
- Et enfin celui de discipline intellectuelle (enseignée).

### *Métamorphose historique de la discipline*

Sous l'Ancien Régime, le droit public n'est que rarement enseigné. Il convient de ne pas enseigner au peuple les choses du gouvernement. Puis l'idée germe qu'il faut apprendre, au

minimum, les bases de la citoyenneté aux jeunes (forme de catéchisme constitutionnel). Pour Diderot, il n'est pas normal de négliger à ce point la Constitution, l'étude des droits du sujet. Les critiques sont si fortes que Louis XV décide de créer une chaire de droit public au Collège de France. Il n'existait auparavant que deux enseignements de droit public au Royaume ; l'entourage royal proche prônait une stratégie d'évitement, de maintien dans l'ignorance des citoyens (pour éviter toute révolte). Il fallait conserver le « mystère » de l'État. Les philosophes des Lumières veulent, eux, éclairer les citoyens. À partir de 1789, et la deuxième Constitution, apparaît l'enseignement du catéchisme aux jeunes enfants. La pratique de cette matière est plus tard abandonnée pendant la période napoléonienne. Mais c'est bien Napoléon qui crée, dès 1804, les premières écoles de droit ou seront enseignés « les rudiments du droit public français ». La première chaire de droit constitutionnel sera créée en 1834 à la Faculté de droit de Paris, et l'enseignement sera confié à l'italien M. Pellegrino Rossi (ci-dessous).



Les années 1830 marquent le début de la parution de manuels de droit constitutionnel (« Élément de droit politique », « Commentaire sur la Charte constitutionnelle » 1836, « Théorie du droit constitutionnel français »). Avec l'enseignement du droit, on s'aperçoit que le droit constitutionnel manque de crédibilité. Son grand défaut est qu'il lui manque un système de sanction persuasif, dans le cas où les pouvoirs mis en place violeraient les textes des Constitutions. Il souffre en outre d'une instabilité chronique. C'est au cours de la première partie de la Troisième République que débute sérieusement l'enseignement du droit constitutionnel. Les républicains voient dans le droit constitutionnel un instrument de propagande des valeurs républicaines. En 1894, deux revues voient le jour : la « Revue politique et parlementaire », et la « Revue du droit public et de la science politique ». On se demande alors s'il faut étudier la séparation des pouvoirs, le droit individuel, le droit électoral, le droit des libertés...

*Les grandes tendances qui structurent le droit constitutionnel*

Comment la matière est-elle globalement perçue par ceux qui l'enseignent ?

Trois temps forts :

• La première période est celle de la vénération des textes, vers 1830-1850. Période de grande écriture constitutionnelle. Le droit constitutionnel se confond avec l'étude de la Constitution. Pour beaucoup d'auteurs, l'étude de l'aménagement du pouvoir, du fonctionnement des pouvoirs publics, suffit au bonheur. Dans le même temps, des réflexions prennent place sur les grands concepts du droit constitutionnel, on aspire à un approfondir les grandes matières de ce droit : qu'est-ce que l'État, qu'est-ce que le peuple, qu'est-ce que la souveraineté nationale ?

• Deuxième période : celle du droit constitutionnel saisi par la science politique. À partir de la fin du 19e siècle, un certain nombre d'auteurs réagissent : pour eux, il ne faut pas se limiter à la stricte interprétation des textes (approche trop idéaliste), il faut que l'on injecte une dose de pratique. Pour ces auteurs, comme Maurice Duverger, la compréhension passe par une exploration à la périphérie des textes. Il propose en effet une nouvelle approche du droit constitutionnel, par laquelle il faut se référer aux faits et non au texte constitutionnel, qui n'est qu'un cadre, sémantiquement contraignant certes, mais qui en réalité laisse beaucoup de place à l'interprétation, la pratique du pouvoir l'emportant sur la théorie et sur les textes (le rapport de force l'emporte). La plupart d'entre eux pensent que ceux qui s'entraînent à la simple étude des textes se trompent car il faut se pencher sur l'étude des pouvoirs publics tels qu'ils fonctionnent et non pas tels qu'ils devraient fonctionner. La philosophie des droits de l'homme en prend un coup. À la même époque, la plupart des manuels qui voient le jour en droit constitutionnel s'intitulent par exemple « Droit constitutionnel et institutions politiques » (env. 1950) ou, même, par provocation, « Institutions politiques et droit constitutionnel ». Le grand auteur Maurice Duverger propose sa lecture politiste.

• Troisième période : approche plus juridique (retour aux textes). En 40 ans, on a vu éclore de nouvelles institutions, les cours constitutionnelles, qui sont ensuite devenues des organes de grande importance. Ces textes font une grande place aux droits du citoyen. Il faut une sanction pour être en présence d'un système juridique cohérent.

Conclusion : depuis quelques années, le droit constitutionnel s'essouffle et entre dans une période de crise, une internationalisation/européanisation du droit constitutionnel, à deux versants. Le premier versant correspond au droit européen conventionnel, système dans lequel la cour de Strasbourg rend des décisions contraignant un peu plus la Constitution de l'État, et le second, l'aspect de l'Union européenne, le droit de Bruxelles, le droit du traité de Rome, de Maastricht, etc.

On constate une fragilisation rampante liée à la montée en puissance des droits ordinaires.

Ces deux phénomènes contribuent à nourrir une véritable crise de la discipline, qui ne fait qu'accroître l'utilité d'une cour de droit constitutionnel.

### Utilité du droit constitutionnel

Le droit constitutionnel agit comme un ambassadeur de la culture générale. Pour devenir un Constitutionnaliste, il faut être cultivé. Être philosophe, politiste, sociologue...

## **Chapitre 1 : Constitutionnalisme et Constitution**

## Section 1 : le Constitutionnalisme

Le Constitutionnalisme pourrait être identifié comme un mouvement historique ayant permis la création de Constitutions comme barrières au pouvoir des gouvernements.

### *Le legs du Constitutionnalisme ancien*

Même si c'est au Moyen Âge et à la Renaissance que vont se développer les idées les plus précises sur la limitation du pouvoir politique, il existait déjà certains ingrédients d'une limitation du pouvoir des gouvernants en Grèce ou à Rome.

### *Richesse de la pensée constitutionnelle antique*

La pensée antique : Platon et Aristote se sont penchés sur des questions d'ordre politique sous l'angle de la justice. À Rome, on note la mise en place d'institutions précises et techniques et l'existence de règles juridiques précises pour l'élection des magistrats. Le Moyen Âge a beaucoup puisé dans le matériau que lui offraient les périodes précédentes. La période au cœur du Moyen Âge est très riche en inventions techniques (1<sup>er</sup> siècle), d'institutions qu'il faut sauvegarder et voit l'apparition du mécanisme de délibération. Il existe des pouvoirs puissants pour éviter l'abus de pouvoir. On a parlé d'un « proto-Constitutionnalisme ».

Sur toute la période médiévale, on peut remarquer de très nombreuses techniques constitutionnelles ainsi que d'innombrables textes dont l'objet est de mener une réflexion sur la limitation du pouvoir des gouvernants. Entre les 12<sup>e</sup> et 16<sup>e</sup> siècles, la monarchie va se consolider, mais certaines idées germent dans les esprits : des idées qui critiquent les hiérarchies sociales, des idées qui critiquent le pouvoir personnel et enfin des idées visant à promouvoir la participation des sujets aux décisions qui les concernent : « celui qui préside doit être élu par tous ». Le principe délibératif veut que dès lors que quelqu'un est concerné par une décision, celui-ci doit y prendre part. Par ailleurs, il existe dans certains milieux laïques ou ecclésiastiques une critique très sévère de la monarchie de droit divin, et l'idée défendue à l'époque est celle selon laquelle le droit suprême est détenu, non pas par le droit, mais par le peuple et la nation elle-même. Ce qui revient à dire que les gouvernants eux-mêmes sont également soumis aux lois. Des voix se sont élevées, favorables à un partage des pouvoirs, au sein de nombreuses corporations. Il existe donc, dès le Moyen Âge, des techniques constitutionnelles extrêmement précises. C'est la raison pour laquelle en 1789 on s'est tourné vers ces corporations pour écrire la Constitution.

*Héritage et esprit de continuité* La mobilité des personnes et des idées fait que l'existence d'une même technique ne signifie pas forcément qu'on soit en présence d'une filiation historique. Il est donc difficile de distinguer l'invariance de l'influence historique. Mais il est possible de constater qu'il existe des strates liées les unes aux autres. Les institutions ont beaucoup voyagé. Il y a une mobilité du personnel, une mobilité des individus, qui permet le voyage des institutions. L'héritage du passé démontrerait qu'il existe une confiance chez le citoyen dans la vertu du dialogue : une décision prise par plusieurs est plus juste qu'une décision prise par un seul (goût pour la modération du pouvoir et critique de l'absolutisme).

### *Apparition et caractère du Constitutionnalisme moderne Constitutionnalisme moderne et État moderne*

Bien des auteurs ont insisté sur la continuité entre temps anciens et modernes, mais il faut

souligner que dans l'intervalle est né l'État moderne, puisque depuis les 17<sup>e</sup> et 18<sup>e</sup> siècles, nous sommes entrés dans une période nouvelle. Auparavant, les sphères publiques et privées n'étaient pas délimitées très clairement. Le Constitutionnalisme moderne se caractérise par l'existence d'un État stable, structuré, et maintenu debout par une Constitution. À l'époque de l'Ordre ancien, les gouvernants sont la plupart du temps mis à leur fonction par une volonté extérieure au corps politique (droit divin) ; alors que plus tard, les monarques vont conserver, au moins jusqu'à la fin du 18<sup>e</sup> siècle, la faculté d'interpréter les lois. On assiste à la mise en place d'un État qui ne tient plus debout par le fait d'une volonté extérieure, mais en raison de la constitution d'un contrat. L'État moderne est indissociable d'une certaine laïcisation du pouvoir. Les fondements mêmes de l'État ont bougé durant cet intervalle. Cette justification n'est pas du tout la même entre la période d'Aristote et la période de Locke.

Depuis la fin du 17<sup>e</sup> siècle, nous sommes entrés dans une période nouvelle, celle de la justification de la relation entre gouvernant et gouvernés. Le pouvoir politique n'est plus justifié par un ordre divin, un ordre cosmique : désormais on repère un lien circulaire et fermé entre les gouvernés et les gouvernants, lien marqué par l'avènement de l'État moderne. À partir d'une certaine époque moderne, l'État devient l'institution d'un pouvoir.

### *Constitutionnalisme moderne et individualisme politique*

Il faut limiter le pouvoir pour faire tenir le taux social. Pas de distinction entre gouvernants et gouvernés, tous font partie d'un même corps, la notion de « corps politique » est une notion extrêmement forte. La conscience individuelle n'est pas de même contour au Moyen Âge qu'à la période moderne. Une société moderne se distingue par le fait que les relations gouvernants-gouvernés ont changé. Les articulations sont fictionnelles, on invente un rapport pour se faire croire que la volonté des gouvernants n'est rien d'autre que celle exprimée par les gouvernés. Il y a un changement de posture du sujet dans le monde, montée de l'individualisme. À la même période, les scientifiques décomposent les corps complexes en corps primaires, on découvre l'atome. Hobbes applique une méthode scientifique à l'explication de la société politique. Les théoriciens du Contrat social explosent la société politique pour retrouver les éléments naturels qui la composent.

Le discours de Benjamin Constant (1919) sur la liberté des anciens et des modernes nous explique que ce qui caractérise les sociétés anciennes est le fait que l'individu ne s'appartient qu'incomplètement. Il est déterminé par le groupe (exemple : Grèce antique : liberté de participer à la fonction publique, mais d'un point de vue social, moins libre de choisir un conjoint, holisme). La philosophie du Contrat social est au cœur de cette question (Hobbes vs. Locke). C'est l'individu qui légitime l'existence de l'État politique.



### *Le Constitutionnalisme moderne et ses limites*

Ce qui caractérise le Constitutionnalisme moderne, c'est qu'il est lié au phénomène d'écriture constitutionnelle. À partir du moment où le pouvoir ne se justifie plus qu'à partir des individus, il va falloir établir des garanties de ces nouvelles données, par la mise en place de contraintes ; on repense la relation au pouvoir, avec la séparation des pouvoirs. Mais il a longtemps manqué à ces textes les verrous objectifs qui font que les parties ne sont pas des juges. Les mécanismes précis d'obstruction absolue au pouvoir sont rarement mentionnés dans les textes et le fait est que ce sont les parties qui les interprètent de façon ultime. Il appartiendra donc au Constitutionnaliste contemporain de combler les lacunes du Constitutionnalisme ancien.

Le Constitutionnalisme moderne correspond à l'époque moderne en histoire mais la dépasse légèrement. Les périodes historiques ne sont pas les mêmes selon les États. Cette époque se caractérise par la prise de conscience des limites d'un ancien temps et l'émergence sur la scène politique de l'individu en tant que citoyen. On pensait autrefois que quelques règles suffisaient pour faire une Constitution.

La mise au point de règles juridiques précises est une caractéristique du Constitutionnalisme moderne. Pour encadrer les gouvernants, il faut bien expliquer le Contrat social et les règles qui définissent un bon gouvernement. L'objet des règles est non seulement la stabilité de l'État, mais aussi et surtout la sûreté des citoyens. La modernité constitutionnelle correspond à la prise de conscience du besoin de règles précises.

Le Constitutionnalisme moderne a cependant trois faiblesses :

- On ne va pas avoir suffisamment conscience du lien étroit entre la précision des règles et l'écriture constitutionnelle (l'écrit permet de cristalliser les accords).
- Il n'y a pas d'institution précise en cas de violation des règles constitutionnelles, d'où l'absence fréquente de sanctions en cas d'irrespect de la norme par le gouvernant.
- Enfin, l'inexistence de sanctions, l'inexistence d'un organe indépendant des organes traditionnels, dont le rôle serait déterminant puisqu'il s'agirait d'assurer le prononcé et

l'exécution, autrement dit de dénoncer les violations et d'en juger les sanctions.

Le Constitutionnalisme moderne a constitué une étape entre le Constitutionnalisme ancien et le Constitutionnalisme contemporain.

## Section 2 : la Constitution

La Constitution est un ensemble de règles formant une certaine unité.

### 1 – Constitution matérielle et Constitution formelle

#### La Constitution au sens matériel

C'est la Constitution que l'on définit en fonction de son contenu, en fonction de la nature du fondement même des règles qu'elle renferme. On entendra par « Constitution » l'ensemble de toutes les règles relatives à la dévolution et à l'exercice du pouvoir, sans qu'elles figurent nécessairement dans un texte écrit et sans que l'on se préoccupe exactement de l'auteur du texte ou du pouvoir qui l'a mise en place. Y entrent : le droit électoral, le droit parlementaire, et le statut des partis politiques. Le plus souvent, ces règles ne sont pas considérées comme faisant partie de la Constitution au sens matériel.

#### La Constitution au sens formel

C'est l'ensemble des règles ayant reçu une forme distincte. On identifie la Constitution à partir de son éviction. On est en présence d'une Constitution formelle lorsque son éviction est mise en place par des organes spécifiques. Elle renvoie ici à l'organe qui l'adopte (qui, et comment ?). Il n'est pas illogique qu'un corps de règles émane de cette collectivité. Il faut pouvoir identifier une Constitution comme différente des autres règles qui régissent un État. L'approche matérielle se résume à un contenu de normes, là où l'approche formelle renvoie à une procédure spécifique.

« La Constitution au sens formel est l'ensemble des règles ayant reçu une forme distincte (ce qui est le cas, par hypothèse, de la Constitution écrite) et dont l'édiction, l'élaboration et la révision ne peuvent être réalisées que par un organe spécifique et ou une procédure particulière ».

#### Caractère dissociable des deux optiques

« Il existe des relations entre les deux approches de la Constitution, mais aucune superposition systématique n'est possible. Constitution formelle et règles matériellement législatives : jusqu'en 1978, la Constitution helvétique comportait un article relatif à l'abatage du bétail, les amendements 18 (1919) et 21 (1933) à la Constitution américaine sont relatifs aux boissons alcoolisées – on note donc un décalage entre Constitution formelle et matérielle ».

Le plus souvent, ce qui relève de la Constitution au sens matériel (aménagement des règles, du pouvoir) correspond aux règles de telle importance qu'elles correspondent à la Constitution formelle. Même s'il est vrai qu'il existe une relation entre les deux approches, elles ne se regroupent pas forcément. La Constitution matérielle et les règles formellement



législatives, exemple du droit parlementaire (la Troisième République) et du droit électoral (le code électoral).

## **2 – Constitution souple et Constitution rigide**

### Définitions

Constitution souple : une Constitution est dite souple lorsqu'aucune règle ni aucun organe spécifique ne sont requis pour y apporter une modification. Autrement dit, ladite Constitution est souple parce qu'il suffira de procéder exactement comme pour créer ou modifier une loi ordinaire. Constitution rigide : une Constitution est qualifiée de rigide lorsque sont exigés un organe spécifique et/ou une procédure plus contraignante que celle par laquelle on adopte, révisé ou modifie une loi. Pour apporter une modification des lois, elle doit passer par la Constitution rigide.

### Méfiance à l'endroit des mots

Sous la dalle des mots, on constate « rigidité » et « souplesse » au sens commun et au sens technique (toute Constitution souple n'est pas souple et toute Constitution rigide n'est pas rigide à proprement parler). Exemple : la Constitution d'Angleterre, que Montesquieu avait analysé : elle est souple au sens technique (il est prévu que le Parlement puisse tout faire, même la modifier) mais cela n'implique pas qu'on puisse la réviser à volonté, car les contraintes socio-politiques sont fortes. Autre exemple : la Constitution de la Quatrième République française était rigide sur le plan technique mais souple car la marge de manœuvre du Parlement était telle qu'on pouvait la réviser simplement.

### Pouvoir de révision et pouvoir constituant

Une Constitution rigide nous met en présence d'un organe spécifique sans lequel la Constitution ne peut être modifiée. La rigidité renvoie ici à la question du pouvoir constituant. Une Constitution rigide nous permet de distinguer les pouvoirs constitués (acteurs du pouvoir qui représentent le souverain) et les pouvoirs constituants. On distingue un pouvoir constituant originaire et un pouvoir constituant dérivé. Selon l'approche classique et la distinction du point de vue chronologique : le pouvoir constituant dérivé est le pouvoir pouvant contribuer à la révision d'une Constitution alors que le pouvoir constituant originaire élabore la Constitution. Le pouvoir constituant originaire est celui au-dessus duquel il n'y a rien. Le dérivé, lui, ne serait pas créateur, et n'a de légitimité qu'en vertu de la volonté de son créateur.

Pouvoir constituant (originaire et dérivé) et pouvoir de révision de la Constitution : le pouvoir constituant fait référence au pouvoir de celui qui va constituer quelque chose, c'est donc un pouvoir qui ne peut être inscrit dans la Constitution car il en est l'auteur.

Organe de révision : la place du législatif, de l'exécutif et du peuple et le lien avec l'idée selon laquelle la place respective des organes lors de la révision renseigne sur la nature du régime en place.

Procédure de révision : d'une à trois étapes (initiative, approbation, adoption et/ou ratification). Les organes invités à réviser la Constitution sont souvent très symboliques de la reconnaissance que l'on a pour ces organes en général dans la Constitution. Ces organes

rèvent en miniature l'importance qu'on leur accorde dans la Constitution.

Notes sur la procédure de la révision :

- La Constitution est un texte important.
- La procédure qui la modifie sera longue et méticuleuse.
- La Constitution sera rigide au sens technique.
- Les étapes de sa modification seront nombreuses et lourdes.

Lorsqu'on parle de pouvoir constituant on fait référence à celui qui va constituer quelque chose. Le pouvoir constitué correspond à l'ensemble des pouvoirs qui vont à la fois détenir les compétences du pouvoir mais aussi pour réviser les cas échéants de la Constitution. Le pouvoir constituant originaire est composé du peuple, seul véritable auteur possible unique d'un nouveau texte. Dans le pouvoir constituant dérivé, le pouvoir constitué est là pour la Constitution.

### **3 – Constitution coutumière et Constitution écrite**

#### La Constitution coutumière

Historiquement, il faut constater que les Constitutions n'ont, pendant longtemps, pas été rédigées. Pour qu'un acte juridique existe, il n'est pas nécessaire qu'il soit écrit. Notion de coutume, qui renvoie à un fait matériel à répétition et au sentiment partagé que l'obéissance à cette règle s'impose. Dès lors que la Constitution coutumière existe par un rapport au temps et un sentiment d'obéissance, il y a un flou qui tient au temps.

Rappel historique : les Constitutions coutumières furent les premières (cf. les Lois fondamentales du Royaume). Au sens matériel, les Constitutions ne sont pas incorporées dans un texte, donc elles sont coutumières.

Leur définition renvoie à l'idée de coutume et aux éléments constitutifs de cette dernière (un fait : la répétition ; un sentiment partagé d'obéir à une règle contraignante et s'imposant du dehors). C'est une Constitution faite de phénomènes coutumiers.

Difficultés : imprécision des règles, incertitudes quant au moment où la coutume est constituée ou à l'époque où elle disparaît.

Exemple concret : la Grande-Bretagne (et ses textes ...« historiques »). Elle a à sa disposition un certain nombre de textes très importants dans l'Histoire et très importants pour le droit constitutionnel, comme la Grande Charte de 1215 ou l'Habeas Corpus de 1679.

#### La Constitution écrite

Elle est incarnée par un texte, texte posé par écrit. C'est l'esprit des Lumières qui a milité pour le passage à l'écriture, motivé par une volonté de rupture face aux coutumes, la solennité de l'écrit, normes qui régissent la vie des gouvernés.

Rappel historique : les Constitutions écrites traduisent le grand mouvement d'écriture constitutionnelle initié au 18e siècle, dans la mouvance des « Lumières ».

Définition : par opposition à la Constitution coutumière, la Constitution écrite possède un

corpus généralement unifié de textes et/ou de principes de « gouvernement » considérés comme essentiels.

Il est à préciser une chose au sujet des avantages et inconvénients respectifs d'une Constitution écrite et d'une Constitution coutumière : les avantages de l'une sont les inconvénients de l'autre, et réciproquement :

- Avantage de la Constitution coutumière : colle à la réalité sociopolitique de l'État à un moment déterminé contrairement à la Constitution écrite.
- Avantage de la Constitution écrite : souffre d'imprécision mais elle va y remédier, facilité en ce qui concerne l'accessibilité des textes.

*L'écriture constitutionnelle et la persistance de règles non écrites*

Il ne faut pas confondre Constitution coutumière et coutume constitutionnelle.

Une coutume constitutionnelle est un espace qui se constitue dans l'interstice ou en marge des règles écrites. Ces coutumes se caractérisent par une série concordante de faits constatables (idée de répétition, qui doit être respectée). Il ne faut donc pas distinguer exagérément coutume constitutionnelle et Constitution coutumière.

Le caractère non superposable des deux dernières distinctions.

Le passage par l'écriture constitutionnelle a correspondu à une prise de conscience allant dans le sens d'une précision des règles, qui a accompagné le mouvement de rigidification des Constitutions. En pratique, il existe des Constitutions coutumières qui sont rigides et des Constitutions écrites qui sont souples. On considère que le fait d'écrire la Constitution ne fait pas disparaître tout phénomène coutumier.

*Constitution coutumière et coutume constitutionnelle*

Notion de persistance des coutumes. Même lorsque la Constitution essaie de balayer large et d'envisager nombre d'hypothèses, il est fréquent qu'en pratique les acteurs constitutionnels échafaudent des pratiques absolument non prévues dans les textes. Par exemple, la création du Président du Conseil au cours des 3e et 4e Républiques est une création de la pratique.

*Non-superposition des deux dernières distinctions*

Rigidité/souplesse : valeur attachée au texte suprême. Souvent, une Constitution rigide passe par l'écrit.

Écrit/coutume : forme concrète de la Constitution.

La Constitution rigide écrite est différente de la Constitution souple coutumière. Il existe de rare exception de Constitution écrite mais souple (la Constitution soviétique de 1924).

Constitution rigide et coutumière : les Lois du Royaume sont des lois coutumières qui ne peuvent changer qu'avec l'accord des États généraux.

#### **4 – Constitution et hiérarchie des normes**

A – La Constitution, sommet de la pyramide des normes

*La théorie normativiste de la hiérarchie des normes*

On appelle « hiérarchie des normes » une structure juridique dans laquelle la valeur d'un acte est fonction de la place de son auteur dans les pouvoirs publics. Selon Kelsen, pour qu'un système juridique déterminé fonctionne, il faut que toutes les normes aient les mêmes valeurs. Il faut que toutes les normes soient reliées entre elles par un lien hiérarchique. On doit à Kelsen la mise en place d'une théorie sur la hiérarchie des normes. Il a séparé le droit de la morale et de la religion. Pour lui, aucune norme n'est en soi juridique. Il n'y a pas de règle de droit dans la nature, aucune norme juridique n'a un contenu objectif. L'ordre juridique moderne se caractérise non pas par un lien juridique hiérarchique des normes/valeurs, mais par un lien et des organes juridiques en construction. Tout objet peut devenir un élément de l'ordre juridique avec une place dans la hiérarchie des normes. Il suffit que certains organes habilités adoptent un texte. La validité d'une norme va se mesurer sur le terrain de la validité juridique. Une règle est bien juridique car elle a été étiquetée par un texte juridique. Une règle est bien juridique car elle a été éditée par un organe prévu par un texte supérieur.

Structure de la hiérarchie des normes : la Constitution en est le sommet (de la pyramide). Il existe une hiérarchie très complexe entre les étages de la pyramide des normes. Dans le schéma de Kelsen (ci-dessous), le rapport hiérarchique au sein de la pyramide des droits se révèle de deux manières : soit une norme supérieure habilite un organe à adopter un organe inférieur, soit chaque norme respecte le contenu de la norme qui lui est supérieure (et compatible). Mais le système doit nécessairement être clos (arrêt de la hiérarchie avec la Constitution). Il faut présupposer l'existence d'une norme invisible, que Kelsen va appeler la « norme fondamentale » (« Grundnorm »), qui relève d'un discours logique. Kelsen considère que cette norme doit seulement être supposée pour que la pyramide tienne.



Illustration française : en droit français, la Constitution est considérée comme le sommet de la pyramide des normes. On rend constitutionnel un certain nombre de textes, tels que la DDHC, le préambule du 27 octobre 1946 ou la Charte de l'environnement du 1er Mars 2005. Toutes les révisions du texte constitutionnel ont la même valeur que la Constitution elle-même, d'où l'idée de dynamique de la hiérarchie des normes. Sous la Constitution, on retrouve les traités, les accords internationaux et les accords passés entre les États. C'est la Constitution qui prévoit la procédure de ratification des traités (art 54. Intervention du juge constitutionnel pour vérifier qu'un traité qui vient d'être signé ne méconnaît pas tel ou tel article de la Constitution (compatibilité des traités)). S'il existe une incompatibilité, le traité ne peut pas entrer en vigueur.

Il existe, à côté des traités, toujours inférieures à la Constitution, certaines lois importantes : les lois organiques, qui apportent des précisions à certaines prédispositions constitutionnelles. C'est d'ailleurs la Constitution elle-même qui prévoit que certains de ses aspects soient réglés par une loi organique. On retrouve ensuite des actes à valeur législative, actes qui sont votés par le parlement. Il est normal que les représentants du peuple puissent prendre des actes de grande valeur. La compétence du législateur est prévue dans la Constitution, c'est elle qui donne son existence juridique à la loi. Le juge constitutionnel a été créé pour vérifier que les lois respectent bien la Constitution. Il y aurait également certains actes du président de la république. Ces lois doivent être conformes non seulement à la Constitution mais également aux traités et aux lois organiques. Lorsqu'une loi entre en vigueur, elle l'emporte sur tous les traités antérieurs. Le juge constitutionnel vérifie que les lois sont bien conformes aux lois organiques. Sous les lois, on trouve les actes administratifs. Ces actes sont caractérisés par le fait que, sauf exception, ils sont pris par des organes qui interviennent dans le détail de certaines affaires administratives. Beaucoup d'entre eux sont pris en décrets d'application des lois. Ces actes, pour beaucoup d'entre eux, font vivre de façon concrète une loi, et ne doivent pas être pris en violation de textes de loi existants. Les actes administratifs nationaux l'emportent sur les actes administratifs locaux. Les règlements spéciaux dérogent aux règlements généraux. On ne peut pas faire l'économie de la question de l'interprétation de ces normes. La portée juridique effective de cette différente règle va pour partie dépendre de l'intervention des juges, et de tous les organes compétents pour élaborer ces textes.

Deux questions problématiques apparaissent toutefois :

La hiérarchie au sein de la hiérarchie. Doit-on considérer qu'il peut exister une hiérarchie sur un même étage ? Tous les actes d'un niveau déterminé ont potentiellement la même valeur. Quid de la supra-constitutionnalité ? Existe-t-il à l'intérieur de l'ordonnement juridique certaines normes juridiques qui pourraient plus ou moins s'imposer au constituant ? Peut-on déceler deux normes qui seraient des normes supraconstitutionnelles ? L'enjeu : jusqu'à quel point la volonté du constituant – qui prévoit lui-même les modalités de révision du texte qu'il élabore – est-elle susceptible de changer à tout moment ? Comment comprendre qu'un souverain puisse s'auto-lie ?

*La justice constitutionnelle, instrument de l'efficacité de la Constitution normative*

Il a longtemps manqué un degré dans la réflexion naïve des premiers Constitutionnalistes pour s'assurer que la Constitution serait respectée. Kelsen a, vers 1920, souhaité la mise en place d'organes spécifiques de contrôle des lois, destinés à vérifier que les actes des représentants sont bel et bien conformes à la volonté du souverain. Le Conseil d'État est soumis à la loi et doit la faire respecter. Le juge constitutionnel a vocation à être le gardien du principe de Constitutionnalité. Il interprète la Constitution pour l'imposer aux actes législatifs (cf. le modèle américain, le texte de la Constitution américaine ne prévoit pas l'intervention de la Cour suprême pour contrôler la Constitutionnalité des lois. Cette cour suprême joue le rôle d'une cour de cassation. Si la Constitution est du droit, il faut qu'elle s'impose aux autres règles). Modèle européen : d'un côté, l'arrêt *Marbury v. Madison* (arrêt de la Cour suprême américaine de 1803) justifiant qu'elle avait la compétence pour vérifier la Constitution. Par contraste, pour le système européen, selon Kelsen il est impératif de mettre en place des garanties. Il est nécessaire qu'intervienne un organe pour vérifier que tel rang normatif respecte le rang supérieur. C'est une institution par laquelle le respect des institutions par les lois est contrôlé.

Mise en œuvre concrète de la justice constitutionnelle (on distingue un contrôle abstrait et un

contrôle concret) :

- Le contrôle abstrait est le contrôle qui oblige le juge à envisager la loi dans toutes ses conséquences possibles.
- Le contrôle concret renverrait, lui, davantage à l'idée d'un procès. On envisage une situation déterminée et on envisage la Constitutionnalité de la loi dans une seule affaire.

On distingue aussi le contrôle diffus et le contrôle concentré :

- Le contrôle diffus peut être effectué par n'importe quel organe juridictionnel. Il existe presque toujours à l'occasion d'un contrôle concret : des juges sont confrontés à une question mettant en cause la Constitutionnalité d'une loi.
- Le contrôle concentré, lorsqu'une seule et même juridiction est compétente pour juger de l'ensemble des questions de Constitutionnalité des lois.

### Justice constitutionnelle et État de droit

Doit-on penser que le juge constitutionnel assure la garantie de l'État de droit ? L'État respectera le droit et la Constitution. Deux nuances :

- Si l'État de droit est la soumission du droit qu'il produit, le juge constitutionnel est un organe de l'État. Cela consiste à faire dépendre l'obéissance du droit qu'il produit à un organe de l'État, surtout si l'on se réfère à la légitimité démocratique des juges.
- Les juges constitutionnels sont des hommes, avec des opinions... Qu'apporte l'intervention d'une justice constitutionnelle ayant vocation à censurer les décisions et les lois des représentants ? Compte tenu du mode d'écriture de la Constitution, lorsqu'un juge intervient, il garde une marge de manœuvre politique.

## **Chapitre 2 : L'État, et l'institutionnalisation du pouvoir**

L'État, dans sa forme moderne, a permis la démocratie concrète. Pour les historiens, l'État moderne est né progressivement à partir du moment où le pouvoir central a pris le pas sur les féodalités. D'un point de vue juridique, l'État est le centre d'unité du pouvoir, une personne morale titulaire de la souveraineté mais différente des citoyens et des dirigeants. Chez les philosophes politiques, les visions sont différentes (pour les marxistes l'État est un l'appareil d'oppression, répressif au service de la classe dominante).

### **Section 1 : les critères de l'État**

#### **1 – Un territoire délimité**

Tout territoire est circonscrit par une limite qu'on appelle « frontière ».

A – Les fonctions politiques du territoire

Le territoire a deux fonctions principales :

- Une fonction de rassemblement de la population : le cadre territorial permet de différencier les peuples, d'inscrire la nation dans une réalité concrète. Historiquement, la nation française s'est constituée par un travail de rassemblement territorial. Pour l'État, un territoire déterminé est le bienvenu.
- Une fonction politique du territoire : il faut tracer les limites concrètes d'une influence,

d'une autorité, d'un pouvoir. C'est un cadre de compétence de l'État qui se traduit par le fait que, sur un territoire déterminé, toute la population qui y vit est soumise à la réglementation des mêmes pouvoirs publics. Toute la population bénéficie d'une égale protection de leurs parts. Le territoire, c'est le moyen d'action de l'État.

## B – La signification du droit de l'État sur son territoire

Approche métaphorique : nature d'un droit sur la personnalité de l'État. Les États se comportent un peu, vis-à-vis de l'extension de leurs territoires, comme les Hommes peuvent le faire dans le « Contrat social ». C'est ce qui a incité certains auteurs à voir un rapport de souveraineté. Certains auteurs se sont mis à considérer l'État autrement et ont donc considéré que le droit dont dispose un État sur son territoire serait une forme de droit réel, portant sur le sol, mais en même temps aussi un droit institutionnel. On peut dire que l'État produit des normes obligatoires dans un cadre géographique donné et à l'égard d'une population identifiable. C'est un champ qui relève de la sociologie ou de l'histoire. En droit, les personnes morales et physiques, lorsqu'elles sont rattachées par un lien de rationalité, sont dans un certain régime de droit. D'où la notion de la population.

## 2 – Une population identifiable

### A – Le lien national

Une approche objective est nécessaire. Il faut qu'un ensemble limité et déterminé d'hommes soit soumis à un ordre juridique particulier, seul et unique à l'exclusion de tout autre. C'est la population d'un État. Parfois, le paradoxe – c'est ce qui unit ces personnes – se trouve sous la juridiction d'un sentiment juridique commun. En dehors de ce lien objectif, il peut y avoir de grandes différences au sein de cette population (différences linguistiques, économiques, mentalité, etc.) L'idée d'un vouloir-vivre ensemble est une idée subjective qui cimenter une population. Le lien linguistique est d'une grande importance. C'est l'ensemble des éléments objectifs et subjectifs qui font que les gens font partie d'une même communauté.

### B – Identification d'une population

Il faut faire la distinction entre population et peuple. Le droit international public fait beaucoup plus souvent référence au mot « peuple » qu'au mot « population ». Le traité de Rome évoque « les peuples européens ». En droit constitutionnel français, le mot « peuple » est également plus présent, même si dans notre Constitution, l'article 53 alinéa 3 fait référence au « consentement des populations ». En revanche, le préambule mentionne bien le principe de la « libre identification des peuples... ».

La question de « l'indivisibilité du peuple » a été posée au Conseil constitutionnel, qui a rendu une décision il y a une quinzaine d'années, sur le « statut de la Corse », dans laquelle il détaille ce qu'il faut entendre par « peuple français ». Il a ainsi censuré un article qui souhaitait faire un sort à part au « peuple corse, composante du peuple français ». Le Conseil ajoute que la référence faite au peuple français figure depuis deux siècles dans la Constitution, et que le concept juridique de peuple français a valeur constitutionnelle.

Distinction entre population et nation : la nation renvoie à l'idée d'un peuple structuré par l'État, le fait étant que la notion de nation serait antérieure à celle d'État. Dans un célèbre arrêt Nottebohm du 6 avril 1965, la Cour internationale de justice souligne que la nationalité



est un lien juridique ayant à sa base un fait social de rattachement, une solidarité effective d'existence, d'intérêt, de sentiment, joint à une réciprocité de droit et de devoir.

### C – Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes

Le droit international public a longtemps consacré la notion de « libre disposition » des peuples (Charte des Nations Unies). Ce droit international public a toujours posé des limites à l'autodétermination, et interdit notamment la sécession d'un peuple lorsque celui-ci fait partie d'un État clairement constitué. Le droit interne n'ignore pas ces questions, le titre 12 de la Constitution française relatif à la communauté permet ainsi l'indépendance. Seuls les territoires d'outre-mer peuvent aujourd'hui s'autodéterminer. Le préambule de la Constitution de 1958 comporte un certain nombre de principes relatifs à l'autodétermination (cf. le statut de la Corse que le Conseil constitutionnel a clarifié). L'autodétermination passe par la frange de la population du territoire qui souhaiterait s'autodéterminer, et le territoire français (par référendum).

### 3 – Notion de gouvernement effectif

Traditionnellement, l'État est associé à un centre unique de pouvoir. D'un point de vue extérieur, la question de la légitimité de la force qu'il exerce est une question accessoire.

#### *La puissance de l'État*

Il faut que l'ensemble population-territoire soit soumis à une forme spécifique de pouvoir politique. Il est nécessaire que cette puissance publique soit sans partage. Cette puissance souveraine doit être dégagée de toute obligation d'autres puissances. Il faut qu'il y ait un sens unique de pouvoir.

### B – La reconnaissance de la souveraineté

Les populations n'adhèrent pas toujours librement à cette puissance. Cette notion renvoie à l'acte selon lequel soit un autre État, soit une organisation internationale reconnaît l'existence d'une puissance souveraine. À certains égards, c'est la communauté internationale qui joue le rôle d'État. Il arrive parfois que plusieurs autorités se partagent la souveraineté sur un même territoire et une même population. À qui va aller la reconnaissance de l'État ?

## Section 2 : les formes de l'État

### 1 – L'État unitaire

C'est la forme d'État la plus répandue dans le monde et la plus simple. Elle se définit par une structure unifiée et une concentration plus ou moins affirmée du pouvoir.

#### A – La structure de l'État unitaire

L'État unitaire est celui qui, sur son territoire et pour la population qui y vit, ne comporte qu'une seule organisation politique et juridique, un seul appareil d'État qui sera doté d'indépendance et de souveraineté. Dans la forme d'État qu'est l'État unitaire, cette

organisation politique et juridique est la seule à disposer de l'ensemble des compétences étatiques, ce qui a pour conséquence une liberté sans contrainte dans la détermination et la conduite de la politique nationale. Elle implique que les représentants de cet État soient en contact direct avec la société internationale, ainsi qu'avec les populations et l'ensemble des cadres administratifs et politiques qui structurent cet État. Elle se caractérise enfin par le fait que les gouvernants ne sont restreints ni par la présence d'une organisation au-dessus d'eux qui pourrait être une tutelle, ni par aucune organisation inférieure qui pourrait se situer sur le territoire de l'État. Dans les temps historiques de l'affirmation de l'État, l'affirmation est le plus souvent passée par une centralisation forte.

### *L'État unitaire et les techniques de gouvernement*

Il s'agit d'un État unitaire plus ou moins centralisé, on fait allusion au pouvoir de décision. À partir du critère de plus ou moins grande centralisation, il est possible d'évoquer différentes notions qui sont des modalités de l'État unitaire. On distingue centralisation et déconcentration. Affirmer qu'un État unitaire est centralisé, c'est affirmer qu'aucune décision ne sera prise en dehors du pouvoir central. On conçoit difficilement que l'administration centrale puisse prendre l'ensemble des décisions. L'idée d'une concentration totale poserait dans sa mise en œuvre des problèmes matériels. Les impératifs de la vie administrative ont nuancé la concentration par une certaine dose de déconcentration : aménagement des structures administratives de l'État, aménagement qui consiste pour une personne publique à confier à des représentants des pouvoirs délégués (pouvoirs qu'ils vont exercer au nom et pour le compte de l'État central).

Cette déconcentration se traduit par un aménagement du pouvoir, une certaine répartition des décisions à prendre et le niveau local du pouvoir central, celui où les agents vont intervenir. En France, l'autorité préfectorale incarne cette idée de notion déconcentrée de l'État. Le préfet est une figure de l'État central qui déconcentre ; on délègue au préfet un certain nombre de pouvoirs. Il existe donc des degrés variables. La décentralisation s'explique par des raisons techniques. Elle s'explique par des motifs plus profonds, elle relève d'un choix politique qui fait droit, qui reconnaît l'existence de certaines collectivités inférieures que l'on trouve au sein de l'État. Elle n'est pas étrangère à une approche technique. L'État reconnaît aux populations de certaines collectivités particulières une communauté d'intérêt qui se distingue selon les collectivités. L'État estime qu'il est de bonne politique de considérer que les populations doivent gérer ces intérêts-là ensemble, de façon autonome. Le corollaire fondamental de cette approche, c'est que les décisions qui intéressent les populations seront prises en son nom par l'autorité, qui aura pour caractéristique d'être élue par celles-ci. Dans un cadre de décentralisation, les affaires locales sont gérées par un représentant local élu par les populations. Attention toutefois, cela ne signifie pas que le maire ne peut pas avoir en charge en même temps un certain nombre de décisions qui relèvent de la déconcentration.

Un État même unitaire peut être plus ou moins centralisé. À partir du critère de la plus ou moins grande centralisation, on remarque des oppositions diverses :

Centralisation et déconcentration : affirmer qu'un État unitaire est centralisé revient à dire que toutes les affaires publiques sont traitées par le pouvoir central, souvent la capitale. Une administration pour tout un territoire et toute une population entièrement concentrée + aucune décision en dehors du pouvoir central = asphyxie du pouvoir central (décisions inadéquates, tardives, inappropriées). On a injecté une dose de déconcentration dans l'État unitaire : aménagement des structures administratives, consistant pour une personne publique à confier

à ses agents ou représentants dans certaines circonscriptions administratives des pouvoirs délégués, exercés au nom de l'État. Cette déconcentration suppose une répartition des tâches (cf. le préfet, qui agit en lieu et place de l'État). Le préfet est un agent qui prend des décisions de proximité, mais celles-ci auraient été prises dans les mêmes termes par l'État.

Déconcentration et décentralisation : la déconcentration s'explique par des considérations techniques alors que la décentralisation a des fondements/motifs politiques. Indissociable de la notion de collectivité territoriale, s'appuie sur l'idée selon laquelle les administrés sont liés par des intérêts communs et les affaires locales mieux gérées si elles sont prises en charge par les collectivités locales. Existence de collectivités reconnues en tant que telles dont les organes sont élus par les populations. Question idéologique, incarne une exigence de diversité en face du pouvoir central et le souci du respect de la liberté contre l'autoritarisme étatique, avec en arrière-plan une considération de la démocratie.

Pour une décentralisation territoriale réelle, quatre conditions sont nécessaires :

1. L'existence de personnes publiques distinctes de l'État ayant une personnalité morale propre, un budget autonome, pouvant agir en justice contre l'État (différent du préfet qui appartient à l'État) ;
2. L'origine démocratique ou élective des autorités (différent du préfet nommé par l'État) ;
3. Une certaine distinction entre affaires locales et nationales (la loi pour l'État, les collectivités peuvent établir des règlements) ;
4. Enfin une autonomie véritable par rapport au pouvoir central (le préfet représente l'État, il prend des décisions mais est supplanté par un supérieur, les actes émanant des collectivités ne sont pas subordonnés).

## **2 – La Confédération**

### A – La structure de la Confédération

Elle renvoie au groupement de deux ou plusieurs États dont chacun va conserver sa pleine et entière souveraineté. Elle n'est pas au sens strict un État, mais une association politico-juridique entre deux États distincts souhaitant maintenir ou renforcer une sécurité, deux États qui sont assez proches géographiquement. On neutralise les points de tension entre les deux États et on se renforce d'un point de vue extérieur. La Confédération, dès lors qu'elle relie deux États, repose sur un traité, le « pacte confédéral ». Elle fonctionne selon le régime de l'unanimité. Chaque État conserve sa pleine et entière souveraineté. Elle ne devient jamais elle-même sujette de droit international. La Confédération ne crée aucun espace intermédiaire qui s'interposerait à l'État. L'assemblée (la diète), qui représente les États confédéraux, se voit confier la gestion de certaines affaires.

### B – Illustration historique de la Confédération

On dénombre de nombreux exemples de confédérations, qui représentent souvent une institution transitoire, pour le passage d'un État unitaire vers un État fédéral.

En voici deux illustrations :

- La Confédération helvétique (plus ancienne) : trois cantons se sont associés au 13e siècle dans l'objectif de passer à dix cantons. Ce sont Napoléon et le Congrès de Vienne qui ont reconnu cette confédération, ensuite confirmée par la Constitution du 29 mai 1874.

Aujourd'hui, la forme est un État fédéral qui repose sur une Constitution modifiée en avril 1999.

• Les États-Unis : au lendemain de la guerre d'Indépendance (4 juillet 1776), les treize colonies anglaises (arrivées à bord du Mayflower) ont décidé d'un pacte d'association et, est donc née sur le sol américain une confédération de treize membres qui durera de 1776 à 1787, reposant sur les articles de la confédération, alliance perpétuelle dans laquelle chaque colonie garde son indépendance et sa souveraineté. Un organe unique appelé le Congrès rassemble les représentants des différentes colonies, et les décisions sont prises à l'unanimité. Cette confédération a plutôt mal fonctionné, le Congrès ayant trop peu de pouvoir pour prendre des décisions efficaces.

### **3 – L'État fédéral**

#### **A – Définition de l'État fédéral**

Étymologie : le mot « fédération » indique un acte conventionnel, convention par laquelle deux ou plusieurs groupements politiques vont décider de constituer une structure commune. L'État fédéral est une structure composée, dont l'armature repose sur l'État, ce qui signifie que deux ordres constitutionnels distincts vont se superposer : un ordre constitutionnel fédéral et l'ordre constitutionnel de chacun des États composant la fédération. Les États qui composent cette nouvelle structure vont participer à la formation de la volonté fédérale, et vont en principe composer des champs de compétence. La question de la répartition des compétences entre cette « super structure » est essentielle pour trois raisons : dans un État unitaire, c'est la loi du parlement national qui détermine cette répartition des compétences, avec l'État fédéral, c'est l'autorité constituante (l'autorité de l'ordre constitutionnel supérieur) de la fédération qui décide de la répartition des pouvoirs entre les deux niveaux, sans oublier la détermination du critère de répartition des compétences.

Il peut exister trois grands modèles :

- Les États fédérés gardent en principe tous les pouvoirs qui ne sont pas expressément confiés à la fédération. C'est la clé de répartition la plus classique et la plus logique.
- Le modèle où finalement, par principe, à l'issue du pacte, les pouvoirs sont transférés des États fédérés à l'État fédéral, sauf pour ceux d'entre eux qui en ont expressément stipulé l'interdiction.
- Le modèle du partage.

#### **B – Les principes directeurs du fédéralisme**

Le fédéralisme suit deux principes directeurs : la participation et l'autonomie.

La participation : c'est un principe de la structure fédérale auquel les États membres participent. Il existe dans tous les États fédéraux un principe de double représentation qui se traduit par le fait que nous trouvons au niveau des institutions générales, d'une part une première chambre qui représente la population, et d'autre part une seconde chambre qui représente les États fédérés. La deuxième chambre porte les intérêts des États fédérés.

L'autonomie : à la différence des États qui demeurent souverains, les États fédérés ne sont protégés que par un principe d'autonomie. Les États fédérés dans un espace fédéral ne sont

pas souverains. Les États fédérés sont beaucoup plus libres de leurs mouvements. Le principe d'autonomie des États fédérés a pour conséquence que ces États établissent leur propre Constitution. Ils adoptent des lois et les exécutent... Pour autant, nous ne sommes pas en présence d'une Constitution pleine et entière, c'est en effet la Constitution fédérale qui fixe les compétences, qui détermine ce qui relève de l'un et de l'autre ordre. Ces États ne sont pas habilités à déterminer eux-mêmes ce qui relèvera de leur compétence dans le futur. Les lois des États fédérés devront être dans le pire des cas conformes à la Constitution, et dans le meilleur des cas compatibles avec elle.

#### C – Les illustrations historiques du fédéralisme

Le processus peut être de deux natures distinctes :

- Le processus d'agrégation à partir de deux États existants. Beaucoup d'États fédéraux sont nés d'un rapprochement. Des entités distinctes décident de se rapprocher (l'union fait la force). Les raisons qui peuvent conduire à ce rapprochement sont diverses : menace militaire extérieure poussant à la solidarité, l'expansion d'un espace de commerce, l'amélioration du tissu des réseaux d'échange. Parfois, la création d'une fédération n'est pas le fruit de la volonté des États, mais relève de l'imposition par la force d'un État sur un autre (Constitution de l'Empire allemand).
- Le processus de dissociation à partir d'un seul État unitaire. Il est courant que l'intégration fédérative soit précédée par un espace confédéral, d'où la dissociation de provinces et de régions, qui auparavant étaient les composantes d'un État unitaire. Ce fédéralisme a vocation à se développer dans des États unitaires extrêmement vastes. L'URSS constitue un bon exemple de fédéralisme par dissociation. Avant 1917, la Russie était un empire unitaire, dirigé par l'État tsariste. La révolution fait éclater l'empire, l'unité est rétablie en 1922, et pour désamorcer les revendications nationalistes, une entreprise de fédéralisation de l'ancien empire est organisée, Constitution du 31 janvier 1924.

#### **4 – La recherche de nouvelles formes d'État : l'Europe**

##### A – L'illusion d'un fédéralisme

L'Union européenne n'était à l'origine qu'une union économique. Avec le traité de Maastricht, nous sommes passés à une phase d'intégration plus poussée, dans la mesure où les thèmes, les domaines confiés à l'Union se sont émancipés. L'Europe détient des domaines de compétences importants, qui sont les marques de la souveraineté. Certaines règles juridiques adoptées par l'Union européenne sont directement applicables par les États membres. Notre Constitution elle-même reconnaît cette applicabilité du droit communautaire, et son application spontanée dans l'ordre juridique français. Cela peut faire penser à une structure fédérale. D'autres éléments militent pour rapprocher l'Union européenne : l'attitude de la cour de justice de la communauté, qui depuis très longtemps a considéré comme classée la question des ordres juridiques. Il y a plus de 40 ans que la Cour de justice des communautés européennes a donné son sentiment sur le lien qui unissait l'ordre juridique et les ordres juridiques qui composent les États de l'Union, dans un arrêt de 1964, intitulé Costa contre Enel. Ces éléments justifient qu'au cours des années 1990-2000, juste avant le traité de Nice, beaucoup d'auteurs aient parlé d'une « fédération d'États-nations ». Lors du traité de Nice, a été adoptée une charte qui pouvait déjà paraître comme une déclaration de droits – la première pierre d'un édifice constitutionnel. Le passage d'un traité à une Constitution caractérise une intégration qui nous conduirait vers un espace fédéral.

## B – Une structure de pouvoir originale

Il manque encore à l'U.E. un élément pour être un État. L'acte qui institue l'Union européenne n'est pas une Constitution, mais un traité ayant des effets particuliers. L'acte qui institue l'U.E. ne peut être révisé que par les États qui l'ont élaboré, et non pas par les « pouvoirs constitués ». En même temps, l'U.E. n'est pas une confédération, dans la mesure où si elle n'est fondée que sur des traités, si elle ne dispose que de compétences octroyées par les États, sa puissance d'intégration est en revanche telle qu'elle nous éloigne de plus en plus d'un espace confédéral : nécessité faite à la plupart des États de l'union de modifier leurs Constitutions pour instaurer un espace d'exception au profit de l'U.E. De très nombreuses décisions sont prises non pas à l'unanimité, mais à la majorité de l'espace qui le constitue.

## C – Vers la Constitution européenne

En décembre 2000, les quinze chefs d'États et de gouvernement ont lancé un large débat sur l'avenir de l'Europe et ont adopté une déclaration sur l'avenir de l'Europe. Les quinze ont décidé un an plus tard de convoquer une convention chargée pendant un an de réfléchir aux réformes possibles dans la perspective d'un élargissement de 15 à 25. Les missions de cette convention, présidée par Valéry Giscard d'Estaing, étaient d'étudier la répartition des compétences entre l'union, les États et les régions, la simplification des traités et l'inscription dans le texte de l'union de la fameuse charte (opportunité de créer une « Constitution »), ainsi que la question d'un projet de traité redéfinissant le rôle au sein de l'union de chacun des organes de manière à proposer une nouvelle architecture de l'Union européenne. Le 28 octobre 2002, VGE a présenté un avant-projet avec une première partie relative à l'architecture constitutionnelle de l'Union, et une autre partie consacrée à la répartition des compétences, aux actes juridiques existants au sein de l'U.E., texte ensuite remanié par les représentants des États membres, aboutissant à un projet de Constitution pour l'Europe, soumis à l'ensemble des États composant l'union. C'est ce projet de traité qui fut soumis à référendum en 2005, la réponse négative du peuple français venant marquer un coup d'arrêt à la dynamique européenne.

## **Chapitre 3 : la participation au pouvoir**

L'individu peut lui-même participer à la détermination des personnes qui le gouverneront, et participer à la détermination, de la manière, dont il sera gouverné. Dans le cadre d'un Constitutionnalisme de fondation, l'État moderne suppose que le peuple s'autogouverne ou qu'il agisse par le truchement de ses représentants, et qu'il soit toujours à l'origine du pouvoir.

### **Section 1 : la problématique de la représentation**

#### **1 – Du gouvernement direct au principe représentatif**

A – Le gouvernement direct On doit à la Grèce l'invention de la démocratie directe au fondement de laquelle on retrouve l'idée de l'égalité des citoyens devant la loi. Aristote le résume comme l'art où l'on est gouvernant et gouverné à tour de rôle, alors que la démocratie est le gouvernement où l'on est gouverné par personne. Cette vision implique nécessairement

le droit pour les citoyens de participer à l'assemblée, de participer à l'agora, d'avoir le droit de débattre, d'élire... Le gouvernement direct doit permettre à chacun de s'exprimer directement ; il s'agit d'un gouvernement du peuple par le peuple. Lorsque la taille d'un pays le permet, la question du gouvernement direct trouve une réponse avec des mécanismes d'intervention immédiate des peuples.

Critiques : depuis Platon, il est bien connu que le peuple se caractérise par la versatilité de son opinion, par son caractère influençable. Beaucoup de penseurs libéraux insisteront sur les dangers de confier à une population large la décision de choisir les représentants (problème d'inculture des peuples). Ce qui peut fonctionner dans un État à petite échelle aura du mal à fonctionner avec d'importantes populations sur un vaste territoire.

## B – Principe du gouvernement représentatif

On est toujours dans un schéma de gouvernement du et pour le peuple, mais plus par lui directement. Le gouvernement représentatif médiatise la relation entre le citoyen et le pouvoir, qui passe par la médiation d'un représentant. Il est plus simple de confier à quelques-uns le soin de se réunir pour traiter des affaires communes. Cette justification est doublée par un certain nombre d'arguments : méfiance à l'égard du peuple, qui pourrait à force imposer les pires choses aux minorités. Une assemblée de gens clairvoyant saura gérer les affaires communes. Idée d'une distance symbolique entre le citoyen et le représentant. Le peuple aurait tout juste la clairvoyance à élire les bons représentants.

## 2 – Le concept de représentation

### A – La notion de représentation

On retient trois sens à la notion de « représentation » :

- La « représentation – personnification » : liée à l'approche historique du droit constitutionnel, d'inspiration religieuse : un individu ou un groupe va incarner une autre entité, idée d'incarnation. Au Moyen Âge, lorsqu'on dit que le roi de France est l'État, on est au cœur de la personnification de l'État par le droit. Celui qui représente est l'instrument indispensable à cette représentation. L'État ne peut pas faire l'économie d'un passage par cette représentation (exemple : révolution). Approche mystique. Le représenté s'exprime par la voix du représentant.

- La « représentation – délégation » : plusieurs dimensions, plus juridique. On suppose qu'un individu ou un groupe va déléguer ses pouvoirs à un autre individu ou un autre groupe. Dans cette perspective plus juridique, c'est un mécanisme de droit qui assure le lien entre le représentant et le représenté. X agit pour le compte de Y. On fait comme si le représenté s'exprimait à travers le représentant. Le représentant doit des comptes au représenté.

- La « représentation – mimétique » : ce qui compte c'est l'accent mis sur l'effet de ressemblance susceptible d'apparaître entre le représentant et le représenté. On va se demander si l'assemblée nationale française représente bien le peuple (l'assemblée n'est pas représentative). On parle de représentation à propos d'un objet ayant des caractéristiques semblables à celles d'un autre objet. Elle se caractérise par le fait que les deux objets doivent pouvoir être comparés à tout moment. On la retrouve partout. Il existe un souverain fondamentalement différent des représentants. Il confie l'exercice d'une souveraineté qu'il ne

pourrait pas assumer lui-même à ses représentants.

Le schéma actuel de la représentation nous rapproche de celui de la délégation. Ce qui caractérise la représentation dans les démocraties libérales est que le représenté ne se dissout jamais des représentants.

## B – Critiques de la théorie de la représentation

Critique rousseauiste : la représentation est impossible. Pour Rousseau, l'idéal reste la démocratie directe. Selon lui, il est illusoire de croire qu'il soit possible de représenter la volonté, car même si le représentant peut affirmer aujourd'hui qu'il veut la même chose que son représenté, la volonté est telle qu'il est impossible de s'engager sur l'avenir. La représentation ne peut être qu'une fiction, car, à supposer que le peuple ait une volonté, que signifie au juste une volonté générale ? Que quelques-uns ont les pouvoirs sur les autres...

Critique liée à la pertinence : est-il pertinent d'appliquer au droit constitutionnel les principes qui fonctionnent pour le droit privé ? S'il est facile d'identifier deux personnes (présupposé nécessaire pour la représentation), il est difficile d'identifier les deux entités en droit public. C'est le problème posé par l'existence de la représentation des groupes. Si tous les membres de l'assemblée sont élus, il est difficile d'admettre que 51 sur 100 vont être porteurs de cette volonté. On va cristalliser la notion de volonté générale alors que ce sur quoi repose cette volonté est en mouvement permanent.

## 3 – La signification de la démocratie représentative

### A – Réflexion sur le mandat représentatif

Caractère du mandat : le mandat en droit public va être considéré comme un mandat représentatif. Il s'oppose au mandat impératif. Dans le mandat impératif, le représentant rend des comptes au mandat représenté. On doit mettre en place des impératifs entre les deux mandats (idéal mais impraticable). Le mandat représentatif se caractérise par le fait que le représentant ne rend des comptes que de façon très épisodique au représenté par la voie du mécanisme électoral. En fonction des nouveaux besoins, on peut agir de notre mouvement propre, avec le verrou et la garantie apportée par le système électoral.

Objet du mandat : ce qui est transféré au représentant. Il a pris en charge l'exercice de la souveraineté. Dans la démocratie libérale, l'objet du mandat ne peut être l'exercice de la souveraineté elle-même. La loi devient alors l'expression de la volonté générale (art. 6 : l'acte de la volonté du représentant peut être considéré comme volonté du représenté). Seuls les élus peuvent être considérés comme titulaires de la faculté d'exercer. Il est nécessaire que ceux qui ont décidé à notre place aient été habilités à le faire. Lorsqu'un président est élu, on se retrouve avec deux représentants ayant la même légitimité. Cette façon de concevoir l'objet du mandat (par les seuls élus) correspond à la période moderne. À une autre époque, il existait une déconnexion fondamentale entre la représentation et le mode de représentation du représentant. Le pouvoir originaire doit passer par le peuple.

### B – Les implications modernes de la démocratie représentative

Dans la théorie classique, on distingue trois formes de gouvernements :

- La monarchie



- L'aristocratie
- La démocratie

La théorie classique des formes de gouvernements est inapte à associer le mandat représentatif avec un type de régime particulier. L'approche classique permettait de justifier n'importe laquelle de ces formes de gouvernements, dans la mesure où en Grèce le peuple souverain pouvait faire exercer le pouvoir. On a d'abord assisté à une généralisation du suffrage universel, et ce à quoi correspond le représenté a eu tendance à s'élargir. De plus en plus de personnes ont disposé du droit de vote. L'un des éléments importants est lié à la représentation de l'extension du droit de vote.

En Occident, on a considéré que le représentant n'était légitime que s'il était un groupe. À la fin de la période classique, la démocratie représentative supposait la plus large assiette dans le corps électoral, et un représentant identifié comme étant une chambre ou un gouvernement. Démocratie directe : pas d'intermédiaire, le peuple se choisit un médiateur. Démocratie représentative : superposition fondamentale entre l'élection et la représentation. « La loi n'est l'expression de la volonté générale que dans le respect de la Constitution ».

## **Section 2 : souveraineté nationale et souveraineté populaire**

Il faut déterminer qui sera le détenteur du pouvoir et qui participera à l'élaboration des règles communes.

### La notion de souveraineté

La souveraineté caractérise un être ou une puissance sans limite, absolue. Elle est un principe abstrait qui caractérise l'instance qui détient l'autorité ultime. L'arrière-plan de la souveraineté a pu varier dans le temps. Au Moyen Âge, elle est dictée par des considérations d'ordre religieux. Ce qui caractérise la souveraineté dans le monde contemporain, c'est le fait que l'instance souveraine ne tire sa légitimité que d'elle-même.

### **1 – La souveraineté comme caractère**

La souveraineté est le caractère essentiel de l'État moderne, considérée comme « supérieure » à toute autre entité, qu'elle soit à l'intérieur ou à l'extérieur de l'État. En droit, il existe un lien d'identité entre la souveraineté et l'État. La souveraineté a un caractère indivisible, or si la souveraineté caractérise ce qui est suprême, alors ce qui est suprême est indivisible.

### **2 – La souveraineté comme l'expression d'un pouvoir**

Ce concept renvoie à l'ensemble des pouvoirs de telle ou telle entité qu'un pouvoir peut exercer. L'un des traits distinctifs de la souveraineté, c'est qu'elle a le droit de battre monnaie. On retrouve la question de la divisibilité de la souveraineté. On peut très bien concevoir que les marques de la souveraineté soient réparties entre différents organes. Il faudra admettre que ces expressions ne se situent pas sur le même plan. Caractère ambivalent de la souveraineté.

### La souveraineté entre peuple et nation

La souveraineté est également la qualité de l'être fictif ou réel, au nom de qui est exercé le pouvoir de l'organe souverain. Le peuple, la nation, l'entité sont au cœur des développements. Où se situe l'ultime pouvoir ?

#### A – La souveraineté nationale



Cette notion est associée historiquement à un important révolutionnaire : l'abbé Sieyès (ci-contre). La nation serait selon lui une personne. Article 3 de la déclaration des droits de l'Homme de 1789 : « le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qu'il n'en émane expressément ». Article 1 du titre 3 de la Constitution du 3 septembre 1791 : « la souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible, elle appartient à la nation, aucune section du peuple ne peut s'en attribuer l'exercice ». La nation est une personne morale distincte des individus qui la compose. La nation en tant que personne ne peut être confondue avec la somme des citoyens qui vivent à un moment X ou Y. La nation telle que l'entend Sieyès est un double abstrait. La nation entretient un lien avec le temps. Elle incorpore tous les individus morts, présents et à venir. Elle ne peut être confondue avec les occurrences du peuple. La nation n'est personne en particulier, et c'est pour ça qu'elle doit être souveraine. Le souverain est devenu une entité. L'une des conséquences de la mise en place de cette notion de nation est notamment le caractère inaliénable et indivisible de la souveraineté, la nation englobant le passé, le présent et l'avenir (pas de division possible).

L'effet concret qui apparaît dans le domaine électoral est le droit de suffrage. En effet, dans cette conception de la souveraineté nationale, la souveraineté ne provient pas de la volonté de chaque individu. La conception de la souveraineté nationale n'est pas forcément compatible avec l'idée que chacun ait le droit de suffrage. Il est possible de confier l'expression de la souveraineté nationale à une frange de la nation. L'élection doit permettre de mettre en place l'instance qui va compléter la nation. Autre effet : elle impose la démocratie représentative. La nation en tant que telle est muette.

#### B – La souveraineté populaire

Sur quoi repose la souveraineté ? On retrouve le fondement de la souveraineté populaire avec J-J. Rousseau. Pour lui, il n'existe que des volontés particulières. Dans la Constitution du 24 juin 1793, la souveraineté réside dans le peuple. Chaque section du souverain doit jouir de son droit d'expression avec une entière liberté. Dans la Constitution de l'an 3, du 22 août 1795 :

L'universalité des citoyens français est le souverain. On part de l'individu, qui est considéré comme la source de la souveraineté. Avec Rousseau, chacun a une volonté libre, chacun est souverain. À la notion « d'électorat – fonction » est largement préférée celle « d'électorat – droit ». Si la souveraineté vient du peuple, l'élection est un véritable droit. À cet égard, la conception rousseauiste s'accompagne d'une conception du suffrage comme propriété. Universalité et égalité du suffrage. Tout suffrage restreint est banni de la pensée rousseauiste. Du point de vue de la nature du régime, il est évident que la souveraineté populaire est compatible avec certaines expressions de la démocratie directe. Le peuple a droit de cité dans la Constitution, il est là pour faire valoir ses droits. Le référendum est une technique du gouvernement qui ne relève pas de la démocratie représentative ni de la démocratie directe (on parle de démocratie « semi-directe »). Le terrain d'élection des référendums est le champ d'élection de la matière constitutionnelle. On considère même que le référendum législatif est une voie parallèle. La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce soit par ses représentants, soit par le référendum. Il existe donc deux voies possibles : la voie de la souveraineté nationale et celle où le peuple est susceptible d'intervenir parallèlement au parlement. Il existe de très nombreuses modalités dans la mise en œuvre du référendum : la plus classique consiste à laisser les gouvernants poser la question. Un référendum ne correspond pas tout à fait à l'adoption d'une loi ordinaire. Compte tenu de la contrainte qui pèse au moment où est posée la question, c'est une alternative proposée au peuple, surtout que le risque le plus manifeste dans l'usage du référendum est le celui du dérapage vers un plébiscite. La question doit être formulée de façon claire et non influençable (neutre). Celui qui pose la question engage sa responsabilité.

### **3 – Critique de la distinction**

#### A – Une critique sémantique

L'utilisation qui est faite de la souveraineté nationale et populaire est plutôt aléatoire. Chez De Gaulle, l'emploi des mots « peuple » et « nation » est aléatoire, pour enclencher la légitimité.

#### B – Une critique historique

La Constitution de 1793 proclame que la souveraineté réside essentiellement dans le peuple. On devrait donc y trouver le référendum, le suffrage universel et le mandat impératif. Or, si on rencontre dans ce texte des règles sur le suffrage universel, en revanche, certains passages semblent détonner... « Aucune portion du peuple ne peut exercer puissance du peuple tout entier » – dans la pureté des principes, rien n'interdit de penser qu'une section du peuple peut s'attribuer l'exercice de la souveraineté. Le peuple ressemble ici davantage à la nation. On retrouve dans la Constitution de 1795 toutes les applications que l'on rattache à la souveraineté nationale (suffrage restreint indirect, refus du référendum, etc.) Il convient de retenir qu'en réalité, les concepts de souveraineté nationale et populaire renvoient plutôt à deux grands types historiques. Historiquement, le mouvement général a plutôt conduit à privilégier le mouvement national au mouvement populaire. Cette distinction a fonctionné dans les esprits, surtout à partir de la deuxième moitié du 19<sup>e</sup> siècle. Chez beaucoup d'auteurs, on ne voit pas les conséquences dans le choix de ces deux théories. Avec les expériences impériales, on s'est aperçu de la problématique d'ensemble : le peuple a-t-il vocation à intervenir dans le champ de l'adoption des règles ? Le peuple a-t-il la maturité pour agir directement, ou faut-il des représentants (démocratie représentative) ?

## Section 3 : l'élection, condition de la démocratie

### 1 – Le principe électif

« Eligere » signifie « choisir ». L'élection correspond à une faculté de choix. Le mot « élection » renvoie à des réalités très anciennes (peuple élu dans l'ancien testament, désigné librement par Dieu). Elle se caractérise comme un mode de dévolution du pouvoir, qui suppose un choix, opéré par et au sein d'un groupe, choix qui s'effectue au moyen de mécanismes appropriés.

#### A – La généralisation progressive de l'élection

Historiquement, l'élection est apparue comme le moyen le plus juste pour assurer la représentation des gouvernés par les gouvernants :

- Extension des corps électoraux : au Moyen Âge, la conception hiérarchique du corps social conduit à l'exclusion des gens démunis du vote. Le suffrage universel n'est donc apparu que très progressivement : le suffrage universel masculin est apparu en 1832, alors que le vote des femmes n'a lui été acquis que beaucoup plus tard grâce au rôle important des femmes pendant les épisodes de guerre (1944). Alors même qu'on se sent en démocratie, on observe une restriction du point de vue des corps électoraux.

- Généralisation du phénomène même des élections : extension des corps électoraux, et généralisation de l'élection à de très nombreuses institutions et dans de nombreux domaines. Tous les champs de la vie sociale ont été gagnés par le phénomène électif. Aujourd'hui, l'un des principaux enjeux de l'élection tourne autour de l'élection des juges (question du mode de désignation).

#### B – La transformation de la signification de l'élection

Le droit de suffrage a une face active et une face passive : il recouvre le droit d'élire et droit d'être élu. Ces deux phases sont regroupées sous une bannière qui rapproche le droit de suffrage et les droits fondamentaux. Cette vision qui attache le droit de suffrage à l'individu qui, par sa nature même, a droit de s'exprimer, est une vision contemporaine. Si l'on recule dans l'histoire, on se rend compte que le droit de suffrage exprimait originellement toute autre chose que l'individualisme politique. De nombreuses manifestations de l'élection différaient fortement de l'illustration de l'individualisme politique.

Le suffrage ne renvoyait pas à la volonté d'un individu arbitrant différents choix possibles. Ce n'est que progressivement que le droit de suffrage est devenu l'expression d'une lutte entre les volontés individuelles. Ce n'est qu'au 18e siècle que le droit de vote est apparu au premier plan. L'élection nous pose la question de l'interprétation du droit de vote, mais aussi de la démocratie. Elle aime une condition sine qua non de la démocratie. Elle est devenue l'instrument d'expression du choix des individus. Ceux qui sont désignés sont le reflet de ce qui se dégage des collisions des volontés individuelles. L'élection est-elle suffisante pour incarner le contexte démocratique ? Non, car la professionnalisation de la politique s'est traduite par la mise en place d'appareils de partis, et la professionnalisation de la politique se traduit par le fait que nous n'avons pas le choix des candidats à une élection. Les partis politiques verrouillent la sélection des candidats pour une élection. Il est difficile d'entrer et

de devenir candidat. L'autre problème que pose l'élection est que le représentant élu ne rend souvent pas des comptes. Cette liberté du représentant peut conduire à une confiscation du pouvoir. L'élection ne révèle la démocratie qu'à condition qu'il y ait le choix (pluralisme politique) entre plusieurs tendances, pour que l'ensemble des opinions s'y retrouvent (problème des régimes à parti unique). L'élection n'accompagne la démocratie qu'à la condition que les électeurs aient un minimum de conscience civique.

## 2 – Les modalités du scrutin

Elles ne sont pas neutres car le choix d'un mode de scrutin a des répercussions sensibles sur le résultat.

### A – L'organisation et le déroulement du scrutin

Principe de liberté de l'électeur, qui impose le secret du vote. Technique permettant de garantir la liberté de conscience de l'individu. Cette liberté est aussi la liberté de l'abstention. Qui dit liberté du vote, dit possibilité de s'abstenir, c'est-à-dire de remettre un bulletin blanc ou nul.

Liberté de candidature : il est naturel en démocratie que toute personne pourvue de capacité politique aspire à représenter les intérêts communs. L'incompatibilité n'interdit pas l'acte de candidature. Pas de casier judiciaire, restriction de l'âge pour être candidat. En démocratie, on peut estimer que tout le monde pourrait se proposer candidat. La loi en France impose un comité de parrainage. Pour se présenter, il faut être soutenu par d'autres élus. Jusqu'en 1976, 100 signatures d'élus étaient requises pour qu'un individu puisse candidater. Le seuil des 100 signatures a été jugé faible, d'où depuis le seuil à 500 signatures.

La liberté de candidature est également nuancée par la lourdeur logistique et financière d'une campagne électorale. Il faut savoir jusqu'à quel point les candidats sont libres de leurs mouvements. La question du financement de la campagne électorale est posée. On peut par exemple imaginer un financement sur fond public. Le candidat avance des fonds, s'il atteint un certain seuil, il est remboursé. Les entreprises peuvent aussi subventionner les candidats. À propos de la campagne électorale, sont associés à elles des questions tenant à l'organisation du temps de parole. On est moins dans la liberté du candidat que du côté de la transparence démocratique. La sincérité du scrutin tient au fait que le juge électoral va vérifier que le candidat élu l'a été dans le respect des règles. En cas de fraude électorale (pression sur les électeurs, corruption des candidats, menace physique...), le juge électoral ne va pas sanctionner. Ce qui régit la philosophie générale du contrôle du juge, c'est la dimension de pratique. On n'annule une élection que si le doute ou la fraude a porté sur un nombre de voies ayant porté à remettre en cause l'élection d'un candidat. L'histoire des élections nationales dans les démocraties européennes a été celle d'une confiscation progressive du droit de regard des élus sur une élection. Pendant longtemps, les membres d'une assemblée ont été juge de la régularité d'une élection qu'ils ont porté au pouvoir.

### B – Les formes du scrutin

• Distinction entre scrutin direct et scrutin indirect : en présence d'un scrutin direct, l'électeur désigne directement l' élu (exemple : les membres de la chambre des représentants aux États-Unis, les députés en France...). Dans le scrutin indirect, l' élu n'est plus qu'indirectement l' élu des électeurs primaires. En réalité, dans le scrutin indirect, l' élu est élu par des électeurs qui

eux-mêmes ont été élus et qui procèdent à son élection (cas des électeurs en France, président des États-Unis). Les scrutins indirects s'expliquent souvent historiquement par le caractère vaste des territoires ou une exigence de tempérament : l'élu direct du peuple pourrait être mal choisi, ou être beaucoup trop l'objet d'une passion du moment (d'où une modération).

• Distinction entre le scrutin uninominal et le scrutin de liste : base du nombre de candidats. Avec le scrutin uninominal, on ne vote que pour un seul candidat, et le bulletin ne porte qu'un nom. On met en opposition au scrutin uninominal, le scrutin de liste, qui met l'électeur en position de choisir plusieurs candidats (donc plusieurs noms sur le bulletin de vote). Un tiers des communes de France ont eu du mal à trouver suffisamment de candidats pour trouver un maire. Listes bloquées : l'individu se retrouve avec des listes préconstituées par les partis politiques, et on ne peut pas changer l'ordre des noms. Sur les listes à vote préférentiel, il est possible de changer la place des candidats dans la liste. Lorsque l'on utilise le scrutin uninominal, on privilégie le statut « homme à homme ». Le scrutin de liste a, lui, plus rapport aux idées.

### C – Les différents modes de scrutin

• Scrutin majoritaire : mode de scrutin au terme duquel est proclamé élu le candidat qui a obtenu, relativement ou dans l'absolu, le plus de voix valablement exprimées. Des variantes existent : uninominal ou plurinominal, à un tour ou deux tours. Dans le scrutin majoritaire à un tour, le candidat élu est celui qui a obtenu le plus de voix (pas la majorité). La légitimité de l'élu peut être mise en question. Dans le scrutin majoritaire à deux tours, on cherche à dégager par défaut un élu qui serait tiré d'une majorité d'électeurs, grâce au système du ballottage. N'est élu dès le premier tour que le candidat qui a obtenu la majorité absolue des voix (50 % des voix + 1 voix). S'il ne l'obtient pas, on procède au système du ballottage, le deuxième tour intervient pour départager les deux meilleurs candidats à l'issue du premier tour. À l'issue du deuxième tour, sauf exception d'égalité des voix, l'un des deux candidats obtiendra la majorité absolue.

• Représentation proportionnelle : procède différemment, l'objectif renvoie à une autre conception de la justice représentative. Elle consiste à essayer d'attribuer à chaque parti politique un nombre de siège proportionnel à sa force numérique. Elle a d'abord été pratiquée au Danemark et en Belgique au 19e siècle et a gagné l'Europe après la première guerre mondiale. Il faut distinguer à l'intérieur de la représentation proportionnelle la RP intégrale et la RP approchée. La RP intégrale consiste à choisir comme cadre d'élection une circonscription unique. Le quotient électoral qui va servir à répartir les sièges est calculé en divisant le nombre de suffrages valablement exprimés par le total des sièges à pourvoir. Les différents partis vont obtenir autant de sièges qu'ils auront atteint de fois le quotient électoral. Le problème est que la RP intégrale ne permet pas de rétribuer l'intégralité des sièges à pourvoir car les chiffres ne tombent pas juste, ce qui justifie l'utilisation de la RP approchée. La RP approchée permet de redéployer le nombre de sièges restant à pourvoir. Elle connaît différentes modalités, deux techniques principales existent : la technique de la répartition des sièges restants au plus fort reste, et celle à la plus forte moyenne.

o Technique de la répartition des sièges restants au plus fort reste. Exemple : 200 000 suffrages exprimés (valablement), 5 sièges à pourvoir, 4 partis en lice, partis obtenant respectivement A. 86 000 voix, B. 56 000 voix, C. 38 000 voix et D. 20 000 voix. On calcule le quotient électoral, qui est ici de 40 000 (200 000/5). On divise ensuite le nombre de voix obtenues par chacune des voix, pour voir combien de fois le quotient est réparti. À l'issue de

cette opération, le parti A. a 2 sièges, B. 1 siège, C. et D. aucun siège. On calcule donc les voix inutilisées (restes) et on s'aperçoit que A. en a 6 000, B. 16 000, C. 38 000 et D. 20 000. Les partis ayant les plus forts « restes » vont se voir attribuer un siège en prenant les restes par ordre décroissant (C. et D.). On assiste ici à une surreprésentation du plus grand des partis et à une ventilation des sièges ayant des voix plus courtes.

o Technique de la répartition des sièges restants à la plus forte moyenne. On calcule le quotient électoral et on répartit les sièges en fonction du nombre de voix (même étape que précédemment). On va créer un nouveau quotient répartiteur en utilisant un procédé de fiction. On ajoute un siège fictif pour chacune des listes à l'issue de la première procédure. On a donc A. 3, B. 2, C. et D. 1. On divise ensuite le nombre de voix qu'avait eu chaque parti par le nouveau répartiteur artificiellement créé. Cette division va donner une moyenne : A. 28 666 (86 000/3), B. 28 000 (56 000/2), C. 38 000 (38 000/1) et D. 20 000. On range ces moyennes par ordre décroissant : C. ; A. ; B. ; D.

#### D – Les effets des modes de scrutins

Le choix entre deux modes de scrutins n'est pas anodin. La question du mode de scrutin occupe généralement une bonne partie des premiers mois d'un gouvernement nouvellement au pouvoir. Le choix du mode de scrutin est lourd de conséquences. Triple approche :

• L'effet du choix d'un mode de scrutin du point de vue de la représentation : faire un choix entre les différents scrutins est lourd de conséquences. Le scrutin majoritaire peut à certains égards apparaître comme injuste, et c'est pour cette raison qu'on l'a beaucoup condamné dans l'histoire. Avec le système majoritaire, on pourrait imaginer qu'un parti ou un candidat l'emporte avec la moitié des voix + 1. Il est choquant de se dire que tout X (électeur de cette majorité) a pu par sa simple voix faire basculer le camp de la majorité de l'autre côté (prime à la majorité). Il arrive parfois que ce phénomène connaisse une distorsion fâcheuse, cf. la Loi du cube, modélisée en Angleterre dans les années 50 : avec le scrutin majoritaire, dans certaines conditions, l'écart de représentation dans une assemblée est équivalent au cube de l'écart des voix dans les partis politiques. La RP parvient-elle vraiment à corriger l'effet de distorsion qu'on retrouve dans le scrutin majoritaire ? Oui, car si le principe de la représentation proportionnelle est le fait que la représentation dans l'assemblée soit proportionnelle, on se rapproche de quelque chose de plus juste. Des critiques toutefois : le régime représentatif n'a pas forcément vocation à assurer la représentation de toutes les mouvances du corps social. Ce qui compte, c'est la représentation abstraite de la nation. En outre, sauf à admettre que tous les courants soient représentés, il faut noter la présence d'effets de seuil. Il n'existe aucun système prévoyant l'existence de seuils. Ce seuil a à son niveau le même effet que le scrutin majoritaire, une poignée d'électeurs peut faire basculer le résultat. La représentation proportionnelle vise à corriger cette inégalité dans la représentation.

• Répercussions d'un mode de scrutin sur la répartition des partis politiques : le scrutin majoritaire a un effet « simplificateur ». On constate que dans le cadre d'un système à un tour, le bipartisme figé est encouragé. On vote plutôt contre que pour. Ce phénomène d'anticipation a tendance à décourager la formation de partis politiques. À deux tours, on passe d'un bipartisme figé à une structure bipolaire plus éclatée (sensibilité gauche/droite). On ne peut pas déterminer à partir d'un seul mode de scrutin tous les effets de l'organisation des partis politiques. Les partis politiques sont moins conçus au sein de la représentation proportionnelle. Cette modalité de répartition des sièges a tendance à doper la Constitution de

partis politiques. On peut reconnaître à la RP une prise plus directe des mouvements d'une société à un moment donné.

• Conséquence du choix d'un mode de scrutin sur les institutions politiques : le mérite du scrutin majoritaire est de permettre de gouverner (grâce à une majorité claire, on peut clairement gouverner). Ce constat est toutefois à nuancer, car il n'est vérifié que dans le cadre du scrutin majoritaire à un tour. À deux tours, il est très rare qu'une seule formation ait la majorité des sièges (stratégies de coalitions). Pour la démocratie, il y a un danger de bâillonnement de l'opposition. Par rapport au scrutin majoritaire, la RP fait perdre son intérêt au phénomène de l'alternance. L'un de ses intérêts est qu'on assiste souvent à des débats de fond, de qualité entre les formations politiques (même si elles sont beaucoup trop rares).

Sur le terrain de la représentation politique et de la justice représentative : le scrutin majoritaire est injuste et la représentation proportionnelle est fidèle (correction des inégalités ?).

Sur le système des partis et la structure partisane dans un État donné : l'effet est simplificateur avec le SM, la RP favorise la multiplication des partis modestes.

Sur le fonctionnement des institutions : apparition d'une majorité claire avec le SM, compromis centristes avec le RP. Il n'existe nulle part un système de RP qui ne prévoit pas de seuils et de planchers.

#### **Section 4 : les partis politiques**

*Les partis politiques en contexte pluraliste*

Critique des régimes à compétition politique limitée.

Position du problème.

L'exemple des États marxistes.

Le schéma du parti dominant.

Plaidoyer pour un pluralisme partisan.

La libre compétition entre partis politiques, une condition de la démocratie réelle.

La structure de l'univers partisan : le multipartisme (asymétrique, symétrique ou symétrique avec parti à vocation majoritaire), le bipartisme.

Réflexion sur les typologies : parti de cadre et parti de masses, parti-charnière et parti pivot.

Il y a le pluralisme partisan, c'est-à-dire qu'un État est un État qui pose question sur le sujet de la démocratie. Il peut exister des sélections qui peuvent faire preuve de mascarade.

Certains États peuvent donner une illusion de pourcentage obtenu. En France, on peut voter de manière démocratique et pluraliste.

## **Titre 2 : la classification des régimes politiques et les régimes étrangers**

### **Chapitre 1 : la classification des régimes politiques**

#### **Section 1 : la distinction entre formes de gouvernements et régimes politiques**

##### **1 – Le principe de la distinction**



Il faut distinguer deux notions : d'un côté la forme du pouvoir (ou forme de gouvernement), et de l'autre le régime politique. La forme du gouvernement est une notion plus générale que celle de régime politique. Comme les sociétés sont organisées, on distingue des types de pouvoirs et différentes formes de gouvernements. On a commencé à parler de régimes politiques surtout à partir du moment où des Constitutions matérielles écrites ont posé un certain nombre de règles précises pour le fonctionnement du pouvoir. Quelles sont les exigences modernes de la classification ? Toutes peuvent être classées dans un type de régime politique. Le régime politique peut être identifié grâce à l'analyse des règles qui répartissent les compétences entre les différents organes. La distinction entre forme de pouvoir et gouvernement correspond à la distinction entre, d'une part, le principe de la répartition des compétences, qui renvoie aux formes de gouvernements, et de l'autre les modalités de la répartition des compétences, qui renvoient, elles, à la nature du régime politique.

## **2 – Les différentes formes de gouvernements**

On fait la distinction entre une classification traditionnelle et des typologies plus contemporaines.

### **A – La classification traditionnelle**

La description des formes de gouvernements repose sur la localisation du pouvoir politique dans une société déterminée. On fait donc la distinction entre la monarchie, l'oligarchie, et la démocratie. La distinction la plus fréquente est fondée sur le nombre de ceux qui gouvernent (une seule personne = monarchie ; un petit groupe de personnes = oligarchie ; pouvoir localisé dans la masse = démocratie). On peut ajouter à cette approche un critère qualitatif (exemple : gouvernement des meilleurs = aristocratie). Le gouvernement d'un seul a des vertus (rapidité notamment). Plus une décision doit être prise rapidement, plus la décision prise par une seule personne présente des avantages, mais le pouvoir d'un seul est aussi un inconvénient car les décisions difficiles à prendre sont délicates. Le pouvoir d'un seul nous expose toujours aux risques des caprices du prince. C'est l'inverse pour la démocratie (lenteur car plus de personnes pour décider). La délibération collective a cependant des vertus.

Les avantages et inconvénients des différentes formes de gouvernements ont amené les auteurs postérieurs à déterminer la meilleure forme de gouvernement. À partir d'auteurs, comme Polybe, on a élaboré une théorie du gouvernement mixte, par laquelle on essaye de combiner les avantages procurés par chacune des différentes formes de gouvernements (17<sup>e</sup> siècle, théorie de la séparation des pouvoirs). Le gouvernement mixte assurerait la stabilité du pouvoir, par un partage ou peut être une mise en commun du pouvoir politique. Il s'agirait de faire en sorte que les avantages des trois systèmes soient cumulés. Le roi aurait le dernier mot, mais on donne la parole à la nation. On partage le pouvoir de prendre des décisions politiques, d'adopter des normes. Une assemblée représentant le peuple prend des décisions, mais le monarque peut suspendre cette décision par un veto. Critiques : elle ne rend plus compte aujourd'hui de la réalité des différentes formes de pouvoirs dans les différents États. Au moins deux de ces quatre formes de gouvernements ont disparu avec le temps : démocratie directe, transformation de la monarchie en système oligarchique.

### **B – Les classifications contemporaines**

Quatre typologies se démarquent :

- Celle qui fait la distinction entre les États totalitaires et les États libéraux, depuis les grands travaux d'Aron et Arendt. Il s'agit d'opposer totalitarisme et libéralisme à partir du champ d'application des normes dans ces deux systèmes. Dans les systèmes libéraux, les règles de droit ne régissent positivement que certaines matières et domaines de la vie des gens, domaines dans lesquels les individus se voient simplement prescrire un cadre général d'action. L'autonomie de la volonté des individus reste entière à l'intérieur d'un cadre fixé par le pouvoir. Cette théorie repose directement sur la liberté des droits de l'Homme. La société civile est séparée de la société politique. La société totalitaire correspond à des normes qui vont régir jusqu'à la liberté de conscience et de nombreux domaines de la liberté du citoyen. L'État « absorbe » la société civile. Cette distinction entre forme totalitaire et libérale n'a rien à voir avec les distinctions précédentes. Rien n'interdit de penser qu'un monarque qu'on appellera « despote éclairé » puisse être quelque'un de respectueux des droits et libertés du sujet. À l'inverse, il n'y a pas d'incompatibilité absolue entre approche libérale et totalitarisme. Aucune démocratie n'est à l'abri d'une approche totalitaire.

- Celle qui distingue autocratie et démocratie (par Kelsen), qui remonte à 1945 et qui repose sur une distinction basée sur les grands types de rapports entre les Hommes. Soit les normes sont produites par leurs destinataires (ceux qui sont soumis, cas de la démocratie), soit les normes sont produites par des personnes autres que leurs destinataires, c'est-à-dire par des individus et des organes qui échappent à l'application de ces normes (versant autocratique du pouvoir). On ne rend de comptes qu'à soi-même, et celui qui prend les normes est exempt de subordination. En démocratie, l'auteur de la norme est aussi son destinataire.

- Celle entre les formes de gouvernement pluralistes et les formes de gouvernement monistes. Un gouvernement pluraliste, ou ouvert, est une forme de gouvernement dans laquelle plusieurs hommes participent à la compétition pour le pouvoir de façon légitime, ouvertement, et selon des règles du jeu fixées à l'avance, ceux qui l'emportent vont gouverner les autres pour un temps prédéterminé. Avec la forme de gouvernement moniste, le pouvoir est clos, la compétition pour le pouvoir n'est pas autorisée, c'est le problème du parti unique, qui conduit souvent à la mise en place d'un pouvoir autoritaire ou totalitaire. Cette typologie repose sur la liberté des uns et des autres à participer à la création du pouvoir.

- Celle entre les formes de pouvoir à partir d'une réflexion sur la plus ou moins grande concentration de ce pouvoir dans certaines mains : concentration ou partage du pouvoir. Le pouvoir peut apparaître comme concentré ou divisé, et on peut confronter cette typologie sur les formes de gouvernements (concentrés dans le cadre de la monarchie, très diffus dans le cadre de la démocratie). Il ne faut pas appréhender le pouvoir à partir du nombre de ceux qui le détiennent mais à partir de la manière dont il est exercé (mode d'exercice du pouvoir). Dans cette vision, on peut considérer que le pouvoir est concentré si on analyse les trois premières formes de développement. Il n'est pas faux de dire qu'aussi bien dans la démocratie que dans l'oligarchie ou la monarchie, on assiste à un pouvoir concentré, du point de vue de la forme de l'exercice du pouvoir. Seule la source du pouvoir varie dans les trois cas. En présence de plusieurs personnes, le pouvoir est partagé, mais d'un autre point de vue, le pouvoir est concentré car l'entité le détient dans son ensemble sans partage. Les excès de pouvoir sont possibles car dans chacun de ces cas, le pouvoir est concentré entre les mains d'une seule entité. Dans le gouvernement mixte, on peut considérer que le pouvoir est partagé car il n'appartient pas intégralement à une seule entité. Si l'on essaye d'éclairer les quatre types de gouvernements, on peut parler de pouvoir concentré dans les trois premières formes de gouvernements et de pouvoir partagé dans la dernière. À partir de l'époque du Constitutionnalisme moderne apparaît la théorie de la séparation des pouvoirs.

## Section 2 : la séparation des pouvoirs, critère classique de la typologie des régimes

### 1 – Les origines de la séparation des pouvoirs

#### Une dimension descriptive ancienne



C'est celle qui est liée au fait qu'il est possible de repérer dans l'histoire certaines formes anciennes de la séparation des pouvoirs. On peut repérer des phénomènes de séparation en Occident. Saint Thomas d'Aquin (ci-contre), au 13e siècle, découvre dans la Constitution mixte de Polybe l'équivalent de ce qu'il croit pouvoir trouver dans le gouvernement de l'ancien Israël. Moïse était le roi, un collège de 72 sages était à ses côtés, et les Anciens étaient élus par le peuple. Au 14e siècle, d'autres auteurs (dont Jean de Paris) croient voir un gouvernement de l'Église comme un gouvernement mixte (pape, évêques...). De très fins juristes distinguent alors différentes fonctions du pouvoir. À partir du 15e siècle, beaucoup d'auteurs comprennent qu'un monarque a différentes activités : il peut légiférer, faire exécuter ses décisions et rendre la justice. Il peut prendre des actes généraux et des actes concernant un individu en particulier.

Le roi légifère mais rend aussi la justice. À partir du 16e siècle, la conscience est claire : quelle que soit la forme du pouvoir, ce pouvoir politique se manifeste à partir de différentes fonctions. Il existe d'un côté un pouvoir de légiférer et de l'autre un pouvoir d'exécuter. Ces auteurs remarquent que la société fait comme l'Homme : un individu peut se fixer un programme pour sa journée, il exécute ce qu'il s'est fixé, et le soir il porte un jugement sur les actions qu'il a réalisées. Au 17e siècle, on assiste à la séparation des organes et des fonctions, une approche de la séparation des pouvoirs va être plus descriptive.

#### Une signification prescriptive plus moderne

On avait remarqué que certaines formes de pouvoirs étaient plus respectueuses que d'autres sur certains principes. Question d'approche qualitative : créer différents organes avec différentes fonctions. Dès l'instant où l'individu est devenu la source de la fin du pouvoir

politique, l'idée de séparer des pouvoirs a acquis une signification plus prescriptive. La séparation des pouvoirs est ressentie comme un instrument permettant de réaliser ce pouvoir politique nouveau. À partir du 18e siècle, la séparation des pouvoirs est devenue un instrument politique. Les gouvernants nous représentent et ne peuvent agir sans notre consentement.

*Quelles sont donc les origines directes de la séparation des pouvoirs ?*

Le premier auteur à s'être penché sur la question est un philosophe anglais : John Locke, qui entendait limiter les prérogatives de la monarchie anglaise (« Deuxième traité du gouvernement civil », 1688), loi naturelle donnant à chaque individu un pouvoir sur le monde. Il va rapprocher la société politique dans sa forme d'une certaine conception de l'Homme. (« Tout homme à qui est confié un pouvoir est tenté d'en abuser » Montesquieu). Pour Locke, le représentant qui est au pouvoir sera porté à abuser de son pouvoir, car bien qu'il soit la légitimité liée à une élection ou une nomination, les organes du pouvoir supposant l'intervention des Hommes, ceux qui gouvernent seront tentés d'abuser de ce pouvoir. Si l'on souhaite canaliser le pouvoir et le maintenir dans la mission qui lui est assigné, il n'y a pas d'autre choix que de trouver les meilleures modalités au niveau de la séparation des pouvoirs. C'est en séparant les pouvoirs que l'on annihilera la tentation d'abuser du pouvoir. Il faut trouver un système qui interdise de faire n'importe quoi avec le pouvoir qu'un individu à entre ses mains. Il faut créer à ses côtés des organes pouvant constituer une menace pour le représentant du pouvoir. Pour Locke, il n'est pas possible de concevoir une séparation parfaitement étanche car on ne peut pas identifier une fonction législative, exécutive, et juridictionnelle ; en pratique, pour que le pouvoir d'État soit mis en œuvre, il faut un lien entre ces trois fonctions. Que serait une loi si personne ne l'exécutait ? Autant il est nécessaire de distinguer des fonctions intellectuellement, autant ces fonctions doivent être coordonnées. Il faudra attendre Montesquieu (« De l'esprit des lois ») pour que la séparation des pouvoirs soit clairement énoncée. Il reconnaît lui-même qu'il est influencé par l'expérience anglaise et John Locke. Il s'est intéressé aux pouvoirs politiques à une époque où la monarchie absolue se trouvait à son apogée en France, et aux abus de pouvoirs et aux moyens y remédier. Il finit par conclure que la formule retenue en Angleterre était bonne. Pour éviter les abus inhérents au pouvoir d'un seul, il faut confier l'exercice du pouvoir à différents organes dont chacun aura une fraction de ce pouvoir, tout en faisant en sorte qu'ils se neutralisent.

## 2 – La signification et la portée du principe de séparation des pouvoirs

A – Première lecture : la séparation des pouvoirs vue par les Constituants de l'époque révolutionnaire



Lorsque Montesquieu (ci-contre), en 1748, propose son développement sur la séparation des pouvoirs, il admire le régime anglais et la place que le régime admet à la Chambre des Lords. La séparation des pouvoirs ne ressemble pas vraiment aux développements futurs. Les pouvoirs ne seront pas réellement séparés (transfert du monarque vers une assemblée). On voulait limiter la puissance de l'État, d'où la séparation des pouvoirs. On a donné la possibilité aux monarques en place de limiter le pouvoir législatif de l'assemblée. Certains auteurs ont tenté d'interpréter différemment le principe de Montesquieu. En réalité, Montesquieu avait une seule exigence à l'esprit : il fallait éviter que toutes les fonctions de l'État se trouvent entièrement entre les mains d'un seul et même organe.

#### B – Deuxième lecture : la séparation des pouvoirs revisitée par l'école fonctionnaliste

Montesquieu était un modéré qui voulait éviter une concentration de toutes les fonctions dans les mains d'un seul organe. Si un seul organe peut tout faire, le risque d'un abus de pouvoir est très grand. Montesquieu nous explique implicitement le champ des possibles : la séparation des pouvoirs serait compatible avec le fait que plusieurs organes participent à une même fonction (répartition de la fonction législative entre plusieurs organes...). Cet élément qui répartit une même fonction est une approche modératrice du pouvoir (la séparation des pouvoirs est une prévention contre l'abus de pouvoir).

Montesquieu distingue deux facultés dans la manière de participer à une fonction :

- Une faculté de statuer : faculté d'ordonner par soi-même ou de nuancer ce qui a été ordonné par un autre. Elle s'inscrirait dans une approche constructive de la fonction.
- Une faculté d'empêcher : le droit de rendre nul une résolution prise par un autre organe (un droit de veto reconnu serait une illustration de la faculté d'empêcher).

L'organe qui sera chargé à titre principal de la fonction législative aura dans ce domaine la faculté de statuer (de faire la loi), et on pourrait imaginer que l'organe exécutif, lui, dispose d'une faculté d'empêcher. Le veto royal dans la Constitution de 1791 est une bonne illustration des deux fonctions. On peut considérer que l'organe législatif, dont la mission principale sera la faculté de statuer sur les lois, peut aussi avoir un rôle de vérification de la bonne exécution des lois (pas illégitime). L'étage des organes (approche organique de la séparation des pouvoirs : un seul organe ne doit pas englober toutes les fonctions), puis l'étage des fonctions de l'État (unité du pouvoir d'État + démembrement des fonctions), puis l'étage de participation aux fonctions, soit de manière active et constructive, soit de façon

neutralisante, avec la faculté d'empêcher la mise en œuvre d'une fonction. Il est vrai que même avec Montesquieu, pendant très longtemps, la doctrine n'a pas bien perçu l'importance de la faculté de juger.

### **3 – Les modalités de la séparation**

#### *La séparation rigide et souple*

Nécessité d'articuler les pouvoirs : dès lors qu'on a posé le principe d'une distinction entre les organes et d'une répartition des tâches, la question devient « quelle séparation ? ». La séparation des pouvoirs ne peut être comprise comme un isolement entre les différents organes. Une action unique et harmonieuse de l'État est nécessaire. On ne peut exercer le pouvoir d'État si on ne crée pas une unité d'action. Il est nécessaire que les lois soient bien exécutées et bien jugées. Que deviennent ces deux éléments s'il n'y a pas de juges ? À certains égards, il est nécessaire que les pouvoirs collaborent, car aucun d'entre eux ne peut agir isolément. Il s'agit d'une articulation entre les fonctions et les organes.

Il existe historiquement deux grandes modalités possibles, qui correspondent à deux conceptions :

- Les organes entretiennent des relations qui permettent ensemble l'exercice de telle ou telle fonction.
- L'approche qui repose sur le soupçon que l'on nourrit à l'égard de ceux qui gouvernent. La séparation organique pourrait avoir des limites. Il faut se méfier du pouvoir, et éviter la collaboration de deux organes pour une seule et même fonction. On va donner une responsabilité à chacun des pouvoirs, et on va donner des armes pour neutraliser les autres pouvoirs (veto, dissolution...) – vocation négative (empêcher un organe d'utiliser son pouvoir, obliger implicitement un organe de faire pression sur un autre).

#### B – Distinction entre régime présidentiel et régime parlementaire

Dans le cadre d'une séparation rigide, on est en présence d'un régime présidentiel (un président détient la totalité de la fonction exécutive). Organe législatif : le Congrès, qui ne peut être dissout et qui détient le monopole de la fonction législative. Attribution à chacun des deux organes d'une « arme » qui peut être utilisée pour menacer l'autre : veto présidentiel, et « impeachment » dans les mains du Congrès (contrôle politico-pénal du Congrès des États-Unis). Rapport de défiance.

Le régime parlementaire se caractérise par l'existence d'un dialogue permanent entre les différents organes. Dialogue qui renvoie au fait que dans cette approche les fonctions sont réparties différemment entre les organes. Certes, le parlement va voter la loi, mais le gouvernement peut aussi faire des projets de loi (rapport de confiance dans les deux organes). Reddition de comptes = responsabilité politique du gouvernement. Chacun participe de façon subsidiaire à l'autre, à travers l'initiative législative. Faculté de dissolution, qui serait le prolongement de la rupture du dialogue, et de confiance, supposée exister.

### **Section 3 : la critique de la conception classique de la séparation des pouvoirs**

#### **1 – La multiplication des critiques**

### Les critiques idéologiques

À partir de quel moment passe-t-on d'une collaboration entre les organes à une véritable intrusion d'un organe dans la fonction de l'autre ? Le droit d'amnistier n'est-il pas une intrusion de l'organe législatif dans la fonction juridictionnelle ? Comment comprendre la possibilité de faire peser plus qu'une menace sur l'organe juridictionnel, par la maîtrise qu'a la loi ? Critique de « l'effet de seuil » (c'est-à-dire des limites).

Tous les régimes politiques ne partagent pas l'idée de la séparation des pouvoirs. De nombreux États totalitaires ont considéré qu'il fallait rejeter le principe de séparation des pouvoirs. Il faut que le pouvoir soit modéré au nom du respect des lois. La séparation des pouvoirs révèle que le pouvoir est toujours une menace potentielle pour les individus. Dans les États socialistes, le pouvoir doit être nécessairement fort ; un pouvoir modéré et divisé serait faible dans ce contexte. Les élites sont complices. Pour Marx, la séparation des pouvoirs est une institution de pure façade, qui permet une collusion entre les différents pouvoirs. Unité du pouvoir d'État, critique marxiste et socialiste qu'il fait remplacer par l'action unique de l'État.

### Les critiques pratiques

En réalité, pour beaucoup, le problème tient au fait que derrière la proclamation de principe, la réalité du pouvoir est de plus en plus souvent une réalité de pouvoir concentré. Le régime britannique serait une belle illustration de la concentration des pouvoirs (dans les mains d'un seul parti). L'alternance – et le pluralisme – fait que le pouvoir peut changer de mains – et donc de parti – mais pendant le temps où le parti a le pouvoir, il en dispose dans sa totalité. Le droit de dissolution n'est pratiquement plus utilisé dans la plupart des démocraties libérales. Le droit de veto du président des États-Unis a évolué. Les conditions politiques et institutionnelles ont changé, de telle sorte que la séparation des pouvoirs ne répond plus à ses fonctions (exemple : les parlements ne font plus la loi, ils sont devenus peu adaptés aux exigences de l'État ; les parlementaires sont-ils les mieux placés pour contrôler les lois dans un État gendarme ?). On a vu le centre de gravité législatif sortir des parlements. Le parlement ne fait maintenant plus qu'entériner des lois élaborées ailleurs. Du point de vue de la séparation des organes, on a assisté, dans la plupart des démocraties libérales, au phénomène du fait majoritaire, qui repose sur l'idée selon laquelle, à partir du moment où un parti remporte les élections, il tient les rênes du gouvernement mais aussi les rênes du parlement. Dans ce contexte, comment trouver encore un intérêt dans la séparation des pouvoirs, si les membres d'un parlement et d'un gouvernement veulent la même chose ? Ce que veut le parlement, le gouvernement le voudra également. La dissolution n'est plus pratiquée dans les régimes parlementaires.

## **2 – La reformulation des principes**

### La valeur actuelle de la séparation des pouvoirs

La séparation des pouvoirs est encore évoquée en tant qu'elle a été attachée aux valeurs libérales. Elle n'appartient donc pas encore au passé. Dans la plupart des régimes pluralistes, on invoque toujours la séparation des pouvoirs. Le Conseil constitutionnel a considéré dans une décision du 22 juillet 1980 « Validation d'actes administratifs » que la séparation des pouvoirs serait un principe à valeur constitutionnelle. Les démocraties libérales n'ont rien

inventé de mieux que la séparation des pouvoirs pour freiner les abus. Son principe même reste pertinent. Si l'on veut techniquement trouver de la pertinence, il faut conférer une signification plurielle.

### Les séparations des pouvoirs

Première approche : séparation des pouvoirs constituants et constitués : l'une de ces découvertes se situe au niveau de la nécessité d'une séparation. Le pouvoir souverain est celui du peuple, qui détient le pouvoir constituant au-dessus duquel rien ne se trouve. Si la Constitution est du droit, elle doit être inviolable. Il importe qu'il ne puisse porter atteinte au pouvoir du peuple. Les pouvoirs constitués doivent être clairement séparés des pouvoirs constituants, ce qui signifie que seul le pouvoir constituant doit pouvoir créer les pouvoirs constitués et leur assigner un rôle. La Constitution doit être hors d'atteinte des pouvoirs constitués. Cette vision classique est d'autant plus importante que dans l'histoire les pouvoirs constitués avaient en dernière analyse de mettre entre parenthèses les pouvoirs constituants. Le pouvoir constituant l'emporte donc sur tous les pouvoirs constitués.

À l'époque contemporaine, la séparation des pouvoirs repose sur la réflexion relative au rôle des pouvoirs juridictionnels. La question de l'indépendance des juges est centrale. Dans la mesure où une seule majorité politique va se répartir d'une fausse manière entre l'organe législatif et exécutif, la véritable tension ne se déplaçait pas sur le terrain des juges d'un côté, ni des deux autres pouvoirs de l'autre. Mise en place des juges constitutionnels, expression du remaniement de la séparation des pouvoirs, ils restreignent l'action de deux pouvoirs susceptibles de pouvoir être complices : l'exécutif et le législatif. Faut-il ou non séparer le pouvoir en son sein ? Faut-il que l'organe législatif soit lui-même séparé de manière interne ? Ne peut-on pas craindre d'une chambre seule qu'elle abuse de son pouvoir ? (dans les États unitaires, présence d'une deuxième chambre, « bicaméralisme »).

La séparation des pouvoirs garde donc une pertinence théorique, symbolique, et elle reste un instrument dont la portée est heuristique (explicative). C'est une théorie qui aide encore à comprendre, à décrire certaines réalités, à la condition qu'on lui reconnaisse des significations plurielles.

## **Titre 2 : la classification des régimes politiques et les régimes étrangers**

### **Chapitre 1 : la classification des régimes politiques**

#### **Section 1 : la distinction entre formes de gouvernements et régimes politiques**

##### **1 – Le principe de la distinction**

Il faut distinguer deux notions : d'un côté la forme du pouvoir (ou forme de gouvernement), et de l'autre le régime politique. La forme du gouvernement est une notion plus générale que celle de régime politique. Comme les sociétés sont organisées, on distingue des types de pouvoirs et différentes formes de gouvernements. On a commencé à parler de régimes politiques surtout à partir du moment où des Constitutions matérielles écrites ont posé un certain nombre de règles précises pour le fonctionnement du pouvoir. Quelles sont les exigences modernes de la classification ? Toutes peuvent être classées dans un type de régime



politique. Le régime politique peut être identifié grâce à l'analyse des règles qui répartissent les compétences entre les différents organes. La distinction entre forme de pouvoir et gouvernement correspond à la distinction entre, d'une part, le principe de la répartition des compétences, qui renvoie aux formes de gouvernements, et de l'autre les modalités de la répartition des compétences, qui renvoient, elles, à la nature du régime politique.

## **2 – Les différentes formes de gouvernements**

On fait la distinction entre une classification traditionnelle et des typologies plus contemporaines.

### **A – La classification traditionnelle**

La description des formes de gouvernements repose sur la localisation du pouvoir politique dans une société déterminée. On fait donc la distinction entre la monarchie, l'oligarchie, et la démocratie. La distinction la plus fréquente est fondée sur le nombre de ceux qui gouvernent (une seule personne = monarchie ; un petit groupe de personnes = oligarchie ; pouvoir localisé dans la masse = démocratie). On peut ajouter à cette approche un critère qualitatif (exemple : gouvernement des meilleurs = aristocratie). Le gouvernement d'un seul a des vertus (rapidité notamment). Plus une décision doit être prise rapidement, plus la décision prise par une seule personne présente des avantages, mais le pouvoir d'un seul est aussi un inconvénient car les décisions difficiles à prendre sont délicates. Le pouvoir d'un seul nous expose toujours aux risques des caprices du prince. C'est l'inverse pour la démocratie (lenteur car plus de personnes pour décider). La délibération collective a cependant des vertus.

Les avantages et inconvénients des différentes formes de gouvernements ont amené les auteurs postérieurs à déterminer la meilleure forme de gouvernement. À partir d'auteurs, comme Polybe, on a élaboré une théorie du gouvernement mixte, par laquelle on essaye de combiner les avantages procurés par chacune des différentes formes de gouvernements (17<sup>e</sup> siècle, théorie de la séparation des pouvoirs). Le gouvernement mixte assurerait la stabilité du pouvoir, par un partage ou peut être une mise en commun du pouvoir politique. Il s'agirait de faire en sorte que les avantages des trois systèmes soient cumulés. Le roi aurait le dernier mot, mais on donne la parole à la nation. On partage le pouvoir de prendre des décisions politiques, d'adopter des normes. Une assemblée représentant le peuple prend des décisions, mais le monarque peut suspendre cette décision par un veto. Critiques : elle ne rend plus compte aujourd'hui de la réalité des différentes formes de pouvoirs dans les différents États. Au moins deux de ces quatre formes de gouvernements ont disparu avec le temps : démocratie directe, transformation de la monarchie en système oligarchique.

### **B – Les classifications contemporaines**

Quatre typologies se démarquent :

- Celle qui fait la distinction entre les États totalitaires et les États libéraux, depuis les grands travaux d'Aron et Arendt. Il s'agit d'opposer totalitarisme et libéralisme à partir du champ d'application des normes dans ces deux systèmes. Dans les systèmes libéraux, les règles de droit ne régissent positivement que certaines matières et domaines de la vie des gens, domaines dans lesquels les individus se voient simplement prescrire un cadre général d'action. L'autonomie de la volonté des individus reste entière à l'intérieur d'un cadre fixé par le pouvoir. Cette théorie repose directement sur la liberté des droits de l'Homme. La société

civile est séparée de la société politique. La société totalitaire correspond à des normes qui vont régir jusqu'à la liberté de conscience et de nombreux domaines de la liberté du citoyen. L'État « absorbe » la société civile. Cette distinction entre forme totalitaire et libérale n'a rien à voir avec les distinctions précédentes. Rien n'interdit de penser qu'un monarque qu'on appellera « despote éclairé » puisse être quelqu'un de respectueux des droits et libertés du sujet. À l'inverse, il n'y a pas d'incompatibilité absolue entre approche libérale et totalitarisme. Aucune démocratie n'est à l'abri d'une approche totalitaire.

- Celle qui distingue autocratie et démocratie (par Kelsen), qui remonte à 1945 et qui repose sur une distinction basée sur les grands types de rapports entre les Hommes. Soit les normes sont produites par leurs destinataires (ceux qui sont soumis, cas de la démocratie), soit les normes sont produites par des personnes autres que leurs destinataires, c'est-à-dire par des individus et des organes qui échappent à l'application de ces normes (versant autocratique du pouvoir). On ne rend de comptes qu'à soi-même, et celui qui prend les normes est exempt de subordination. En démocratie, l'auteur de la norme est aussi son destinataire.

- Celle entre les formes de gouvernement pluralistes et les formes de gouvernement monistes. Un gouvernement pluraliste, ou ouvert, est une forme de gouvernement dans laquelle plusieurs hommes participent à la compétition pour le pouvoir de façon légitime, ouvertement, et selon des règles du jeu fixées à l'avance, ceux qui l'emportent vont gouverner les autres pour un temps prédéterminé. Avec la forme de gouvernement moniste, le pouvoir est clos, la compétition pour le pouvoir n'est pas autorisée, c'est le problème du parti unique, qui conduit souvent à la mise en place d'un pouvoir autoritaire ou totalitaire. Cette typologie repose sur la liberté des uns et des autres à participer à la création du pouvoir.

- Celle entre les formes de pouvoir à partir d'une réflexion sur la plus ou moins grande concentration de ce pouvoir dans certaines mains : concentration ou partage du pouvoir. Le pouvoir peut apparaître comme concentré ou divisé, et on peut confronter cette typologie sur les formes de gouvernements (concentrés dans le cadre de la monarchie, très diffus dans le cadre de la démocratie). Il ne faut pas appréhender le pouvoir à partir du nombre de ceux qui le détiennent mais à partir de la manière dont il est exercé (mode d'exercice du pouvoir). Dans cette vision, on peut considérer que le pouvoir est concentré si on analyse les trois premières formes de développement. Il n'est pas faux de dire qu'aussi bien dans la démocratie que dans l'oligarchie ou la monarchie, on assiste à un pouvoir concentré, du point de vue de la forme de l'exercice du pouvoir. Seule la source du pouvoir varie dans les trois cas. En présence de plusieurs personnes, le pouvoir est partagé, mais d'un autre point de vue, le pouvoir est concentré car l'entité le détient dans son ensemble sans partage. Les excès de pouvoir sont possibles car dans chacun de ces cas, le pouvoir est concentré entre les mains d'une seule entité. Dans le gouvernement mixte, on peut considérer que le pouvoir est partagé car il n'appartient pas intégralement à une seule entité. Si l'on essaye d'éclairer les quatre types de gouvernements, on peut parler de pouvoir concentré dans les trois premières formes de gouvernements et de pouvoir partagé dans la dernière. À partir de l'époque du Constitutionnalisme moderne apparaît la théorie de la séparation des pouvoirs.

## Section 2 : la séparation des pouvoirs, critère classique de la typologie des régimes

### 1 – Les origines de la séparation des pouvoirs

### Une dimension descriptive ancienne



C'est celle qui est liée au fait qu'il est possible de repérer dans l'histoire certaines formes anciennes de la séparation des pouvoirs. On peut repérer des phénomènes de séparation en Occident. Saint Thomas d'Aquin (ci-contre), au 13e siècle, découvre dans la Constitution mixte de Polybe l'équivalent de ce qu'il croit pouvoir trouver dans le gouvernement de l'ancien Israël. Moïse était le roi, un collège de 72 sages était à ses côtés, et les Anciens étaient élus par le peuple. Au 14e siècle, d'autres auteurs (dont Jean de Paris) croient voir un gouvernement de l'Église comme un gouvernement mixte (pape, évêques...). De très fins juristes distinguent alors différentes fonctions du pouvoir. À partir du 15e siècle, beaucoup d'auteurs comprennent qu'un monarque a différentes activités : il peut légiférer, faire exécuter ses décisions et rendre la justice. Il peut prendre des actes généraux et des actes concernant un individu en particulier.

Le roi légifère mais rend aussi la justice. À partir du 16e siècle, la conscience est claire : quelle que soit la forme du pouvoir, ce pouvoir politique se manifeste à partir de différentes fonctions. Il existe d'un côté un pouvoir de légiférer et de l'autre un pouvoir d'exécuter. Ces auteurs remarquent que la société fait comme l'Homme : un individu peut se fixer un programme pour sa journée, il exécute ce qu'il s'est fixé, et le soir il porte un jugement sur les actions qu'il a réalisées. Au 17e siècle, on assiste à la séparation des organes et des fonctions, une approche de la séparation des pouvoirs va être plus descriptive.

### Une signification prescriptive plus moderne

On avait remarqué que certaines formes de pouvoirs étaient plus respectueuses que d'autres sur certains principes. Question d'approche qualitative : créer différents organes avec différentes fonctions. Dès l'instant où l'individu est devenu la source de la fin du pouvoir politique, l'idée de séparer des pouvoirs a acquis une signification plus prescriptive. La séparation des pouvoirs est ressentie comme un instrument permettant de réaliser ce pouvoir politique nouveau. À partir du 18e siècle, la séparation des pouvoirs est devenue un instrument politique. Les gouvernants nous représentent et ne peuvent agir sans notre consentement.

## Quelles sont donc les origines directes de la séparation des pouvoirs ?

Le premier auteur à s'être penché sur la question est un philosophe anglais : John Locke, qui entendait limiter les prérogatives de la monarchie anglaise (« Deuxième traité du gouvernement civil », 1688), loi naturelle donnant à chaque individu un pouvoir sur le monde. Il va rapprocher la société politique dans sa forme d'une certaine conception de l'Homme. (« Tout homme à qui est confié un pouvoir est tenté d'en abuser » Montesquieu). Pour Locke, le représentant qui est au pouvoir sera porté à abuser de son pouvoir, car bien qu'il soit la légitimité liée à une élection ou une nomination, les organes du pouvoir supposant l'intervention des Hommes, ceux qui gouvernent seront tentés d'abuser de ce pouvoir. Si l'on souhaite canaliser le pouvoir et le maintenir dans la mission qui lui est assigné, il n'y a pas d'autre choix que de trouver les meilleures modalités au niveau de la séparation des pouvoirs. C'est en séparant les pouvoirs que l'on annihilera la tentation d'abuser du pouvoir. Il faut trouver un système qui interdise de faire n'importe quoi avec le pouvoir qu'un individu à entre ses mains. Il faut créer à ses côtés des organes pouvant constituer une menace pour le représentant du pouvoir. Pour Locke, il n'est pas possible de concevoir une séparation parfaitement étanche car on ne peut pas identifier une fonction législative, exécutive, et juridictionnelle ; en pratique, pour que le pouvoir d'État soit mis en œuvre, il faut un lien entre ces trois fonctions. Que serait une loi si personne ne l'exécutait ? Autant il est nécessaire de distinguer des fonctions intellectuellement, autant ces fonctions doivent être coordonnées. Il faudra attendre Montesquieu (« De l'esprit des lois ») pour que la séparation des pouvoirs soit clairement énoncée. Il reconnaît lui-même qu'il est influencé par l'expérience anglaise et John Locke. Il s'est intéressé aux pouvoirs politiques à une époque où la monarchie absolue se trouvait à son apogée en France, et aux abus de pouvoirs et aux moyens y remédier. Il finit par conclure que la formule retenue en Angleterre était bonne. Pour éviter les abus inhérents au pouvoir d'un seul, il faut confier l'exercice du pouvoir à différents organes dont chacun aura une fraction de ce pouvoir, tout en faisant en sorte qu'ils se neutralisent.

## **2 – La signification et la portée du principe de séparation des pouvoirs**

A – Première lecture : la séparation des pouvoirs vue par les Constituants de l'époque révolutionnaire



Lorsque Montesquieu (ci-contre), en 1748, propose son développement sur la séparation des pouvoirs, il admire le régime anglais et la place que le régime admet à la Chambre des Lords. La séparation des pouvoirs ne ressemble pas vraiment aux développements futurs. Les pouvoirs ne seront pas réellement séparés (transfert du monarque vers une assemblée). On voulait limiter la puissance de l'État, d'où la séparation des pouvoirs. On a donné la possibilité aux monarques en place de limiter le pouvoir législatif de l'assemblée. Certains auteurs ont tenté d'interpréter différemment le principe de Montesquieu. En réalité, Montesquieu avait une seule exigence à l'esprit : il fallait éviter que toutes les fonctions de l'État se trouvent entièrement entre les mains d'un seul et même organe.

## B – Deuxième lecture : la séparation des pouvoirs revisitée par l'école fonctionnaliste

Montesquieu était un modéré qui voulait éviter une concentration de toutes les fonctions dans les mains d'un seul organe. Si un seul organe peut tout faire, le risque d'un abus de pouvoir est très grand. Montesquieu nous explique implicitement le champ des possibles : la séparation des pouvoirs serait compatible avec le fait que plusieurs organes participent à une même fonction (répartition de la fonction législative entre plusieurs organes...). Cet élément qui répartit une même fonction est une approche modératrice du pouvoir (la séparation des pouvoirs est une prévention contre l'abus de pouvoir).

Montesquieu distingue deux facultés dans la manière de participer à une fonction :

- Une faculté de statuer : faculté d'ordonner par soi-même ou de nuancer ce qui a été ordonné par un autre. Elle s'inscrirait dans une approche constructive de la fonction.
- Une faculté d'empêcher : le droit de rendre nul une résolution prise par un autre organe (un droit de veto reconnu serait une illustration de la faculté d'empêcher).

L'organe qui sera chargé à titre principal de la fonction législative aura dans ce domaine la faculté de statuer (de faire la loi), et on pourrait imaginer que l'organe exécutif, lui, dispose d'une faculté d'empêcher. Le veto royal dans la Constitution de 1791 est une bonne illustration des deux fonctions. On peut considérer que l'organe législatif, dont la mission principale sera la faculté de statuer sur les lois, peut aussi avoir un rôle de vérification de la bonne exécution des lois (pas illégitime). L'étage des organes (approche organique de la séparation des pouvoirs : un seul organe ne doit pas englober toutes les fonctions), puis l'étage des fonctions de l'État (unité du pouvoir d'État + démembrement des fonctions), puis l'étage de participation aux fonctions, soit de manière active et constructive, soit de façon neutralisante, avec la faculté d'empêcher la mise en œuvre d'une fonction. Il est vrai que même avec Montesquieu, pendant très longtemps, la doctrine n'a pas bien perçu l'importance de la faculté de juger.

## **3 – Les modalités de la séparation**

### La séparation rigide et souple

Nécessité d'articuler les pouvoirs : dès lors qu'on a posé le principe d'une distinction entre les organes et d'une répartition des tâches, la question devient « quelle séparation ? ». La séparation des pouvoirs ne peut être comprise comme un isolement entre les différents organes. Une action unique et harmonieuse de l'État est nécessaire. On ne peut exercer le pouvoir d'État si on ne crée pas une unité d'action. Il est nécessaire que les lois soient bien exécutées et bien jugées. Que deviennent ces deux éléments s'il n'y a pas de juges ? À certains égards, il est nécessaire que les pouvoirs collaborent, car aucun d'entre eux ne peut

agir isolément. Il s'agit d'une articulation entre les fonctions et les organes.

Il existe historiquement deux grandes modalités possibles, qui correspondent à deux conceptions :

- Les organes entretiennent des relations qui permettent ensemble l'exercice de telle ou telle fonction.
- L'approche qui repose sur le soupçon que l'on nourrit à l'égard de ceux qui gouvernent. La séparation organique pourrait avoir des limites. Il faut se méfier du pouvoir, et éviter la collaboration de deux organes pour une seule et même fonction. On va donner une responsabilité à chacun des pouvoirs, et on va donner des armes pour neutraliser les autres pouvoirs (veto, dissolution...) – vocation négative (empêcher un organe d'utiliser son pouvoir, obliger implicitement un organe de faire pression sur un autre).

## B – Distinction entre régime présidentiel et régime parlementaire

Dans le cadre d'une séparation rigide, on est en présence d'un régime présidentiel (un président détient la totalité de la fonction exécutive). Organe législatif : le Congrès, qui ne peut être dissout et qui détient le monopole de la fonction législative. Attribution à chacun des deux organes d'une « arme » qui peut être utilisée pour menacer l'autre : veto présidentiel, et « empeachment » dans les mains du Congrès (contrôle politico-pénal du Congrès des États-Unis). Rapport de défiance.

Le régime parlementaire se caractérise par l'existence d'un dialogue permanent entre les différents organes. Dialogue qui renvoie au fait que dans cette approche les fonctions sont réparties différemment entre les organes. Certes, le parlement va voter la loi, mais le gouvernement peut aussi faire des projets de loi (rapport de confiance dans les deux organes). Reddition de comptes = responsabilité politique du gouvernement. Chacun participe de façon subsidiaire à l'autre, à travers l'initiative législative. Faculté de dissolution, qui serait le prolongement de la rupture du dialogue, et de confiance, supposée exister.

## **Section 3 : la critique de la conception classique de la séparation des pouvoirs**

### **1 – La multiplication des critiques**

#### *Les critiques idéologiques*

À partir de quel moment passe-t-on d'une collaboration entre les organes à une véritable intrusion d'un organe dans la fonction de l'autre ? Le droit d'amnistier n'est-il pas une intrusion de l'organe législatif dans la fonction juridictionnelle ? Comment comprendre la possibilité de faire peser plus qu'une menace sur l'organe juridictionnel, par la maîtrise qu'a la loi ? Critique de « l'effet de seuil » (c'est-à-dire des limites).

Tous les régimes politiques ne partagent pas l'idée de la séparation des pouvoirs. De nombreux États totalitaires ont considéré qu'il fallait rejeter le principe de séparation des pouvoirs. Il faut que le pouvoir soit modéré au nom du respect des lois. La séparation des pouvoirs révèle que le pouvoir est toujours une menace potentielle pour les individus. Dans les États socialistes, le pouvoir doit être nécessairement fort ; un pouvoir modéré et divisé serait faible dans ce contexte. Les élites sont complices. Pour Marx, la séparation des pouvoirs

est une institution de pure façade, qui permet une collusion entre les différents pouvoirs. Unité du pouvoir d'État, critique marxiste et socialiste qu'il fait remplacer par l'action unique de l'État.

### Les critiques pratiques

En réalité, pour beaucoup, le problème tient au fait que derrière la proclamation de principe, la réalité du pouvoir est de plus en plus souvent une réalité de pouvoir concentré. Le régime britannique serait une belle illustration de la concentration des pouvoirs (dans les mains d'un seul parti). L'alternance – et le pluralisme – fait que le pouvoir peut changer de mains – et donc de parti – mais pendant le temps où le parti a le pouvoir, il en dispose dans sa totalité. Le droit de dissolution n'est pratiquement plus utilisé dans la plupart des démocraties libérales. Le droit de veto du président des États-Unis a évolué. Les conditions politiques et institutionnelles ont changé, de telle sorte que la séparation des pouvoirs ne répond plus à ses fonctions (exemple : les parlements ne font plus la loi, ils sont devenus peu adaptés aux exigences de l'État ; les parlementaires sont-ils les mieux placés pour contrôler les lois dans un État gendarme ?). On a vu le centre de gravité législatif sortir des parlements. Le parlement ne fait maintenant plus qu'entériner des lois élaborées ailleurs. Du point de vue de la séparation des organes, on a assisté, dans la plupart des démocraties libérales, au phénomène du fait majoritaire, qui repose sur l'idée selon laquelle, à partir du moment où un parti remporte les élections, il tient les rênes du gouvernement mais aussi les rênes du parlement. Dans ce contexte, comment trouver encore un intérêt dans la séparation des pouvoirs, si les membres d'un parlement et d'un gouvernement veulent la même chose ? Ce que veut le parlement, le gouvernement le voudra également. La dissolution n'est plus pratiquée dans les régimes parlementaires.

## **2 – La reformulation des principes**

### La valeur actuelle de la séparation des pouvoirs

La séparation des pouvoirs est encore évoquée en tant qu'elle a été attachée aux valeurs libérales. Elle n'appartient donc pas encore au passé. Dans la plupart des régimes pluralistes, on invoque toujours la séparation des pouvoirs. Le Conseil constitutionnel a considéré dans une décision du 22 juillet 1980 « Validation d'actes administratifs » que la séparation des pouvoirs serait un principe à valeur constitutionnelle. Les démocraties libérales n'ont rien inventé de mieux que la séparation des pouvoirs pour freiner les abus. Son principe même reste pertinent. Si l'on veut techniquement trouver de la pertinence, il faut conférer une signification plurielle.

### Les séparations des pouvoirs

Première approche : séparation des pouvoirs constituants et constitués : l'une de ces découvertes se situe au niveau de la nécessité d'une séparation. Le pouvoir souverain est celui du peuple, qui détient le pouvoir constituant au-dessus duquel rien ne se trouve. Si la Constitution est du droit, elle doit être inviolable. Il importe qu'il ne puisse porter atteinte au pouvoir du peuple. Les pouvoirs constitués doivent être clairement séparés des pouvoirs constituants, ce qui signifie que seul le pouvoir constituant doit pouvoir créer les pouvoirs constitués et leur assigner un rôle. La Constitution doit être hors d'atteinte des pouvoirs constitués. Cette vision classique est d'autant plus importante que dans l'histoire les pouvoirs constitués avaient en dernière analyse de mettre entre parenthèses les pouvoirs constituants.

Le pouvoir constituant l'emporte donc sur tous les pouvoirs constitués.

À l'époque contemporaine, la séparation des pouvoirs repose sur la réflexion relative au rôle des pouvoirs juridictionnels. La question de l'indépendance des juges est centrale. Dans la mesure où une seule majorité politique va se répartir d'une fausse manière entre l'organe législatif et exécutif, la véritable tension ne se déplaçait pas sur le terrain des juges d'un côté, ni des deux autres pouvoirs de l'autre. Mise en place des juges constitutionnels, expression du remaniement de la séparation des pouvoirs, ils restreignent l'action de deux pouvoirs susceptibles de pouvoir être complices : l'exécutif et le législatif. Faut-il ou non séparer le pouvoir en son sein ? Faut-il que l'organe législatif soit lui-même séparé de manière interne ? Ne peut-on pas craindre d'une chambre seule qu'elle abuse de son pouvoir ? (dans les États unitaires, présence d'une deuxième chambre, « bicaméralisme »).

La séparation des pouvoirs garde donc une pertinence théorique, symbolique, et elle reste un instrument dont la portée est heuristique (explicative). C'est une théorie qui aide encore à comprendre, à décrire certaines réalités, à la condition qu'on lui reconnaisse des significations plurielles.

## **Chapitre 2 : les régimes étrangers par l'exemple**

### **Section 1 : le régime présidentiel des États-Unis**

#### **1 – La Constitution des origines**

##### *Aperçu historique et contexte*

Les Américains ont toujours eu un regard sur l'Europe. On peut comprendre pourquoi les Anglais ont toujours eu une attitude partagée, le lien historique est profond et complexe. Taille impressionnante du territoire, caractère jeune d'un État nouveau, culture dans laquelle le « melting pot » est prédominant, pays où les divergences politiques sont peu marquées. Ces éléments sont déterminants pour comprendre le schéma institutionnel des États-Unis. Les treize colonies originaires étaient très différentes les unes des autres, tant sur le plan juridique que religieux. Il existait simplement une homogénéité de langue et une unité qui se consolidera par un effet de solidarité. L'essor industriel de certaines colonies anglaises a été source de dissensions avec la mère patrie, avant ensuite que des conflits de plus en plus aigus n'apparaissent entre la couronne d'Angleterre et les colonies. 4 juillet 1776 : la déclaration d'indépendance des États-Unis est adoptée par le Congrès continental, instance de liaison chargée de conduire la guerre au nom de l'ensemble des colonies contre l'Angleterre. Cette déclaration comporte des idées libérales qui seront importantes par la suite (participation au gouvernement, gouvernement autonome des États fédérés par rapport à une fédération, égalité entre tous). N'importe quel gouvernement doit être établi pour garantir la paix des individus, tout gouvernement qui s'en éloignerait doit être destitué, il faut faire une union. La guerre contre la couronne d'Angleterre continuera jusqu'en 1781. En réalité, on a assisté à des développements de l'Union américaine en deux phases :

- À partir de 1777, les Américains créent une confédération par un traité (14 novembre) qui organise une « ligue d'amitié » avec seulement le Congrès pour organe, assemblée de diplomates représentant les colonies. Mais le manque de moyens et un champ de compétences



limité mènent à un échec. Les pouvoirs étaient mal séparés. C'est un ensemble de dysfonctionnements qui a conduit à une deuxième détente.

- 1786, transformation d'un État confédéral en un État fédéral.

### *La Constitution de 1787*

Le régime anglais est considéré comme un modèle. Il faut nécessairement brancher la réflexion sur la rédaction d'une Constitution. Les Américains ont été traumatisés historiquement par la violence des rois, ce qui va les conduire à vivre le pouvoir de façon « libéricide » (chose qui tue la liberté). Ils veulent neutraliser tout pouvoir. En même temps, le texte de 1787 se voudra la transposition républicaine de certaines institutions britanniques. Pas d'exécutif trop fort, mais en même temps manque d'un exécutif fort pendant les années de confédération. Il faut donc à la fois qu'un pouvoir législatif existe, sans pour autant qu'il ne devienne trop fort. Il doit être contrebalancé par un pouvoir exécutif non nocif. Le meilleur gouvernement sera celui qui gouvernera le moins, car tout pouvoir est nuisible.



Les Américains vont donc chercher l'équilibre, pour préserver les individus et les États qui vont accepter de s'unir. La question fédérale sera au centre des débats. Harmonisation entre les compétences de l'État, et les compétences au profit des États fédérés. La Constitution américaine s'appuie aussi sur les expériences des colonies, car ces textes ont inspiré les constituants de Philadelphie. La Constitution de 1787 se présente comme un texte équilibré. Le régime américain ne sera pas présidentiel en 1787. Chacun est à sa place, le Congrès fait la loi, le président l'exécute, et le pouvoir judiciaire juge, chacune des trois fonctions est incarnée par un organe particulier. Idée de balance des pouvoirs. L'objectif central est d'assurer la sûreté du peuple et la préservation de ses droits. Le peuple doit toujours se méfier du pouvoir. Chaque pouvoir va disposer d'éléments pouvant faire contrepoids et équilibrer le système. John Adams écrit en 1814 que la Constitution comporterait huit balances des pouvoirs (dans l'organisation du suffrage, dans l'organisation des pouvoirs publics, balance entre le législatif et l'exécutif, entre le Sénat et le président national, entre le pouvoir judiciaire et les autres pouvoirs). Balances fédérales, entre les États fédérés et l'État fédéral. Ces balances contribuent à une stabilité du système. Séparation rigide des pouvoirs, car il n'existe pas de mécanisme de collaboration entre les différents organes. Découverte de

mécanismes de coutumes, d'usages, fondement même du système (cf. l'empêchement, qui repose sur une balance des pouvoirs). Faculté d'empêcher, qui passe par une balance des pouvoirs. Le rapport entre le Congrès et le président est un rapport de défiance. En face, on retrouve le veto présidentiel, qui est une arme, preuve d'une faculté d'empêcher. Il est là pour obliger le Congrès à prendre en compte certaines orientations présidentielles. Pouvoir judiciaire, couronné par une Cour suprême qui est à la tête d'un édifice juridictionnel. La Constitution américaine avait pour vocation première de garantir la sécurité des individus. Question du fédéralisme qui a conduit trois auteurs, Hamilton, Jay et Madison, à produire une série de d'articles intitulée « Le Fédéraliste ». La parution de ces textes a recentré les débats sur la question fédérale. Les conflits étaient tellement vifs que cette question est passée au second rang. C'est en 1789 qu'une première liste de droits fondamentaux est énumérée par Madison.

## 2 – Le contexte démocratique

### A – Les forces organisées

Les partis politiques : rapport particulier. Le bipartisme qui domine exclue les extrémismes politiques. Le schéma binaire classique renvoie dos à dos les républicains et les démocrates. La discipline de vote n'est pas aussi marquée. On peut assister à des clivages qui ne rendent pas compte des clivages classiques (démocrates vs. républicains). Le bipartisme n'est pas aussi marqué qu'en Grande-Bretagne. Les bases des deux grands partis sont relativement proches. Ces partis ne sont pas des partis de cadre structuré, mais ils se caractérisent par une forte décentralisation. Les instances nationales existent mais n'apparaissent que rarement. Les organisations locales ressortent plus. Rôle de désignation des candidats. Les partis sont décisifs, c'est le point de passage obligé. Les rôles de pression jouent un rôle structurant.

Rôle central des groupes de pressions : influence inversement proportionnelle à celle des partis politiques. Eux n'ambitionnent pas de prendre le pouvoir, ils cherchent plus à influencer le pouvoir. Ils défendent certains intérêts spécifiques et se présentent sous deux formes distinctes : certains sont bien structurés et institutionnalisés, d'autres restent plus informels, inorganisés. Regroupements objectifs (traits communs d'origine, ethnies, religions). Ils auront plus d'impact car leurs membres peuvent s'identifier à une cause particulière. Le fait que ces groupes de pressions plus volatils n'aient pas de structures n'empêche pas leur influence politique car ils peuvent constituer numériquement une masse (lobby). Les groupes de pression sont extrêmement influents, et ils sont reconnus et officialisés. Ils n'ont pas forcément le même rôle occulte qu'ont les groupes de pression en France (il y a un risque d'abus, mais tout se fait au grand jour). Tous les lobbies ont le droit d'influencer les groupes politiques. Les lobbies ont un statut beaucoup plus institutionnalisés qu'en France, car basés sur la professionnalisation. La plupart des lobbies vivent grâce à des cotisations et des donations, et un registre doit être déposé devant les deux chambres fédérales sur lequel figure le nom de tous les représentants des groupes de pression pouvant influencer les politiques. Il existe dans les projets en France l'idée d'un calque de ce qui se passe aux États-Unis.

### B – Le système électoral

Aux États-Unis, le rapport entre l'élection et la représentation est un rapport étroit, utilisé pour la désignation des fonctionnaires, comme pour l'élection des dirigeants, ainsi que pour

les juges. La contrepartie, c'est que l'électeur américain est sollicité en permanence. Entre le niveau national ou local, l'électeur américain est toujours en campagne. On élit le président, le gouverneur, le shérif, le juge, le représentant du Congrès. L'abstentionnisme est souvent très fort (54 % avaient votés en 1992 pour l'élection du président). La législation électorale relève de la compétence des États fédérés. Le scrutin majoritaire à un tour est le plus souvent retenu.



Systeme des primaires pour désigner les candidats des deux grands partis à une élection. Le système des primaires est laissé à la discrétion des États fédérés. Pour cette raison, les systèmes retenus varient de façon aléatoire. On distingue différentes modalités concernant les primaires. Dans les primaires ouvertes, l'électeur peut se prononcer pour un candidat le jour même de l'élection alors que dans les primaires fermées, l'électeur s'inscrit et s'engage à l'avance à voter pour un candidat. Avantage démocratique : le choix des candidats est laissé à la discrétion des citoyens. La participation électorale peut être faible, et plus elle est faible, plus la crédibilité du candidat peut être remise en cause. Extraordinaire faiblesse de la base idéologique : d'autres vecteurs dynamiques prennent le relais (pouvoir de l'argent). De nombreux millionnaires américains peuvent ainsi devenir candidats. Moins il y a d'idées, plus la personnification du pouvoir est forte. En marge de l'élection, un certain nombre de techniques semi-directes existent : les procédures classiques populaires, qui permettent à un certain nombre de citoyens locaux d'aiguiller le vote des électeurs avec des projets ; système de veto collectifs. On dénombre en moyenne 15 000 référendums locaux par an aux États-Unis. À noter encore la procédure du « recall », qui veut que tout responsable public qui obtiendrait des fonctions grâce à l'élection puisse être destitué de sa charge par un vote populaire avant la fin de son mandat.

### 3 – La structure fédérale des États-Unis

#### A – Le système fédéral dans ses principes

Principe d'autonomie constitutionnelle des États fédérés. Les colonies comprenaient bien qu'il était de leur intérêt de se réunir selon un ordre structuré, mais elles ne voulaient pas se fondre dans la masse des États fédérés. L'autonomie suppose que chaque État fédéré soit doté d'un ordre juridique complet. Chaque État a ainsi une Constitution, des pouvoirs publics qui se ressemblent d'un État à l'autre (le plus souvent bicaméraux), un pouvoir exécutif, incarné par un gouverneur élu et qui dispose de pouvoirs plus ou moins importants selon les États. Il existe cependant des limites à l'autonomie des États fédérés, qui tiennent à la structure fédérale, qui fait que l'autonomie n'est pas la souveraineté. Le principe d'autonomie ne fait pas obstacle au principe de Constitution fédérale, supérieur à celle des États fédérés. L'ordre

juridique est complet mais hiérarchiquement subordonné. La Cour suprême veille à ce principe hiérarchique. La répartition des compétences repose sur un principe logique qui correspond à ce que la compétence des principes soit celle des États fédérés. James Madison, qui était fédéraliste, avait été le premier à dire que les pouvoirs dévolus au Congrès américain étaient plutôt modestes, et que le reste du pouvoir profitait aux États fédérés. Les premières tendances furent des tendances centralisatrices (méfiance des anti-fédéralistes qui ont cru bon en 1791 de proposer un 11<sup>e</sup> amendement, les pouvoirs non délégués à la fédération sont en principe réservés aux États fédérés ou au peuple).

## B – Le fédéralisme américain dans son évolution

Il ne correspond plus à celui qu’avaient envisagé les pères fondateurs. L’évolution aux États-Unis est conforme à une évolution centralisatrice (les moments de crise et de difficultés sociales et économiques sont favorables à un pouvoir central). Problème majeur de la clause finale, alinéa ultime, qui donne au Congrès le pouvoir « de faire toutes les lois qui seront nécessaires et convenables pour mettre en exécution les pouvoirs précédemment énumérés, et tout autre pouvoir conféré par la Constitution au gouvernement des États-Unis ». À partir de cette clause, la Cour suprême américaine va développer deux théories (des pouvoirs implicites et des pouvoirs résultants). Ces deux techniques jurisprudentielles vont permettre au Congrès américain d’élargir ses compétences. La jurisprudence de la Cour suprême fut déterminante dans l’évolution du fédéralisme américain. Les choses furent largement tributaires du président de la Cour suprême. Une cour constitutionnelle est incarnée par des personnages dirigés par un président, et il se peut que les orientations jurisprudentielles de la cour évoluent au cours du temps.

Depuis la présidence de Roosevelt, en 1937, on a assisté, avec le « New Deal », à un renforcement de la centralisation, avec l’entrée en guerre des États-Unis. La guerre est presque toujours un ferment de centralisation. En réalité, on constate à la lecture de la jurisprudence que les grands équilibres prévus et voulus ont certes évolué, mais tout ne s’est pas réalisé de façon linéaire, et les critères de répartition des compétences entre le Congrès et l’État fédéral ont évolué dans le temps. On peut aujourd’hui dire que ce qui touche les individus dans leur vie quotidienne a plutôt été laissé par la jurisprudence à la discrétion des États fédérés. On constate un « fédéralisme coopératif », à la fois horizontalement et verticalement.

Horizontalement : les États fédérés coopèrent entre eux, parfois pour échapper à l’emprise fédérale ; ils passent entre eux des accords interétatiques, conclus par les gouvernements de deux ou plusieurs États fédérés, pour réaliser un certain nombre de projets communs. Ces accords entre États étaient limités géographiquement en raison des problèmes de frontières entre les États. Ces accords font typiquement partie de la modification de l’image des États-Unis, spécialement pour l’image environnementale.

Verticalement : de plus en plus, on assiste à une coopération qui veut que dans un même domaine de compétences, aujourd’hui, on assiste à un dialogue, une action combinée entre l’État fédéral américain et les États fédérés, ces derniers gérant l’application au niveau local. Si l’on est en présence d’une tendance centralisatrice, les dernières décennies ont permis d’affirmer un fédéralisme équilibré.

## 4 – Les rapports entre les pouvoirs

### A – Les organes mis en place

La Constitution de Philadelphie prévoit la séparation des trois pouvoirs (en 1787).

Le Congrès : son organisation est duale et repose sur une approche bicamérale, due au fédéralisme lui-même. Les deux chambres siègent au Capitole à Washington (435 membres élus pour deux ans). Il tient une session annuelle qui commence le 3 janvier pour se terminer le 31 juillet de la même année. Les chambres ont un droit à s'ajourner. À côté des commissions permanentes, on trouve les commissions d'enquête, qui sont historiquement connues.

Le Sénat : chambre haute, composée de deux membres par État.

Commissions d'enquête : Commission McCarthy (1950), Commission Warren (après l'assassinat de JFK). Ces commissions peuvent auditionner, obliger des gens à témoigner, et rendent des rapports relayés par la presse, qui font ensuite tomber des têtes.

Les pouvoirs du Congrès : un pouvoir législatif, et un pouvoir budgétaire. L'article 1 section 7 de la Constitution attribue le monopole au Congrès. Le budget est contrôlé par une commission spéciale, la CBO (Congressional Budget Office), qui est d'une extrême efficacité, ayant réussi à rendre transparentes les communications faites par l'exécutif américain. Le Congrès exerce également le pouvoir de réviser la Constitution, au moyen des amendements qu'il peut prendre. Il jouit d'un pouvoir électoral supplétif, en cas de ballottage entre deux candidats à la présidence, et également, en cas de vacances de la vice-présidence (incapacité pour le vice-président de gouverner). Le pouvoir le plus important du Congrès, c'est le pouvoir dit « d'impeachment » (empêchement) du président américain. Il n'est pas prévu historiquement pour ne s'appliquer qu'au président, mais a vocation à s'appliquer à l'ensemble des fonctionnaires du service public. Il faut que deux organes s'entendent, et le président est destitué à la majorité des 2/3 des représentants du Sénat. Le Congrès a notamment une fonction de supervision du service public et de l'attitude des fonctionnaires fédéraux. C'est le Congrès américain qui autorise l'entrée en guerre des États-Unis.

Les pouvoirs du Sénat : il incarne l'esprit fédéral, et il a des pouvoirs spéciaux, et exclusifs de toutes autres compétences. Pouvoir de confirmation aux nominations des emplois fédéraux. Les fonctionnaires fédéraux sont le bras armé du pouvoir exécutif, ce sont des personnages stratégiques. Le président ne peut nommer qu'avec l'accord du Sénat. Ce pouvoir inclut la confirmation de la nomination des secrétaires d'État. Même chose pour les membres de la Cour suprême. Aujourd'hui, on ne compte que 6 500 fonctionnaires fédéraux environ choisis par le Sénat. Le Sénat intervient en matière diplomatique, et quand bien même le président ratifie des traités, ceux-ci doivent être approuvés par le Sénat. Les traités doivent être acceptés à la majorité des 2/3 (67 sénateurs). Les parlementaires bénéficient de conditions de travail très confortables (indemnités pour frais de secrétariat, immunité, etc.)

L'article 2 de la Constitution américaine prévoit que le pouvoir exécutif soit dirigé par un président. Les secrétaires d'État sont sous la tutelle du président américain. Au moment du vote pour l'élection présidentielle, les grands électeurs sont désignés toutes les années bissextiles, le nombre de grands électeurs est équivalent au nombre de parlementaires qui représentent chacun des États. Le collège des grands électeurs comporte 538 membres. En

théorie, le mandat des grands électeurs n'est pas impératif, mais en pratique, c'est à partir de la majorité des grands électeurs qu'on pourra déterminer le président. La durée de la fonction est de quatre ans, et renouvelable une seule fois. Si le siège est vacant, le président est remplacé par le vice-président, qui est le président du Sénat. Le président détient un pouvoir réglementaire, et peut édicter des ordres exécutifs. En raison de son rôle, il est le chef des services publics et de l'administration fédérale dont il contrôle le fonctionnement. Il nomme à tous les emplois stratégiques de nature fédérale. Il est responsable de la politique étrangère. Il est aussi le commandant en chef des forces armées. Possibilité de réquisitionner des services, de suspendre des lois ordinaires pour des lois spéciales, en cas de crise. Droit de grâce, droit de veto. Le président peut révoquer un secrétaire d'État, sans l'accord du Sénat. Service présidentiel, composé du cabinet de la maison blanche, créée en 1939 sous Roosevelt, qui comprend un secrétaire général, des collaborateurs immédiats. Ce cabinet comporte environ 700 personnes. À côté du cabinet de la maison blanche, on retrouve les conseils du président, qui forment une forme de réseau (banque centrale, conseil économique, office de gestion du budget...)

La Cour suprême : l'article 2 section 1 énonce le pouvoir judiciaire des États-Unis. Il est confié à une Cour suprême. Elle est composée de 9 juges inamovibles nommés à vie par le président des États-Unis. Il a fallu attendre 1967 pour qu'une personne de couleur noire soit admise à la Cour suprême.

## B – L'évolution historique de leur relation

Le système constitutionnel américain n'est pas présidentiel car les constituants de Philadelphie ont voulu éviter un pouvoir trop important au Congrès, ainsi qu'un pouvoir exécutif trop fort. Le président n'intervient donc qu'en deuxième place, et la Cour suprême en troisième place. L'évolution a fait basculer les qualifications, et on peut considérer que les États-Unis sont devenus progressivement un régime présidentiel. En 1884, alors que le futur président Wilson est professeur de droit constitutionnel à Princeton, il évoque un « gouvernement congestionnel » pour faire comprendre que le système de freins mis en place à Philadelphie ne fonctionne pas. Le Congrès est devenu le pouvoir prédominant. Dans la « Présidence impériale », en 1976, Arthur Schlesinger montre que le président agit comme un empereur. Comment passe-t-on d'un gouvernement congressionnel à un présidentielisme impérial en moins d'un siècle ? Quels sont les facteurs de cette évolution historique aux USA ?

1. La force du Congrès au 19e siècle tient au fait qu'il avait développé des comités internes qui avaient une emprise considérable sur le président, notamment avec des personnalités consensuelles, modérées, peu enclines à redorer le blason du président.

2. La fragilisation du Congrès. Elle se retrouve dans la plus part des démocraties industrielles à la fin du 19e siècle (loi d'airain, loi incassable à certains égards). Le Congrès n'a plus les éléments techniques pour faire face à la crise sociale et militaire, l'État gendarme se transforme en État providence. Il est jugé trop lourd concernant son mode de fonctionnement, de délibération.

3. Les guerres mondiales propulsent les États-Unis dans un rôle de gendarmes du monde, et leur force militaire devient considérable. Le président a le droit de veto, qui s'applique à la totalité du texte et est une arme redoutable mais très violente, et donc peu maniable car pas très fini. Le président hésite souvent à employer le veto. Il est utilisé à des moments

stratégiques de la présidence. Ce n'est pas une arme parcimonieuse pour autant. Roosevelt l'utilise 635 fois par an durant sa présidence. Ce veto n'a été dépassé que 632 fois, autrement dit effacé par le Congrès lorsque celui-ci revote sa loi à une majorité des deux-tiers. Le veto fait pression sur le Parlement pour qu'il confirme bien et à forte proportion sa loi. Il faut souligner que la coutume, pratique constitutionnelle, a fait naître un autre veto (Richard Nixon) : le « pocket veto », veto de poche. La Constitution prévoit que si un projet de proposition de loi n'est pas renvoyé avec un veto devant le Congrès par le président dans les dix jours qui suivent sa présentation, on considère la loi comme signée. Comme si elle était signée, la loi est promulguée. En revanche, il arrive dans certaines situations que le président soit amené à prendre sa décision dans un laps de temps qui ne dépasse pas dix jours (par exemple en fin de session parlementaire, les dix derniers jours). Que faire à ce moment-là ? Le président va développer une arme parallèle, il est considéré comme pouvant les garder dans sa poche, sans le renvoyer. Il fait savoir, sans redonner la loi au Congrès, qu'il garde la loi dans sa poche, qu'il utilise le veto de poche. C'est une façon de consolider le veto dans des circonstances particulières. Il faudra reprendre la procédure législative uniquement à l'année civile suivante par le nouveau parlement. Il crée un effet retard très embêtant pour le Parlement. C'est une menace supplémentaire pour le président contre le Congrès américain.

4. Les messages du président qui caractérisent les relations entre les différents pouvoirs. Normalement, le président n'a pas de pouvoir législatif attribué au Congrès. Mais la Constitution américaine a permis au président de communiquer avec le Congrès par des messages pour faire le point sur l'union. C'est la signification de ces messages qui explique l'évolution de ce régime. Tous les semestres, le président envoie un rapport économique au congrès en lui demandant de légiférer sur un certain aspect de la politique. Ce message annuel est budgétaire, prolongement naturel de l'accapement du pouvoir par le président. C'est un bilan de l'année en cours et un programme pour l'année à venir. Le message le plus important concerne l'état de l'union. Conçu à l'origine comme correspondant à une sorte de bilan, il informe de ce qui est arrivé dans l'année, et fait part de ce qui marche et de ce qui marche un peu moins. L'article de la Constitution dit que le président peut faire des recommandations au Parlement. Ce message est devenu un véritable message politique, pour ne pas dire un programme politique pour l'année suivante (bouleversement de l'économie générale de la présidence).

La pratique constitutionnelle a vu se développer des moyens pour le président. Faculté de « l'impayement », de suspension budgétaire. Le pouvoir budgétaire du Congrès est énorme. Mais possibilité pour le président de suspendre des fonds prévu pour tel ou tel projet. Impact considérable pour le rôle du président et ses relations avec le Congrès. Possibilité pour le président d'adopter seul un certain nombre d'actes internationaux. Dans un certain nombre de domaines, le président retrouve une autonomie complète.

Réaction congressionnelle. Le Congrès peut refuser de voter les lois sans difficulté. C'est un moyen de pression considérable sur le président. Il peut aussi voter des lois autonomes. Il a seul l'initiative des lois, et peut le faire au mépris des lois du président. À chaque fois que le président a voulu contourner les pouvoirs du Congrès, il s'est heurté à des réactions très vives, et a dû composer avec lui (deux occurrences sous Nixon). Le Congrès est mis devant le fait accompli (avec la guerre du Vietnam) et adopte alors une loi sur le pouvoir de guerre qui oblige le président à obtenir systématiquement l'accord du Congrès pour intervenir en guerre selon le temps d'intervention. En 1974, le président utilise la loi de suspension des fonds de façon abusive, le Congrès vote une loi contrôlant l'usage des fonds contre le président des États-Unis.

## C – De Nixon à Clinton, malentendu de matière juridique

Régime pragmatique, personnalisation du pouvoir, clientélisme (le président doit avoir de bonnes relations, et s'attirer les faveurs de tel ou tel membre du Congrès, de préférence les plus influents), rapport constant entre l'exécutif et le législatif (le président demande à un parlementaire « ami » de déposer un projet de loi, chose qu'il ne peut faire lui-même). Rapport entre les pouvoirs : le judiciaire a pris beaucoup d'importance, et surtout d'autonomie, et rapport constant entre l'exécutif et le législatif, le régime américain est sans doute un régime à tendance présidentieliste. Il ne faut pas appréhender le rôle du président comme étant impérialiste.

### **Section 2 : un point sur l'Angleterre**

Régime constitutionnel anglais. On retrouve ces idées dans de nombreux pays. L'Angleterre est une île. Position insulaire qui n'est pas anodine socialement, politiquement, et économiquement.

#### **1 – Le cadre constitutionnel**

Régime de coutume, mais c'est en Angleterre que l'on retrouve les premiers grands textes : la grande Charte de 1215. Rapport constitutionnel entre la monarchie et la haute société anglaise. Habeas corpus, 1679, texte qui irradie toute la problématique des droits fondamentaux. Le « Bill of Grace » marque la fin de la seconde révolution anglaise. Le régime anglais est très attaché à l'innovation constitutionnelle mais en même temps, toujours habité par une révérence au passé. La Constitution n'est pas une rupture, mais une continuité, une rupture tranquille. Éléments liés à la tradition, au temps qui passe. L'attachement au temps s'explique par l'utilité de la coutume.

La souveraineté du Parlement. L'idée est que la souveraineté du parlement est au cœur du fonctionnement du régime. Ce n'est plus ce qui correspond à la seconde moitié du 19e siècle. Quand on parle de souveraineté du Parlement, on parle d'un mélange très complexe où le Parlement est écouté par le roi, et est composé de la Chambre des Lords et les communes. Le roi est toujours attaché aux affaires et est considéré comme un élément de stabilité du système. Régime qui a évolué dans ses fondamentaux. Souveraineté du Parlement, mais où le premier ministre a une bonne place, c'est le personnage clé dans de nombreuses procédures politiques. « Le Parlement peut tout faire sauf changer un homme en femme ». Le Parlement ne peut s'autolimiter, car il touche la sphère du légiférer et des constituants. Le parlement pourrait convertir la Constitution en simple loi. Le seul rapport hiérarchique existant est celui des actes du Parlement et ceux du premier ministre. On retrouve au cœur de la gouvernance le règne de la loi, de la règle de droit. Notion qui se manifeste par un certain nombre de principes. Exclusion de l'arbitraire, soumission des autorités aux mêmes règles que les citoyens ordinaires. Les juges vont toujours privilégier l'interprétation d'une règle dans son sens de la morale et de l'équité.

#### **2 – Les institutions**

La souveraineté du Parlement n'empêche pas que celui-ci ait connu une forme de recul.



Le Parlement suppose l'étude des institutions qui composent la couronne, et celle qui compose les deux chambres. Quand on parle du Parlement, on pense au roi en son Parlement, même si successivement, l'institution monarchique a été évincée du pouvoir législatif. On passe progressivement d'une logique où le Parlement est considéré d'une émanation de la monarchie, à un inverse qui fait que le monarque tire sa légitimité du Parlement. Prérogative royale, pouvoir qui lui est attaché et est devenu formel. La reine d'Angleterre et le commandant en chef des armées peuvent dissoudre le Parlement. Les pouvoirs de la monarchie ont glissé insensiblement vers le premier ministre.

La Chambre des communes est élue au scrutin uninominal à un tour. Elle fonctionne de manière beaucoup plus ouverte qu'en France, car il existe une forte reconnaissance des droits pour la minorité parlementaire (des fonds pour l'opposition). Souci de respect de l'expression, l'opinion des parlementaires.

La Chambre des Lords : légiférer, aristocratique, en 1958, une loi autorise la reine d'Angleterre à un droit viager, étendu aux femmes. Chambre centrale par sa légitimité, et son ancienneté. Elle est considérée de plus en plus à l'écart de l'évolution de la société. Elle a moins de pouvoir. Deux actes lui retirent son pouvoir législatif : en 1911 et en 1949. Elle a une fonction judiciaire, c'est la juridiction suprême du Royaume-Uni et connaît toutes les affaires, en matière civile comme criminelle. Elle siège de manière restreinte (cinq juges) et peut renvoyer dans des juridictions intérieures, ou statuer en dernier recours.

En face du Parlement on retrouve le Cabinet, très lié à la monarchie dans ses origines historiques. C'est un gouvernement au sens restreint, contrairement au gouvernement au sens large qui réunit une centaine d'individus. Le premier ministre a longtemps eu un pouvoir officieux. Le Cabinet tire sa légitimité non plus du roi, mais des deux chambres. Le premier ministre habite au 10 Downing Street. Il est nommé par la reine, c'est le chef de file du parti gagnant des législatives. Il nomme les ministres avec un accord formel de la reine, fixe l'ordre du jour, est le chef réel des forces armées et de la diplomatie. Il est aussi le ministre des finances, il est le premier Lord à la trésorerie. En général, font partie du Cabinet les chefs des grands partis au Parlement. Attribution exécutive, et fonction législative où le Cabinet a l'initiative des lois et peut se faire déléguer par le Parlement une partie de ce pouvoir.

Responsabilité gouvernementale. C'est une pratique de la responsabilité des chefs de Cabinet de changer de point d'ancrage. Ils se trouvaient alors en effet sous la responsabilité du roi, avant ensuite que le Parlement s'y substitue, entraînant un changement de responsabilités. Primauté de l'exécutif, maîtrise de l'ordre du jour, cela n'exclut pas le contrôle parlementaire, comme aux États-Unis, où existent des commissions parlementaires et des commissions d'enquête. Le Parlement contrôle parfois laborieusement, et de manière très minutieuse, l'exécutif.

Le système des partis s'articule autour des deux partis et selon une alternance. Système du tout parti quelque peu altéré par des groupes, comme les libéraux, ou les nationalistes irlandais, qui ont joué un rôle important. Les partis traditionnels : le parti conservateur, celui des notables et le parti travailliste issu d'une tradition de gauche, ces effectifs sont plus nombreux que ceux du parti conservateur. À côté de ces deux grandes formations, il existe des partis tiers, les nationalistes irlandais, les libéraux et le parti social-démocrate...

Le gouvernement de Cabinet est un gouvernement de parti. On comprend mieux le

gouvernement ainsi. Le gouvernement de parti connaît des limites et le contrôle de l'opinion publique connaît une révérence tout à fait particulière. On rencontre les mêmes problématiques du pouvoir législatif que dans toute autre démocratie libérale.

## **Chapitre 3 : la participation au pouvoir**

L'individu peut lui-même participer à la détermination des personnes qui le gouverneront, et participer à la détermination, de la manière, dont il sera gouverné. Dans le cadre d'un Constitutionnalisme de fondation, l'État moderne suppose que le peuple s'autogouverne ou qu'il agisse par le truchement de ses représentants, et qu'il soit toujours à l'origine du pouvoir.

### **Section 1 : la problématique de la représentation**

#### **1 – Du gouvernement direct au principe représentatif**

A – Le gouvernement direct On doit à la Grèce l'invention de la démocratie directe au fondement de laquelle on retrouve l'idée de l'égalité des citoyens devant la loi. Aristote le résume comme l'art où l'on est gouvernant et gouverné à tour de rôle, alors que la démocratie est le gouvernement où l'on est gouverné par personne. Cette vision implique nécessairement le droit pour les citoyens de participer à l'assemblée, de participer à l'agora, d'avoir le droit de débattre, d'élire... Le gouvernement direct doit permettre à chacun de s'exprimer directement ; il s'agit d'un gouvernement du peuple par le peuple. Lorsque la taille d'un pays le permet, la question du gouvernement direct trouve une réponse avec des mécanismes d'intervention immédiate des peuples.

Critiques : depuis Platon, il est bien connu que le peuple se caractérise par la versatilité de son opinion, par son caractère influençable. Beaucoup de penseurs libéraux insisteront sur les dangers de confier à une population large la décision de choisir les représentants (problème d'inculture des peuples). Ce qui peut fonctionner dans un État à petite échelle aura du mal à fonctionner avec d'importantes populations sur un vaste territoire.

#### **B – Principe du gouvernement représentatif**

On est toujours dans un schéma de gouvernement du et pour le peuple, mais plus par lui directement. Le gouvernement représentatif médiatise la relation entre le citoyen et le pouvoir, qui passe par la médiation d'un représentant. Il est plus simple de confier à quelques-uns le soin de se réunir pour traiter des affaires communes. Cette justification est doublée par un certain nombre d'arguments : méfiance à l'égard du peuple, qui pourrait à force imposer les pires choses aux minorités. Une assemblée de gens clairvoyant saura gérer les affaires communes. Idée d'une distance symbolique entre le citoyen et le représentant. Le peuple aurait tout juste la clairvoyance à élire les bons représentants.

#### **2 – Le concept de représentation**

##### **A – La notion de représentation**

On retient trois sens à la notion de « représentation » :

- La « représentation – personnification » : liée à l'approche historique du droit constitutionnel, d'inspiration religieuse : un individu ou un groupe va incarner une autre entité, idée d'incarnation. Au Moyen Âge, lorsqu'on dit que le roi de France est l'État, on est au cœur de la personnification de l'État par le droit. Celui qui représente est l'instrument indispensable à cette représentation. L'État ne peut pas faire l'économie d'un passage par cette représentation (exemple : révolution). Approche mystique. Le représenté s'exprime par la voix du représentant.

- La « représentation – délégation » : plusieurs dimensions, plus juridique. On suppose qu'un individu ou un groupe va déléguer ses pouvoirs à un autre individu ou un autre groupe. Dans cette perspective plus juridique, c'est un mécanisme de droit qui assure le lien entre le représentant et le représenté. X agit pour le compte de Y. On fait comme si le représenté s'exprimait à travers le représentant. Le représentant doit des comptes au représenté.

- La « représentation – mimétique » : ce qui compte c'est l'accent mis sur l'effet de ressemblance susceptible d'apparaître entre le représentant et le représenté. On va se demander si l'assemblée nationale française représente bien le peuple (l'assemblée n'est pas représentative). On parle de représentation à propos d'un objet ayant des caractéristiques semblables à celles d'un autre objet. Elle se caractérise par le fait que les deux objets doivent pouvoir être comparés à tout moment. On la retrouve partout. Il existe un souverain fondamentalement différent des représentants. Il confie l'exercice d'une souveraineté qu'il ne pourrait pas assumer lui-même à ses représentants.

Le schéma actuel de la représentation nous rapproche de celui de la délégation. Ce qui caractérise la représentation dans les démocraties libérales est que le représenté ne se dissout jamais des représentants.

## B – Critiques de la théorie de la représentation

Critique rousseauiste : la représentation est impossible. Pour Rousseau, l'idéal reste la démocratie directe. Selon lui, il est illusoire de croire qu'il soit possible de représenter la volonté, car même si le représentant peut affirmer aujourd'hui qu'il veut la même chose que son représenté, la volonté est telle qu'il est impossible de s'engager sur l'avenir. La représentation ne peut être qu'une fiction, car, à supposer que le peuple ait une volonté, que signifie au juste une volonté générale ? Que quelques-uns ont les pouvoirs sur les autres...

Critique liée à la pertinence : est-il pertinent d'appliquer au droit constitutionnel les principes qui fonctionnent pour le droit privé ? S'il est facile d'identifier deux personnes (présupposé nécessaire pour la représentation), il est difficile d'identifier les deux entités en droit public. C'est le problème posé par l'existence de la représentation des groupes. Si tous les membres de l'assemblée sont élus, il est difficile d'admettre que 51 sur 100 vont être porteurs de cette volonté. On va cristalliser la notion de volonté générale alors que ce sur quoi repose cette volonté est en mouvement permanent.

## 3 – La signification de la démocratie représentative

### A – Réflexion sur le mandat représentatif

Caractère du mandat : le mandat en droit public va être considéré comme un mandat

représentatif. Il s'oppose au mandat impératif. Dans le mandat impératif, le représentant rend des comptes au mandat représenté. On doit mettre en place des impératifs entre les deux mandats (idéal mais impraticable). Le mandat représentatif se caractérise par le fait que le représentant ne rend des comptes que de façon très épisodique au représenté par la voie du mécanisme électoral. En fonction des nouveaux besoins, on peut agir de notre mouvement propre, avec le verrou et la garantie apportée par le système électoral.

Objet du mandat : ce qui est transféré au représentant. Il a pris en charge l'exercice de la souveraineté. Dans la démocratie libérale, l'objet du mandat ne peut être l'exercice de la souveraineté elle-même. La loi devient alors l'expression de la volonté générale (art. 6 : l'acte de la volonté du représentant peut être considéré comme volonté du représenté). Seuls les élus peuvent être considérés comme titulaires de la faculté d'exercer. Il est nécessaire que ceux qui ont décidé à notre place aient été habilités à le faire. Lorsqu'un président est élu, on se retrouve avec deux représentants ayant la même légitimité. Cette façon de concevoir l'objet du mandat (par les seuls élus) correspond à la période moderne. À une autre époque, il existait une déconnexion fondamentale entre la représentation et le mode de représentation du représentant. Le pouvoir originaire doit passer par le peuple.

## B – Les implications modernes de la démocratie représentative

Dans la théorie classique, on distingue trois formes de gouvernements :

- La monarchie
- L'aristocratie
- La démocratie

La théorie classique des formes de gouvernements est inapte à associer le mandat représentatif avec un type de régime particulier. L'approche classique permettait de justifier n'importe laquelle de ces formes de gouvernements, dans la mesure où en Grèce le peuple souverain pouvait faire exercer le pouvoir. On a d'abord assisté à une généralisation du suffrage universel, et ce à quoi correspond le représenté a eu tendance à s'élargir. De plus en plus de personnes ont disposé du droit de vote. L'un des éléments importants est lié à la représentation de l'extension du droit de vote.

En Occident, on a considéré que le représentant n'était légitime que s'il était un groupe. À la fin de la période classique, la démocratie représentative supposait la plus large assiette dans le corps électoral, et un représentant identifié comme étant une chambre ou un gouvernement. Démocratie directe : pas d'intermédiaire, le peuple se choisit un médiateur. Démocratie représentative : superposition fondamentale entre l'élection et la représentation. « La loi n'est l'expression de la volonté générale que dans le respect de la Constitution ».

## Section 2 : souveraineté nationale et souveraineté populaire

Il faut déterminer qui sera le détenteur du pouvoir et qui participera à l'élaboration des règles communes.

La notion de souveraineté

La souveraineté caractérise un être ou une puissance sans limite, absolue. Elle est un principe

abstrait qui caractérise l'instance qui détient l'autorité ultime. L'arrière-plan de la souveraineté a pu varier dans le temps. Au Moyen Âge, elle est dictée par des considérations d'ordre religieux. Ce qui caractérise la souveraineté dans le monde contemporain, c'est le fait que l'instance souveraine ne tire sa légitimité que d'elle-même.

### 1 – La souveraineté comme caractère

La souveraineté est le caractère essentiel de l'État moderne, considérée comme « supérieure » à toute autre entité, qu'elle soit à l'intérieur ou à l'extérieur de l'État. En droit, il existe un lien d'identité entre la souveraineté et l'État. La souveraineté a un caractère indivisible, or si la souveraineté caractérise ce qui est suprême, alors ce qui est suprême est indivisible.

### 2 – La souveraineté comme l'expression d'un pouvoir

Ce concept renvoie à l'ensemble des pouvoirs de telle ou telle entité qu'un pouvoir peut exercer. L'un des traits distinctifs de la souveraineté, c'est qu'elle a le droit de battre monnaie. On retrouve la question de la divisibilité de la souveraineté. On peut très bien concevoir que les marques de la souveraineté soient réparties entre différents organes. Il faudra admettre que ces expressions ne se situent pas sur le même plan. Caractère ambivalent de la souveraineté.

#### La souveraineté entre peuple et nation

La souveraineté est également la qualité de l'être fictif ou réel, au nom de qui est exercé le pouvoir de l'organe souverain. Le peuple, la nation, l'entité sont au cœur des développements. Où se situe l'ultime pouvoir ?

#### A – La souveraineté nationale



Cette notion est associée historiquement à un important révolutionnaire : l'abbé Sieyès (ci-contre). La nation serait selon lui une personne. Article 3 de la déclaration des droits de l'Homme de 1789 : « le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qu'il n'en émane expressément ». Article 1 du titre 3 de la Constitution du 3 septembre 1791 : « la souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible, elle appartient à la nation, aucune section du peuple ne peut s'en attribuer l'exercice ». La nation est une personne morale distincte des individus qui la compose. La nation en tant que personne ne peut être confondue avec la somme des citoyens

qui vivent à un moment X ou Y. La nation telle que l'entend Sieyès est un double abstrait. La nation entretient un lien avec le temps. Elle incorpore tous les individus morts, présents et à venir. Elle ne peut être confondue avec les occurrences du peuple. La nation n'est personne en particulier, et c'est pour ça qu'elle doit être souveraine. Le souverain est devenu une entité. L'une des conséquences de la mise en place de cette notion de nation est notamment le caractère inaliénable et indivisible de la souveraineté, la nation englobant le passé, le présent et l'avenir (pas de division possible).

L'effet concret qui apparaît dans le domaine électoral est le droit de suffrage. En effet, dans cette conception de la souveraineté nationale, la souveraineté ne provient pas de la volonté de chaque individu. La conception de la souveraineté nationale n'est pas forcément compatible avec l'idée que chacun ait le droit de suffrage. Il est possible de confier l'expression de la souveraineté nationale à une frange de la nation. L'élection doit permettre de mettre en place l'instance qui va compléter la nation. Autre effet : elle impose la démocratie représentative. La nation en tant que telle est muette.

### B – La souveraineté populaire

Sur quoi repose la souveraineté ? On retrouve le fondement de la souveraineté populaire avec J-J. Rousseau. Pour lui, il n'existe que des volontés particulières. Dans la Constitution du 24 juin 1793, la souveraineté réside dans le peuple. Chaque section du souverain doit jouir de son droit d'expression avec une entière liberté. Dans la Constitution de l'an 3, du 22 août 1795 : l'universalité des citoyens français est le souverain. On part de l'individu, qui est considéré comme la source de la souveraineté. Avec Rousseau, chacun a une volonté libre, chacun est souverain. À la notion « d'électorat – fonction » est largement préférée celle « d'électorat – droit ». Si la souveraineté vient du peuple, l'élection est un véritable droit. À cet égard, la conception rousseauiste s'accompagne d'une conception du suffrage comme propriété. Universalité et égalité du suffrage. Tout suffrage restreint est banni de la pensée rousseauiste. Du point de vue de la nature du régime, il est évident que la souveraineté populaire est compatible avec certaines expressions de la démocratie directe. Le peuple a droit de cité dans la Constitution, il est là pour faire valoir ses droits. Le référendum est une technique du gouvernement qui ne relève pas de la démocratie représentative ni de la démocratie directe (on parle de démocratie « semi-directe »). Le terrain d'élection des référendums est le champ d'élection de la matière constitutionnelle. On considère même que le référendum législatif est une voie parallèle. La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce soit par ses représentants, soit par le référendum. Il existe donc deux voies possibles : la voie de la souveraineté nationale et celle où le peuple est susceptible d'intervenir parallèlement au parlement. Il existe de très nombreuses modalités dans la mise en œuvre du référendum : la plus classique consiste à laisser les gouvernants poser la question. Un référendum ne correspond pas tout à fait à l'adoption d'une loi ordinaire. Compte tenu de la contrainte qui pèse au moment où est posée la question, c'est une alternative proposée au peuple, surtout que le risque le plus manifeste dans l'usage du référendum est le celui du dérapage vers un plébiscite. La question doit être formulée de façon claire et non influençable (neutre). Celui qui pose la question engage sa responsabilité.

### 3 – Critique de la distinction

#### A – Une critique sémantique

L'utilisation qui est faite de la souveraineté nationale et populaire est plutôt aléatoire. Chez

De Gaulle, l'emploi des mots « peuple » et « nation » est aléatoire, pour enclencher la légitimité.

## B – Une critique historique

La Constitution de 1793 proclame que la souveraineté réside essentiellement dans le peuple. On devrait donc y trouver le référendum, le suffrage universel et le mandat impératif. Or, si on rencontre dans ce texte des règles sur le suffrage universel, en revanche, certains passages semblent détonner... « Aucune portion du peuple ne peut exercer puissance du peuple tout entier » – dans la pureté des principes, rien n'interdit de penser qu'une section du peuple peut s'attribuer l'exercice de la souveraineté. Le peuple ressemble ici davantage à la nation. On retrouve dans la Constitution de 1795 toutes les applications que l'on rattache à la souveraineté nationale (suffrage restreint indirect, refus du référendum, etc.) Il convient de retenir qu'en réalité, les concepts de souveraineté nationale et populaire renvoient plutôt à deux grands types historiques. Historiquement, le mouvement général a plutôt conduit à privilégier le mouvement national au mouvement populaire. Cette distinction a fonctionné dans les esprits, surtout à partir de la deuxième moitié du 19e siècle. Chez beaucoup d'auteurs, on ne voit pas les conséquences dans le choix de ces deux théories. Avec les expériences impériales, on s'est aperçu de la problématique d'ensemble : le peuple a-t-il vocation à intervenir dans le champ de l'adoption des règles ? Le peuple a-t-il la maturité pour agir directement, ou faut-il des représentants (démocratie représentative) ?

## Section 3 : l'élection, condition de la démocratie

### 1 – Le principe électif

« Eligere » signifie « choisir ». L'élection correspond à une faculté de choix. Le mot « élection » renvoie à des réalités très anciennes (peuple élu dans l'ancien testament, désigné librement par Dieu). Elle se caractérise comme un mode de dévolution du pouvoir, qui suppose un choix, opéré par et au sein d'un groupe, choix qui s'effectue au moyen de mécanismes appropriés.

### A – La généralisation progressive de l'élection

Historiquement, l'élection est apparue comme le moyen le plus juste pour assurer la représentation des gouvernés par les gouvernants :

• Extension des corps électoraux : au Moyen Âge, la conception hiérarchique du corps social conduit à l'exclusion des gens démunis du vote. Le suffrage universel n'est donc apparu que très progressivement : le suffrage universel masculin est apparu en 1832, alors que le vote des femmes n'a lui été acquis que beaucoup plus tard grâce au rôle important des femmes pendant les épisodes de guerre (1944). Alors même qu'on se sent en démocratie, on observe une restriction du point de vue des corps électoraux.

• Généralisation du phénomène même des élections : extension des corps électoraux, et généralisation de l'élection à de très nombreuses institutions et dans de nombreux domaines. Tous les champs de la vie sociale ont été gagnés par le phénomène électif. Aujourd'hui, l'un des principaux enjeux de l'élection tourne autour de l'élection des juges (question du mode de désignation).

## B – La transformation de la signification de l'élection

Le droit de suffrage a une face active et une face passive : il recouvre le droit d'élire et droit d'être élu. Ces deux phases sont regroupées sous une bannière qui rapproche le droit de suffrage et les droits fondamentaux. Cette vision qui attache le droit de suffrage à l'individu qui, par sa nature même, a droit de s'exprimer, est une vision contemporaine. Si l'on recule dans l'histoire, on se rend compte que le droit de suffrage exprimait originellement toute autre chose que l'individualisme politique. De nombreuses manifestations de l'élection différaient fortement de l'illustration de l'individualisme politique.

Le suffrage ne renvoyait pas à la volonté d'un individu arbitrant différents choix possibles. Ce n'est que progressivement que le droit de suffrage est devenu l'expression d'une lutte entre les volontés individuelles. Ce n'est qu'au 18e siècle que le droit de vote est apparu au premier plan. L'élection nous pose la question de l'interprétation du droit de vote, mais aussi de la démocratie. Elle aime une condition sine qua non de la démocratie. Elle est devenue l'instrument d'expression du choix des individus. Ceux qui sont désignés sont le reflet de ce qui se dégage des collisions des volontés individuelles. L'élection est-elle suffisante pour incarner le contexte démocratique ? Non, car la professionnalisation de la politique s'est traduite par la mise en place d'appareils de partis, et la professionnalisation de la politique se traduit par le fait que nous n'avons pas le choix des candidats à une élection. Les partis politiques verrouillent la sélection des candidats pour une élection. Il est difficile d'entrer et de devenir candidat. L'autre problème que pose l'élection est que le représentant élu ne rend souvent pas des comptes. Cette liberté du représentant peut conduire à une confiscation du pouvoir. L'élection ne révèle la démocratie qu'à condition qu'il y ait le choix (pluralisme politique) entre plusieurs tendances, pour que l'ensemble des opinions s'y retrouvent (problème des régimes à parti unique). L'élection n'accompagne la démocratie qu'à la condition que les électeurs aient un minimum de conscience civique.

## **2 – Les modalités du scrutin**

Elles ne sont pas neutres car le choix d'un mode de scrutin a des répercussions sensibles sur le résultat.

### A – L'organisation et le déroulement du scrutin

Principe de liberté de l'électeur, qui impose le secret du vote. Technique permettant de garantir la liberté de conscience de l'individu. Cette liberté est aussi la liberté de l'abstention. Qui dit liberté du vote, dit possibilité de s'abstenir, c'est-à-dire de remettre un bulletin blanc ou nul.

Liberté de candidature : il est naturel en démocratie que toute personne pourvue de capacité politique aspire à représenter les intérêts communs. L'incompatibilité n'interdit pas l'acte de candidature. Pas de casier judiciaire, restriction de l'âge pour être candidat. En démocratie, on peut estimer que tout le monde pourrait se proposer candidat. La loi en France impose un comité de parrainage. Pour se présenter, il faut être soutenu par d'autres élus. Jusqu'en 1976, 100 signatures d'élus étaient requises pour qu'un individu puisse candidater. Le seuil des 100 signatures a été jugé faible, d'où depuis le seuil à 500 signatures.

La liberté de candidature est également nuancée par la lourdeur logistique et financière d'une



campagne électorale. Il faut savoir jusqu'à quel point les candidats sont libres de leurs mouvements. La question du financement de la campagne électorale est posée. On peut par exemple imaginer un financement sur fond public. Le candidat avance des fonds, s'il atteint un certain seuil, il est remboursé. Les entreprises peuvent aussi subventionner les candidats. À propos de la campagne électorale, sont associés à elles des questions tenant à l'organisation du temps de parole. On est moins dans la liberté du candidat que du côté de la transparence démocratique. La sincérité du scrutin tient au fait que le juge électorale va vérifier que le candidat élu l'a été dans le respect des règles. En cas de fraude électorale (pression sur les électeurs, corruption des candidats, menace physique...), le juge électorale ne va pas sanctionner. Ce qui régit la philosophie générale du contrôle du juge, c'est la dimension de pratique. On n'annule une élection que si le doute ou la fraude a porté sur un nombre de voix ayant porté à remettre en cause l'élection d'un candidat. L'histoire des élections nationales dans les démocraties européennes a été celle d'une confiscation progressive du droit de regard des élus sur une élection. Pendant longtemps, les membres d'une assemblée ont été juge de la régularité d'une élection qu'ils ont porté au pouvoir.

## B – Les formes du scrutin

• Distinction entre scrutin direct et scrutin indirect : en présence d'un scrutin direct, l'électeur désigne directement l' élu (exemple : les membres de la chambre des représentants aux États-Unis, les députés en France...). Dans le scrutin indirect, l' élu n'est plus qu'indirectement l' élu des électeurs primaires. En réalité, dans le scrutin indirect, l' élu est élu par des électeurs qui eux-mêmes ont été élus et qui procèdent à son élection (cas des électeurs en France, président des États-Unis). Les scrutins indirects s'expliquent souvent historiquement par le caractère vaste des territoires ou une exigence de tempérament : l' élu direct du peuple pourrait être mal choisi, ou être beaucoup trop l' objet d'une passion du moment (d'où une modération).

• Distinction entre le scrutin uninominal et le scrutin de liste : base du nombre de candidats. Avec le scrutin uninominal, on ne vote que pour un seul candidat, et le bulletin ne porte qu'un nom. On met en opposition au scrutin uninominal, le scrutin de liste, qui met l'électeur en position de choisir plusieurs candidats (donc plusieurs noms sur le bulletin de vote). Un tiers des communes de France ont eu du mal à trouver suffisamment de candidats pour trouver un maire. Listes bloquées : l'individu se retrouve avec des listes préconstituées par les partis politiques, et on ne peut pas changer l'ordre des noms. Sur les listes à vote préférentiel, il est possible de changer la place des candidats dans la liste. Lorsque l'on utilise le scrutin uninominal, on privilégie le statut « homme à homme ». Le scrutin de liste a, lui, plus rapport aux idées.

## C – Les différents modes de scrutin

• Scrutin majoritaire : mode de scrutin au terme duquel est proclamé élu le candidat qui a obtenu, relativement ou dans l'absolu, le plus de voix valablement exprimées. Des variantes existent : uninominal ou plurinominal, à un tour ou deux tours. Dans le scrutin majoritaire à un tour, le candidat élu est celui qui a obtenu le plus de voix (pas la majorité). La légitimité de l' élu peut être mise en question. Dans le scrutin majoritaire à deux tours, on cherche à dégager par défaut un élu qui serait tiré d'une majorité d'électeurs, grâce au système du ballottage. N'est élu dès le premier tour que le candidat qui a obtenu la majorité absolue des voix (50 % des voix + 1 voix). S'il ne l'obtient pas, on procède au système du ballottage, le deuxième tour intervient pour départager les deux meilleurs candidats à l'issue du premier tour. À l'issue du deuxième tour, sauf exception d'égalité des voix, l'un des deux candidats obtiendra

la majorité absolue.

• Représentation proportionnelle : procède différemment, l'objectif renvoie à une autre conception de la justice représentative. Elle consiste à essayer d'attribuer à chaque parti politique un nombre de siège proportionnel à sa force numérique. Elle a d'abord été pratiquée au Danemark et en Belgique au 19e siècle et a gagné l'Europe après la première guerre mondiale. Il faut distinguer à l'intérieur de la représentation proportionnelle la RP intégrale et la RP approchée. La RP intégrale consiste à choisir comme cadre d'élection une circonscription unique. Le quotient électoral qui va servir à répartir les sièges est calculé en divisant le nombre de suffrages valablement exprimés par le total des sièges à pourvoir. Les différents partis vont obtenir autant de sièges qu'ils auront atteint de fois le quotient électoral. Le problème est que la RP intégrale ne permet pas de rétribuer l'intégralité des sièges à pourvoir car les chiffres ne tombent pas juste, ce qui justifie l'utilisation de la RP approchée. La RP approchée permet de redéployer le nombre de sièges restant à pourvoir. Elle connaît différentes modalités, deux techniques principales existent : la technique de la répartition des sièges restants au plus fort reste, et celle à la plus forte moyenne.

o Technique de la répartition des sièges restants au plus fort reste. Exemple : 200 000 suffrages exprimés (valablement), 5 sièges à pourvoir, 4 partis en lice, partis obtenant respectivement A. 86 000 voix, B. 56 000 voix, C. 38 000 voix et D. 20 000 voix. On calcule le quotient électoral, qui est ici de 40 000 (200 000/5). On divise ensuite le nombre de voix obtenues par chacune des voix, pour voir combien de fois le quotient est réparti. À l'issue de cette opération, le parti A. a 2 sièges, B. 1 siège, C. et D. aucun siège. On calcule donc les voix inutilisées (restes) et on s'aperçoit que A. en a 6 000, B. 16 000, C. 38 000 et D. 20 000. Les partis ayant les plus forts « restes » vont se voir attribuer un siège en prenant les restes par ordre décroissant (C. et D.). On assiste ici à une surreprésentation du plus grand des partis et à une ventilation des sièges ayant des voix plus courtes.

o Technique de la répartition des sièges restants à la plus forte moyenne. On calcule le quotient électoral et on répartit les sièges en fonction du nombre de voix (même étape que précédemment). On va créer un nouveau quotient répartiteur en utilisant un procédé de fiction. On ajoute un siège fictif pour chacune des listes à l'issue de la première procédure. On a donc A. 3, B. 2, C. et D. 1. On divise ensuite le nombre de voix qu'avait eu chaque parti par le nouveau répartiteur artificiellement créé. Cette division va donner une moyenne : A. 28 666 (86 000/3), B. 28 000 (56 000/2), C. 38 000 (38 000/1) et D. 20 000. On range ces moyennes par ordre décroissant : C. ; A. ; B. ; D.

D – Les effets des modes de scrutins

Le choix entre deux modes de scrutins n'est pas anodin. La question du mode de scrutin occupe généralement une bonne partie des premiers mois d'un gouvernement nouvellement au pouvoir. Le choix du mode de scrutin est lourd de conséquences. Triple approche :

• L'effet du choix d'un mode de scrutin du point de vue de la représentation : faire un choix entre les différents scrutins est lourd de conséquences. Le scrutin majoritaire peut à certains égards apparaître comme injuste, et c'est pour cette raison qu'on l'a beaucoup condamné dans l'histoire. Avec le système majoritaire, on pourrait imaginer qu'un parti ou un candidat l'emporte avec la moitié des voix + 1. Il est choquant de se dire que tout X (électeur de cette majorité) a pu par sa simple voix faire basculer le camp de la majorité de l'autre côté (prime à la majorité). Il arrive parfois que ce phénomène connaisse une distorsion fâcheuse, cf. la Loi

du cube, modélisée en Angleterre dans les années 50 : avec le scrutin majoritaire, dans certaines conditions, l'écart de représentation dans une assemblée est équivalent au cube de l'écart des voix dans les partis politiques. La RP parvient-elle vraiment à corriger l'effet de distorsion qu'on retrouve dans le scrutin majoritaire ? Oui, car si le principe de la représentation proportionnelle est le fait que la représentation dans l'assemblée soit proportionnelle, on se rapproche de quelque chose de plus juste. Des critiques toutefois : le régime représentatif n'a pas forcément vocation à assurer la représentation de toutes les mouvances du corps social. Ce qui compte, c'est la représentation abstraite de la nation. En outre, sauf à admettre que tous les courants soient représentés, il faut noter la présence d'effets de seuil. Il n'existe aucun système prévoyant l'existence de seuils. Ce seuil a à son niveau le même effet que le scrutin majoritaire, une poignée d'électeurs peut faire basculer le résultat. La représentation proportionnelle vise à corriger cette inégalité dans la représentation.

• Répercussions d'un mode de scrutin sur la répartition des partis politiques : le scrutin majoritaire a un effet « simplificateur ». On constate que dans le cadre d'un système à un tour, le bipartisme figé est encouragé. On vote plutôt contre que pour. Ce phénomène d'anticipation a tendance à décourager la formation de partis politiques. À deux tours, on passe d'un bipartisme figé à une structure bipolaire plus éclatée (sensibilité gauche/droite). On ne peut pas déterminer à partir d'un seul mode de scrutin tous les effets de l'organisation des partis politiques. Les partis politiques sont moins conçus au sein de la représentation proportionnelle. Cette modalité de répartition des sièges a tendance à doper la Constitution de partis politiques. On peut reconnaître à la RP une prise plus directe des mouvances d'une société à un moment donné.

• Conséquence du choix d'un mode de scrutin sur les institutions politiques : le mérite du scrutin majoritaire est de permettre de gouverner (grâce à une majorité claire, on peut clairement gouverner). Ce constat est toutefois à nuancer, car il n'est vérifié que dans le cadre du scrutin majoritaire à un tour. À deux tours, il est très rare qu'une seule formation ait la majorité des sièges (stratégies de coalitions). Pour la démocratie, il y a un danger de bâillonnement de l'opposition. Par rapport au scrutin majoritaire, la RP fait perdre son intérêt au phénomène de l'alternance. L'un de ses intérêts est qu'on assiste souvent à des débats de fond, de qualité entre les formations politiques (même si elles sont beaucoup trop rares).

Sur le terrain de la représentation politique et de la justice représentative : le scrutin majoritaire est injuste et la représentation proportionnelle est fidèle (correction des inégalités ?).

Sur le système des partis et la structure partisane dans un État donné : l'effet est simplificateur avec le SM, la RP favorise la multiplication des partis modestes.

Sur le fonctionnement des institutions : apparition d'une majorité claire avec le SM, compromis centristes avec le RP. Il n'existe nulle part un système de RP qui ne prévoit pas de seuils et de planchers.

#### **Section 4 : les partis politiques**

*Les partis politiques en contexte pluraliste*

Critique des régimes à compétition politique limitée.

Position du problème.

L'exemple des États marxistes.

Le schéma du parti dominant.

Plaidoyer pour un pluralisme partisan.

La libre compétition entre partis politiques, une condition de la démocratie réelle.

La structure de l'univers partisan : le multipartisme (asymétrique, symétrique ou symétrique avec parti à vocation majoritaire), le bipartisme.

Réflexion sur les typologies : parti de cadre et parti de masses, parti-charnière et parti pivot.

Il y a le pluralisme partisan, c'est-à-dire qu'un État est un État qui pose question sur le sujet de la démocratie. Il peut exister des sélections qui peuvent faire preuve de mascarade.

Certains États peuvent donner une illusion de pourcentage obtenu. En France, on peut voter de manière démocratique et pluraliste.

## **Titre 2 : la classification des régimes politiques et les régimes étrangers**

### **Chapitre 1 : la classification des régimes politiques**

#### **Section 1 : la distinction entre formes de gouvernements et régimes politiques**

##### **1 – Le principe de la distinction**

Il faut distinguer deux notions : d'un côté la forme du pouvoir (ou forme de gouvernement), et de l'autre le régime politique. La forme du gouvernement est une notion plus générale que celle de régime politique. Comme les sociétés sont organisées, on distingue des types de pouvoirs et différentes formes de gouvernements. On a commencé à parler de régimes politiques surtout à partir du moment où des Constitutions matérielles écrites ont posé un certain nombre de règles précises pour le fonctionnement du pouvoir. Quelles sont les exigences modernes de la classification ? Toutes peuvent être classées dans un type de régime politique. Le régime politique peut être identifié grâce à l'analyse des règles qui répartissent les compétences entre les différents organes. La distinction entre forme de pouvoir et gouvernement correspond à la distinction entre, d'une part, le principe de la répartition des compétences, qui renvoie aux formes de gouvernements, et de l'autre les modalités de la répartition des compétences, qui renvoient, elles, à la nature du régime politique.

##### **2 – Les différentes formes de gouvernements**

On fait la distinction entre une classification traditionnelle et des typologies plus contemporaines.

###### **A – La classification traditionnelle**

La description des formes de gouvernements repose sur la localisation du pouvoir politique dans une société déterminée. On fait donc la distinction entre la monarchie, l'oligarchie, et la démocratie. La distinction la plus fréquente est fondée sur le nombre de ceux qui gouvernent (une seule personne = monarchie ; un petit groupe de personnes = oligarchie ; pouvoir localisé dans la masse = démocratie). On peut ajouter à cette approche un critère qualitatif (exemple : gouvernement des meilleurs = aristocratie). Le gouvernement d'un seul a des vertus (rapidité notamment). Plus une décision doit être prise rapidement, plus la décision prise par une seule personne présente des avantages, mais le pouvoir d'un seul est aussi un inconvénient car les

décisions difficiles à prendre sont délicates. Le pouvoir d'un seul nous expose toujours aux risques des caprices du prince. C'est l'inverse pour la démocratie (lenteur car plus de personnes pour décider). La délibération collective a cependant des vertus.

Les avantages et inconvénients des différentes formes de gouvernements ont amené les auteurs postérieurs à déterminer la meilleure forme de gouvernement. À partir d'auteurs, comme Polybe, on a élaboré une théorie du gouvernement mixte, par laquelle on essaye de combiner les avantages procurés par chacune des différentes formes de gouvernements (17<sup>e</sup> siècle, théorie de la séparation des pouvoirs). Le gouvernement mixte assurerait la stabilité du pouvoir, par un partage ou peut être une mise en commun du pouvoir politique. Il s'agirait de faire en sorte que les avantages des trois systèmes soient cumulés. Le roi aurait le dernier mot, mais on donne la parole à la nation. On partage le pouvoir de prendre des décisions politiques, d'adopter des normes. Une assemblée représentant le peuple prend des décisions, mais le monarque peut suspendre cette décision par un veto. Critiques : elle ne rend plus compte aujourd'hui de la réalité des différentes formes de pouvoirs dans les différents États. Au moins deux de ces quatre formes de gouvernements ont disparu avec le temps : démocratie directe, transformation de la monarchie en système oligarchique.

## B – Les classifications contemporaines

Quatre typologies se démarquent :

- Celle qui fait la distinction entre les États totalitaires et les États libéraux, depuis les grands travaux d'Aron et Arendt. Il s'agit d'opposer totalitarisme et libéralisme à partir du champ d'application des normes dans ces deux systèmes. Dans les systèmes libéraux, les règles de droit ne régissent positivement que certaines matières et domaines de la vie des gens, domaines dans lesquels les individus se voient simplement prescrire un cadre général d'action. L'autonomie de la volonté des individus reste entière à l'intérieur d'un cadre fixé par le pouvoir. Cette théorie repose directement sur la liberté des droits de l'Homme. La société civile est séparée de la société politique. La société totalitaire correspond à des normes qui vont régir jusqu'à la liberté de conscience et de nombreux domaines de la liberté du citoyen. L'État « absorbe » la société civile. Cette distinction entre forme totalitaire et libérale n'a rien à voir avec les distinctions précédentes. Rien n'interdit de penser qu'un monarque qu'on appellera « despote éclairé » puisse être quelqu'un de respectueux des droits et libertés du sujet. À l'inverse, il n'y a pas d'incompatibilité absolue entre approche libérale et totalitarisme. Aucune démocratie n'est à l'abri d'une approche totalitaire.
- Celle qui distingue autocratie et démocratie (par Kelsen), qui remonte à 1945 et qui repose sur une distinction basée sur les grands types de rapports entre les Hommes. Soit les normes sont produites par leurs destinataires (ceux qui sont soumis, cas de la démocratie), soit les normes sont produites par des personnes autres que leurs destinataires, c'est-à-dire par des individus et des organes qui échappent à l'application de ces normes (versant autocratique du pouvoir). On ne rend de comptes qu'à soi-même, et celui qui prend les normes est exempt de subordination. En démocratie, l'auteur de la norme est aussi son destinataire.
- Celle entre les formes de gouvernement pluralistes et les formes de gouvernement monistes. Un gouvernement pluraliste, ou ouvert, est une forme de gouvernement dans laquelle plusieurs hommes participent à la compétition pour le pouvoir de façon légitime, ouvertement, et selon des règles du jeu fixées à l'avance, ceux qui l'emportent vont gouverner les autres pour un temps prédéterminé. Avec la forme de gouvernement moniste, le pouvoir

est clos, la compétition pour le pouvoir n'est pas autorisée, c'est le problème du parti unique, qui conduit souvent à la mise en place d'un pouvoir autoritaire ou totalitaire. Cette typologie repose sur la liberté des uns et des autres à participer à la création du pouvoir.

- Celle entre les formes de pouvoir à partir d'une réflexion sur la plus ou moins grande concentration de ce pouvoir dans certaines mains : concentration ou partage du pouvoir. Le pouvoir peut apparaître comme concentré ou divisé, et on peut confronter cette typologie sur les formes de gouvernements (concentrés dans le cadre de la monarchie, très diffus dans le cadre de la démocratie). Il ne faut pas appréhender le pouvoir à partir du nombre de ceux qui le détiennent mais à partir de la manière dont il est exercé (mode d'exercice du pouvoir). Dans cette vision, on peut considérer que le pouvoir est concentré si on analyse les trois premières formes de développement. Il n'est pas faux de dire qu'aussi bien dans la démocratie que dans l'oligarchie ou la monarchie, on assiste à un pouvoir concentré, du point de vue de la forme de l'exercice du pouvoir. Seule la source du pouvoir varie dans les trois cas. En présence de plusieurs personnes, le pouvoir est partagé, mais d'un autre point de vue, le pouvoir est concentré car l'entité le détient dans son ensemble sans partage. Les excès de pouvoir sont possibles car dans chacun de ces cas, le pouvoir est concentré entre les mains d'une seule entité. Dans le gouvernement mixte, on peut considérer que le pouvoir est partagé car il n'appartient pas intégralement à une seule entité. Si l'on essaye d'éclairer les quatre types de gouvernements, on peut parler de pouvoir concentré dans les trois premières formes de gouvernements et de pouvoir partagé dans la dernière. À partir de l'époque du Constitutionnalisme moderne apparaît la théorie de la séparation des pouvoirs.

## Section 2 : la séparation des pouvoirs, critère classique de la typologie des régimes

### 1 – Les origines de la séparation des pouvoirs

*Une dimension descriptive ancienne*



C'est celle qui est liée au fait qu'il est possible de repérer dans l'histoire certaines formes anciennes de la séparation des pouvoirs. On peut repérer des phénomènes de séparation en

Occident. Saint Thomas d'Aquin (ci-contre), au 13e siècle, découvre dans la Constitution mixte de Polybe l'équivalent de ce qu'il croit pouvoir trouver dans le gouvernement de l'ancien Israël. Moïse était le roi, un collège de 72 sages était à ses côtés, et les Anciens étaient élus par le peuple. Au 14e siècle, d'autres auteurs (dont Jean de Paris) croient voir un gouvernement de l'Église comme un gouvernement mixte (pape, évêques...). De très fins juristes distinguent alors différentes fonctions du pouvoir. À partir du 15e siècle, beaucoup d'auteurs comprennent qu'un monarque a différentes activités : il peut légiférer, faire exécuter ses décisions et rendre la justice. Il peut prendre des actes généraux et des actes concernant un individu en particulier.

Le roi légifère mais rend aussi la justice. À partir du 16e siècle, la conscience est claire : quelle que soit la forme du pouvoir, ce pouvoir politique se manifeste à partir de différentes fonctions. Il existe d'un côté un pouvoir de légiférer et de l'autre un pouvoir d'exécuter. Ces auteurs remarquent que la société fait comme l'Homme : un individu peut se fixer un programme pour sa journée, il exécute ce qu'il s'est fixé, et le soir il porte un jugement sur les actions qu'il a réalisées. Au 17e siècle, on assiste à la séparation des organes et des fonctions, une approche de la séparation des pouvoirs va être plus descriptive.

#### *Une signification prescriptive plus moderne*

On avait remarqué que certaines formes de pouvoirs étaient plus respectueuses que d'autres sur certains principes. Question d'approche qualitative : créer différents organes avec différentes fonctions. Dès l'instant où l'individu est devenu la source de la fin du pouvoir politique, l'idée de séparer des pouvoirs a acquis une signification plus prescriptive. La séparation des pouvoirs est ressentie comme un instrument permettant de réaliser ce pouvoir politique nouveau. À partir du 18e siècle, la séparation des pouvoirs est devenue un instrument politique. Les gouvernants nous représentent et ne peuvent agir sans notre consentement.

#### *Quelles sont donc les origines directes de la séparation des pouvoirs ?*

Le premier auteur à s'être penché sur la question est un philosophe anglais : John Locke, qui entendait limiter les prérogatives de la monarchie anglaise (« Deuxième traité du gouvernement civil », 1688), loi naturelle donnant à chaque individu un pouvoir sur le monde. Il va rapprocher la société politique dans sa forme d'une certaine conception de l'Homme. (« Tout homme à qui est confié un pouvoir est tenté d'en abuser » Montesquieu). Pour Locke, le représentant qui est au pouvoir sera porté à abuser de son pouvoir, car bien qu'il soit la légitimité liée à une élection ou une nomination, les organes du pouvoir supposant l'intervention des Hommes, ceux qui gouvernent seront tentés d'abuser de ce pouvoir. Si l'on souhaite canaliser le pouvoir et le maintenir dans la mission qui lui est assigné, il n'y a pas d'autre choix que de trouver les meilleures modalités au niveau de la séparation des pouvoirs. C'est en séparant les pouvoirs que l'on annihilera la tentation d'abuser du pouvoir. Il faut trouver un système qui interdise de faire n'importe quoi avec le pouvoir qu'un individu à entre ses mains. Il faut créer à ses côtés des organes pouvant constituer une menace pour le représentant du pouvoir. Pour Locke, il n'est pas possible de concevoir une séparation parfaitement étanche car on ne peut pas identifier une fonction législative, exécutive, et juridictionnelle ; en pratique, pour que le pouvoir d'État soit mis en œuvre, il faut un lien entre ces trois fonctions. Que serait une loi si personne ne l'exécutait ? Autant il est nécessaire de distinguer des fonctions intellectuellement, autant ces fonctions doivent être coordonnées. Il faudra attendre Montesquieu (« De l'esprit des lois ») pour que la séparation des pouvoirs

soit clairement énoncée. Il reconnaît lui-même qu'il est influencé par l'expérience anglaise et John Locke. Il s'est intéressé aux pouvoirs politiques à une époque où la monarchie absolue se trouvait à son apogée en France, et aux abus de pouvoirs et aux moyens y remédier. Il finit par conclure que la formule retenue en Angleterre était bonne. Pour éviter les abus inhérents au pouvoir d'un seul, il faut confier l'exercice du pouvoir à différents organes dont chacun aura une fraction de ce pouvoir, tout en faisant en sorte qu'ils se neutralisent.

## 2 – La signification et la portée du principe de séparation des pouvoirs

A – Première lecture : la séparation des pouvoirs vue par les Constituants de l'époque révolutionnaire



Lorsque Montesquieu (ci-contre), en 1748, propose son développement sur la séparation des pouvoirs, il admire le régime anglais et la place que le régime admet à la Chambre des Lords. La séparation des pouvoirs ne ressemble pas vraiment aux développements futurs. Les pouvoirs ne seront pas réellement séparés (transfert du monarque vers une assemblée). On voulait limiter la puissance de l'État, d'où la séparation des pouvoirs. On a donné la possibilité aux monarques en place de limiter le pouvoir législatif de l'assemblée. Certains auteurs ont tenté d'interpréter différemment le principe de Montesquieu. En réalité, Montesquieu avait une seule exigence à l'esprit : il fallait éviter que toutes les fonctions de l'État se trouvent entièrement entre les mains d'un seul et même organe.

B – Deuxième lecture : la séparation des pouvoirs revisitée par l'école fonctionnaliste

Montesquieu était un modéré qui voulait éviter une concentration de toutes les fonctions dans les mains d'un seul organe. Si un seul organe peut tout faire, le risque d'un abus de pouvoir est très grand. Montesquieu nous explique implicitement le champ des possibles : la séparation des pouvoirs serait compatible avec le fait que plusieurs organes participent à une même fonction (répartition de la fonction législative entre plusieurs organes...). Cet élément qui répartit une même fonction est une approche modératrice du pouvoir (la séparation des pouvoirs est une prévention contre l'abus de pouvoir).

Montesquieu distingue deux facultés dans la manière de participer à une fonction :

• Une faculté de statuer : faculté d'ordonner par soi-même ou de nuancer ce qui a été ordonné par un autre. Elle s'inscrirait dans une approche constructive de la fonction.



• Une faculté d'empêcher : le droit de rendre nul une résolution prise par un autre organe (un droit de veto reconnu serait une illustration de la faculté d'empêcher).

L'organe qui sera chargé à titre principal de la fonction législative aura dans ce domaine la faculté de statuer (de faire la loi), et on pourrait imaginer que l'organe exécutif, lui, dispose d'une faculté d'empêcher. Le veto royal dans la Constitution de 1791 est une bonne illustration des deux fonctions. On peut considérer que l'organe législatif, dont la mission principale sera la faculté de statuer sur les lois, peut aussi avoir un rôle de vérification de la bonne exécution des lois (pas illégitime). L'étage des organes (approche organique de la séparation des pouvoirs : un seul organe ne doit pas englober toutes les fonctions), puis l'étage des fonctions de l'État (unité du pouvoir d'État + démembrement des fonctions), puis l'étage de participation aux fonctions, soit de manière active et constructive, soit de façon neutralisante, avec la faculté d'empêcher la mise en œuvre d'une fonction. Il est vrai que même avec Montesquieu, pendant très longtemps, la doctrine n'a pas bien perçu l'importance de la faculté de juger.

### **3 – Les modalités de la séparation**

#### La séparation rigide et souple

Nécessité d'articuler les pouvoirs : dès lors qu'on a posé le principe d'une distinction entre les organes et d'une répartition des tâches, la question devient « quelle séparation ? ». La séparation des pouvoirs ne peut être comprise comme un isolement entre les différents organes. Une action unique et harmonieuse de l'État est nécessaire. On ne peut exercer le pouvoir d'État si on ne crée pas une unité d'action. Il est nécessaire que les lois soient bien exécutées et bien jugées. Que deviennent ces deux éléments s'il n'y a pas de juges ? À certains égards, il est nécessaire que les pouvoirs collaborent, car aucun d'entre eux ne peut agir isolément. Il s'agit d'une articulation entre les fonctions et les organes.

Il existe historiquement deux grandes modalités possibles, qui correspondent à deux conceptions :

• Les organes entretiennent des relations qui permettent ensemble l'exercice de telle ou telle fonction.

• L'approche qui repose sur le soupçon que l'on nourrit à l'égard de ceux qui gouvernent. La séparation organique pourrait avoir des limites. Il faut se méfier du pouvoir, et éviter la collaboration de deux organes pour une seule et même fonction. On va donner une responsabilité à chacun des pouvoirs, et on va donner des armes pour neutraliser les autres pouvoirs (veto, dissolution...) – vocation négative (empêcher un organe d'utiliser son pouvoir, obliger implicitement un organe de faire pression sur un autre).

#### B – Distinction entre régime présidentiel et régime parlementaire

Dans le cadre d'une séparation rigide, on est en présence d'un régime présidentiel (un président détient la totalité de la fonction exécutive). Organe législatif : le Congrès, qui ne peut être dissout et qui détient le monopole de la fonction législative. Attribution à chacun des deux organes d'une « arme » qui peut être utilisée pour menacer l'autre : veto présidentiel, et « empeachment » dans les mains du Congrès (contrôle politico-pénal du Congrès des États-Unis). Rapport de défiance.

Le régime parlementaire se caractérise par l'existence d'un dialogue permanent entre les

différents organes. Dialogue qui renvoie au fait que dans cette approche les fonctions sont réparties différemment entre les organes. Certes, le parlement va voter la loi, mais le gouvernement peut aussi faire des projets de loi (rapport de confiance dans les deux organes). Reddition de comptes = responsabilité politique du gouvernement. Chacun participe de façon subsidiaire à l'autre, à travers l'initiative législative. Faculté de dissolution, qui serait le prolongement de la rupture du dialogue, et de confiance, supposée exister.

### **Section 3 : la critique de la conception classique de la séparation des pouvoirs**

#### **1 – La multiplication des critiques**

##### Les critiques idéologiques

À partir de quel moment passe-t-on d'une collaboration entre les organes à une véritable intrusion d'un organe dans la fonction de l'autre ? Le droit d'amnistie n'est-il pas une intrusion de l'organe législatif dans la fonction juridictionnelle ? Comment comprendre la possibilité de faire peser plus qu'une menace sur l'organe juridictionnel, par la maîtrise qu'a la loi ? Critique de « l'effet de seuil » (c'est-à-dire des limites).

Tous les régimes politiques ne partagent pas l'idée de la séparation des pouvoirs. De nombreux États totalitaires ont considéré qu'il fallait rejeter le principe de séparation des pouvoirs. Il faut que le pouvoir soit modéré au nom du respect des lois. La séparation des pouvoirs révèle que le pouvoir est toujours une menace potentielle pour les individus. Dans les États socialistes, le pouvoir doit être nécessairement fort ; un pouvoir modéré et divisé serait faible dans ce contexte. Les élites sont complices. Pour Marx, la séparation des pouvoirs est une institution de pure façade, qui permet une collusion entre les différents pouvoirs. Unité du pouvoir d'État, critique marxiste et socialiste qu'il fait remplacer par l'action unique de l'État.

##### Les critiques pratiques

En réalité, pour beaucoup, le problème tient au fait que derrière la proclamation de principe, la réalité du pouvoir est de plus en plus souvent une réalité de pouvoir concentré. Le régime britannique serait une belle illustration de la concentration des pouvoirs (dans les mains d'un seul parti). L'alternance – et le pluralisme – fait que le pouvoir peut changer de mains – et donc de parti – mais pendant le temps où le parti a le pouvoir, il en dispose dans sa totalité. Le droit de dissolution n'est pratiquement plus utilisé dans la plupart des démocraties libérales. Le droit de veto du président des États-Unis a évolué. Les conditions politiques et institutionnelles ont changé, de telle sorte que la séparation des pouvoirs ne répond plus à ses fonctions (exemple : les parlements ne font plus la loi, ils sont devenus peu adaptés aux exigences de l'État ; les parlementaires sont-ils les mieux placés pour contrôler les lois dans un État gendarme ?). On a vu le centre de gravité législatif sortir des parlements. Le parlement ne fait maintenant plus qu'entériner des lois élaborées ailleurs. Du point de vue de la séparation des organes, on a assisté, dans la plupart des démocraties libérales, au phénomène du fait majoritaire, qui repose sur l'idée selon laquelle, à partir du moment où un parti remporte les élections, il tient les rênes du gouvernement mais aussi les rênes du parlement. Dans ce contexte, comment trouver encore un intérêt dans la séparation des pouvoirs, si les membres d'un parlement et d'un gouvernement veulent la même chose ? Ce que veut le

parlement, le gouvernement le voudra également. La dissolution n'est plus pratiquée dans les régimes parlementaires.

## **2 – La reformulation des principes**

### *La valeur actuelle de la séparation des pouvoirs*

La séparation des pouvoirs est encore évoquée en tant qu'elle a été attachée aux valeurs libérales. Elle n'appartient donc pas encore au passé. Dans la plupart des régimes pluralistes, on invoque toujours la séparation des pouvoirs. Le Conseil constitutionnel a considéré dans une décision du 22 juillet 1980 « Validation d'actes administratifs » que la séparation des pouvoirs serait un principe à valeur constitutionnelle. Les démocraties libérales n'ont rien inventé de mieux que la séparation des pouvoirs pour freiner les abus. Son principe même reste pertinent. Si l'on veut techniquement trouver de la pertinence, il faut conférer une signification plurielle.

### *Les séparations des pouvoirs*

Première approche : séparation des pouvoirs constituants et constitués : l'une de ces découvertes se situe au niveau de la nécessité d'une séparation. Le pouvoir souverain est celui du peuple, qui détient le pouvoir constituant au-dessus duquel rien ne se trouve. Si la Constitution est du droit, elle doit être inviolable. Il importe qu'il ne puisse porter atteinte au pouvoir du peuple. Les pouvoirs constitués doivent être clairement séparés des pouvoirs constituants, ce qui signifie que seul le pouvoir constituant doit pouvoir créer les pouvoirs constitués et leur assigner un rôle. La Constitution doit être hors d'atteinte des pouvoirs constitués. Cette vision classique est d'autant plus importante que dans l'histoire les pouvoirs constitués avaient en dernière analyse de mettre entre parenthèses les pouvoirs constituants. Le pouvoir constituant l'emporte donc sur tous les pouvoirs constitués.

À l'époque contemporaine, la séparation des pouvoirs repose sur la réflexion relative au rôle des pouvoirs juridictionnels. La question de l'indépendance des juges est centrale. Dans la mesure où une seule majorité politique va se répartir d'une fausse manière entre l'organe législatif et exécutif, la véritable tension ne se déplaçait pas sur le terrain des juges d'un côté, ni des deux autres pouvoirs de l'autre. Mise en place des juges constitutionnels, expression du remaniement de la séparation des pouvoirs, ils restreignent l'action de deux pouvoirs susceptibles de pouvoir être complices : l'exécutif et le législatif. Faut-il ou non séparer le pouvoir en son sein ? Faut-il que l'organe législatif soit lui-même séparé de manière interne ? Ne peut-on pas craindre d'une chambre seule qu'elle abuse de son pouvoir ? (dans les États unitaires, présence d'une deuxième chambre, « bicaméralisme »).

La séparation des pouvoirs garde donc une pertinence théorique, symbolique, et elle reste un instrument dont la portée est heuristique (explicative). C'est une théorie qui aide encore à comprendre, à décrire certaines réalités, à la condition qu'on lui reconnaisse des significations plurielles.

## **Chapitre 2 : les régimes étrangers par l'exemple**

## Section 1 : le régime présidentiel des États-Unis

### 1 – La Constitution des origines

#### *Aperçu historique et contexte*

Les Américains ont toujours eu un regard sur l'Europe. On peut comprendre pourquoi les Anglais ont toujours eu une attitude partagée, le lien historique est profond et complexe. Taille impressionnante du territoire, caractère jeune d'un État nouveau, culture dans laquelle le « melting pot » est prééminent, pays où les divergences politiques sont peu marquées. Ces éléments sont déterminants pour comprendre le schéma institutionnel des États-Unis. Les treize colonies originaires étaient très différentes les unes des autres, tant sur le plan juridique que religieux. Il existait simplement une homogénéité de langue et une unité qui se consolidera par un effet de solidarité. L'essor industriel de certaines colonies anglaises a été source de dissensions avec la mère patrie, avant ensuite que des conflits de plus en plus aigus n'apparaissent entre la couronne d'Angleterre et les colonies. 4 juillet 1776 : la déclaration d'indépendance des États-Unis est adoptée par le Congrès continental, instance de liaison chargée de conduire la guerre au nom de l'ensemble des colonies contre l'Angleterre. Cette déclaration comporte des idées libérales qui seront importantes par la suite (participation au gouvernement, gouvernement autonome des États fédérés par rapport à une fédération, égalité entre tous). N'importe quel gouvernement doit être établi pour garantir la paix des individus, tout gouvernement qui s'en éloignerait doit être destitué, il faut faire une union. La guerre contre la couronne d'Angleterre continuera jusqu'en 1781. En réalité, on a assisté à des développements de l'Union américaine en deux phases :

- À partir de 1777, les Américains créent une confédération par un traité (14 novembre) qui organise une « ligue d'amitié » avec seulement le Congrès pour organe, assemblée de diplomates représentant les colonies. Mais le manque de moyens et un champ de compétences limité mènent à un échec. Les pouvoirs étaient mal séparés. C'est un ensemble de dysfonctionnements qui a conduit à une deuxième détente.
- 1786, transformation d'un État confédéral en un État fédéral.

#### *La Constitution de 1787*

Le régime anglais est considéré comme un modèle. Il faut nécessairement brancher la réflexion sur la rédaction d'une Constitution. Les Américains ont été traumatisés historiquement par la violence des rois, ce qui va les conduire à vivre le pouvoir de façon « libéricide » (chose qui tue la liberté). Ils veulent neutraliser tout pouvoir. En même temps, le texte de 1787 se voudra la transposition républicaine de certaines institutions britanniques. Pas d'exécutif trop fort, mais en même temps manque d'un exécutif fort pendant les années de confédération. Il faut donc à la fois qu'un pouvoir législatif existe, sans pour autant qu'il ne devienne trop fort. Il doit être contrebalancé par un pouvoir exécutif non nocif. Le meilleur gouvernement sera celui qui gouvernera le moins, car tout pouvoir est nuisible.



Les Américains vont donc chercher l'équilibre, pour préserver les individus et les États qui vont accepter de s'unir. La question fédérale sera au centre des débats. Harmonisation entre les compétences de l'État, et les compétences au profit des États fédérés. La Constitution américaine s'appuie aussi sur les expériences des colonies, car ces textes ont inspiré les constituants de Philadelphie. La Constitution de 1787 se présente comme un texte équilibré. Le régime américain ne sera pas présidentiel en 1787. Chacun est à sa place, le Congrès fait la loi, le président l'exécute, et le pouvoir judiciaire juge, chacune des trois fonctions est incarnée par un organe particulier. Idée de balance des pouvoirs. L'objectif central est d'assurer la sûreté du peuple et la préservation de ses droits. Le peuple doit toujours se méfier du pouvoir. Chaque pouvoir va disposer d'éléments pouvant faire contrepoids et équilibrer le système. John Adams écrit en 1814 que la Constitution comporterait huit balances des pouvoirs (dans l'organisation du suffrage, dans l'organisation des pouvoirs publics, balance entre le législatif et l'exécutif, entre le Sénat et le président national, entre le pouvoir judiciaire et les autres pouvoirs). Balances fédérales, entre les États fédérés et l'État fédéral. Ces balances contribuent à une stabilité du système. Séparation rigide des pouvoirs, car il n'existe pas de mécanisme de collaboration entre les différents organes. Découverte de mécanismes de coutumes, d'usages, fondement même du système (cf. l'empêchement, qui repose sur une balance des pouvoirs). Faculté d'empêcher, qui passe par une balance des pouvoirs. Le rapport entre le Congrès et le président est un rapport de défiance. En face, on retrouve le veto présidentiel, qui est une arme, preuve d'une faculté d'empêcher. Il est là pour obliger le Congrès à prendre en compte certaines orientations présidentielles. Pouvoir judiciaire, couronné par une Cour suprême qui est à la tête d'un édifice juridictionnel. La Constitution américaine avait pour vocation première de garantir la sécurité des individus. Question du fédéralisme qui a conduit trois auteurs, Hamilton, Jay et Madison, à produire une série de d'articles intitulée « Le Fédéraliste ». La parution de ces textes a recentré les débats sur la question fédérale. Les conflits étaient tellement vifs que cette question est passée au second rang. C'est en 1789 qu'une première liste de droits fondamentaux est énumérée par Madison.

---

## 2 – Le contexte démocratique

## A – Les forces organisées

Les partis politiques : rapport particulier. Le bipartisme qui domine exclue les extrémismes politiques. Le schéma binaire classique renvoie dos à dos les républicains et les démocrates. La discipline de vote n'est pas aussi marquée. On peut assister à des clivages qui ne rendent pas compte des clivages classiques (démocrates vs. républicains). Le bipartisme n'est pas aussi marqué qu'en Grande-Bretagne. Les bases des deux grands partis sont relativement proches. Ces partis ne sont pas des partis de cadre structuré, mais ils se caractérisent par une forte décentralisation. Les instances nationales existent mais n'apparaissent que rarement. Les organisations locales ressortent plus. Rôle de désignation des candidats. Les partis sont décisifs, c'est le point de passage obligé. Les rôles de pression jouent un rôle structurant.

Rôle central des groupes de pressions : influence inversement proportionnelle à celle des partis politiques. Eux n'ambitionnent pas de prendre le pouvoir, ils cherchent plus à influencer le pouvoir. Ils défendent certains intérêts spécifiques et se présentent sous deux formes distinctes : certains sont bien structurés et institutionnalisés, d'autres restent plus informels, inorganisés. Regroupements objectifs (traits communs d'origine, ethnies, religions). Ils auront plus d'impact car leurs membres peuvent s'identifier à une cause particulière. Le fait que ces groupes de pressions plus volatils n'aient pas de structures n'empêche pas leur influence politique car ils peuvent constituer numériquement une masse (lobby). Les groupes de pression sont extrêmement influents, et ils sont reconnus et officialisés. Ils n'ont pas forcément le même rôle occulte qu'ont les groupes de pression en France (il y a un risque d'abus, mais tout se fait au grand jour). Tous les lobbies ont le droit d'influencer les groupes politiques. Les lobbies ont un statut beaucoup plus institutionnalisés qu'en France, car basés sur la professionnalisation. La plupart des lobbies vivent grâce à des cotisations et des donations, et un registre doit être déposé devant les deux chambres fédérales sur lequel figure le nom de tous les représentants des groupes de pression pouvant influencer les politiques. Il existe dans les projets en France l'idée d'un calque de ce qui se passe aux États-Unis.

## B – Le système électoral

Aux États-Unis, le rapport entre l'élection et la représentation est un rapport étroit, utilisé pour la désignation des fonctionnaires, comme pour l'élection des dirigeants, ainsi que pour les juges. La contrepartie, c'est que l'électeur américain est sollicité en permanence. Entre le niveau national ou local, l'électeur américain est toujours en campagne. On élit le président, le gouverneur, le shérif, le juge, le représentant du Congrès. L'abstentionnisme est souvent très fort (54 % avaient votés en 1992 pour l'élection du président). La législation électorale relève de la compétence des États fédérés. Le scrutin majoritaire à un tour est le plus souvent retenu.



Système des primaires pour désigner les candidats des deux grands partis à une élection. Le système des primaires est laissé à la discrétion des États fédérés. Pour cette raison, les systèmes retenus varient de façon aléatoire. On distingue différentes modalités concernant les primaires. Dans les primaires ouvertes, l'électeur peut se prononcer pour un candidat le jour même de l'élection alors que dans les primaires fermées, l'électeur s'inscrit et s'engage à l'avance à voter pour un candidat. Avantage démocratique : le choix des candidats est laissé à la discrétion des citoyens. La participation électorale peut être faible, et plus elle est faible, plus la crédibilité du candidat peut être remise en cause. Extraordinaire faiblesse de la base idéologique : d'autres vecteurs dynamiques prennent le relais (pouvoir de l'argent). De nombreux millionnaires américains peuvent ainsi devenir candidats. Moins il y a d'idées, plus la personnification du pouvoir est forte. En marge de l'élection, un certain nombre de techniques semi-directes existent : les procédures classiques populaires, qui permettent à un certain nombre de citoyens locaux d'aiguiller le vote des électeurs avec des projets ; système de veto collectifs. On dénombre en moyenne 15 000 référendums locaux par an aux États-Unis. À noter encore la procédure du « recall », qui veut que tout responsable public qui obtiendrait des fonctions grâce à l'élection puisse être destitué de sa charge par un vote populaire avant la fin de son mandat.

### **3 – La structure fédérale des États-Unis**

#### A – Le système fédéral dans ses principes

Principe d'autonomie constitutionnelle des États fédérés. Les colonies comprenaient bien qu'il était de leur intérêt de se réunir selon un ordre structuré, mais elles ne voulaient pas se fondre dans la masse des États fédérés. L'autonomie suppose que chaque État fédéré soit doté d'un ordre juridique complet. Chaque État a ainsi une Constitution, des pouvoirs publics qui se ressemblent d'un État à l'autre (le plus souvent bicaméraux), un pouvoir exécutif, incarné par un gouverneur élu et qui dispose de pouvoirs plus ou moins importants selon les États. Il existe cependant des limites à l'autonomie des États fédérés, qui tiennent à la structure fédérale, qui fait que l'autonomie n'est pas la souveraineté. Le principe d'autonomie ne fait pas obstacle au principe de Constitution fédérale, supérieur à celle des États fédérés. L'ordre juridique est complet mais hiérarchiquement subordonné. La Cour suprême veille à ce principe hiérarchique. La répartition des compétences repose sur un principe logique qui correspond à ce que la compétence des principes soit celle des États fédérés. James Madison, qui était fédéraliste, avait été le premier à dire que les pouvoirs dévolus au Congrès américain étaient plutôt modestes, et que le reste du pouvoir profitait aux États fédérés. Les premières tendances furent des tendances centralisatrices (méfiance des anti-fédéralistes qui ont cru bon

en 1791 de proposer un 11<sup>e</sup> amendement, les pouvoirs non délégués à la fédération sont en principe réservés aux États fédérés ou au peuple).

## B – Le fédéralisme américain dans son évolution

Il ne correspond plus à celui qu’avaient envisagé les pères fondateurs. L’évolution aux États-Unis est conforme à une évolution centralisatrice (les moments de crise et de difficultés sociales et économiques sont favorables à un pouvoir central). Problème majeur de la clause finale, alinéa ultime, qui donne au Congrès le pouvoir « de faire toutes les lois qui seront nécessaires et convenables pour mettre en exécution les pouvoirs précédemment énumérés, et tout autre pouvoir conféré par la Constitution au gouvernement des États-Unis ». À partir de cette clause, la Cour suprême américaine va développer deux théories (des pouvoirs implicites et des pouvoirs résultants). Ces deux techniques jurisprudentielles vont permettre au Congrès américain d’élargir ses compétences. La jurisprudence de la Cour suprême fut déterminante dans l’évolution du fédéralisme américain. Les choses furent largement tributaires du président de la Cour suprême. Une cour constitutionnelle est incarnée par des personnages dirigés par un président, et il se peut que les orientations jurisprudentielles de la cour évoluent au cours du temps.

Depuis la présidence de Roosevelt, en 1937, on a assisté, avec le « New Deal », à un renforcement de la centralisation, avec l’entrée en guerre des États-Unis. La guerre est presque toujours un ferment de centralisation. En réalité, on constate à la lecture de la jurisprudence que les grands équilibres prévus et voulus ont certes évolué, mais tout ne s’est pas réalisé de façon linéaire, et les critères de répartition des compétences entre le Congrès et l’État fédéral ont évolué dans le temps. On peut aujourd’hui dire que ce qui touche les individus dans leur vie quotidienne a plutôt été laissé par la jurisprudence à la discrétion des États fédérés. On constate un « fédéralisme coopératif », à la fois horizontalement et verticalement.

Horizontalement : les États fédérés coopèrent entre eux, parfois pour échapper à l’emprise fédérale ; ils passent entre eux des accords interétatiques, conclus par les gouvernements de deux ou plusieurs États fédérés, pour réaliser un certain nombre de projets communs. Ces accords entre États étaient limités géographiquement en raison des problèmes de frontières entre les États. Ces accords font typiquement partie de la modification de l’image des États-Unis, spécialement pour l’image environnementale.

Verticalement : de plus en plus, on assiste à une coopération qui veut que dans un même domaine de compétences, aujourd’hui, on assiste à un dialogue, une action combinée entre l’État fédéral américain et les États fédérés, ces derniers gérant l’application au niveau local. Si l’on est en présence d’une tendance centralisatrice, les dernières décennies ont permis d’affirmer un fédéralisme équilibré.

## 4 – Les rapports entre les pouvoirs

### A – Les organes mis en place

La Constitution de Philadelphie prévoit la séparation des trois pouvoirs (en 1787).

Le Congrès : son organisation est duale et repose sur une approche bicamérale, due au



fédéralisme lui-même. Les deux chambres siègent au Capitole à Washington (435 membres élus pour deux ans). Il tient une session annuelle qui commence le 3 janvier pour se terminer le 31 juillet de la même année. Les chambres ont un droit à s'ajourner. À côté des commissions permanentes, on trouve les commissions d'enquête, qui sont historiquement connues.

Le Sénat : chambre haute, composée de deux membres par État.

Commissions d'enquête : Commission McCarthy (1950), Commission Warren (après l'assassinat de JFK). Ces commissions peuvent auditionner, obliger des gens à témoigner, et rendent des rapports relayés par la presse, qui font ensuite tomber des têtes.

Les pouvoirs du Congrès : un pouvoir législatif, et un pouvoir budgétaire. L'article 1 section 7 de la Constitution attribue le monopole au Congrès. Le budget est contrôlé par une commission spéciale, la CBO (Congressional Budget Office), qui est d'une extrême efficacité, ayant réussi à rendre transparentes les communications faites par l'exécutif américain. Le Congrès exerce également le pouvoir de réviser la Constitution, au moyen des amendements qu'il peut prendre. Il jouit d'un pouvoir électoral supplétif, en cas de ballottage entre deux candidats à la présidence, et également, en cas de vacances de la vice-présidence (incapacité pour le vice-président de gouverner). Le pouvoir le plus important du Congrès, c'est le pouvoir dit « d'impeachment » (empêchement) du président américain. Il n'est pas prévu historiquement pour ne s'appliquer qu'au président, mais a vocation à s'appliquer à l'ensemble des fonctionnaires du service public. Il faut que deux organes s'entendent, et le président est destitué à la majorité des 2/3 des représentants du Sénat. Le Congrès a notamment une fonction de supervision du service public et de l'attitude des fonctionnaires fédéraux. C'est le Congrès américain qui autorise l'entrée en guerre des États-Unis.

Les pouvoirs du Sénat : il incarne l'esprit fédéral, et il a des pouvoirs spéciaux, et exclusifs de toutes autres compétences. Pouvoir de confirmation aux nominations des emplois fédéraux. Les fonctionnaires fédéraux sont le bras armé du pouvoir exécutif, ce sont des personnages stratégiques. Le président ne peut nommer qu'avec l'accord du Sénat. Ce pouvoir inclut la confirmation de la nomination des secrétaires d'État. Même chose pour les membres de la Cour suprême. Aujourd'hui, on ne compte que 6 500 fonctionnaires fédéraux environ choisis par le Sénat. Le Sénat intervient en matière diplomatique, et quand bien même le président ratifie des traités, ceux-ci doivent être approuvés par le Sénat. Les traités doivent être acceptés à la majorité des 2/3 (67 sénateurs). Les parlementaires bénéficient de conditions de travail très confortables (indemnités pour frais de secrétariat, immunité, etc.)

L'article 2 de la Constitution américaine prévoit que le pouvoir exécutif soit dirigé par un président. Les secrétaires d'État sont sous la tutelle du président américain. Au moment du vote pour l'élection présidentielle, les grands électeurs sont désignés toutes les années bissextiles, le nombre de grands électeurs est équivalent au nombre de parlementaires qui représentent chacun des États. Le collège des grands électeurs comporte 538 membres. En théorie, le mandat des grands électeurs n'est pas impératif, mais en pratique, c'est à partir de la majorité des grands électeurs qu'on pourra déterminer le président. La durée de la fonction est de quatre ans, et renouvelable une seule fois. Si le siège est vacant, le président est remplacé par le vice-président, qui est le président du Sénat. Le président détient un pouvoir réglementaire, et peut édicter des ordres exécutifs. En raison de son rôle, il est le chef des services publics et de l'administration fédérale dont il contrôle le fonctionnement. Il nomme à tous les emplois stratégiques de nature fédérale. Il est responsable de la politique étrangère. Il

est aussi le commandant en chef des forces armées. Possibilité de réquisitionner des services, de suspendre des lois ordinaires pour des lois spéciales, en cas de crise. Droit de grâce, droit de veto. Le président peut révoquer un secrétaire d'État, sans l'accord du Sénat. Service présidentiel, composé du cabinet de la maison blanche, créée en 1939 sous Roosevelt, qui comprend un secrétaire général, des collaborateurs immédiats. Ce cabinet comporte environ 700 personnes. À côté du cabinet de la maison blanche, on retrouve les conseils du président, qui forment une forme de réseau (banque centrale, conseil économique, office de gestion du budget...)

La Cour suprême : l'article 2 section 1 énonce le pouvoir judiciaire des États-Unis. Il est confié à une Cour suprême. Elle est composée de 9 juges inamovibles nommés à vie par le président des États-Unis. Il a fallu attendre 1967 pour qu'une personne de couleur noire soit admise à la Cour suprême.

## B – L'évolution historique de leur relation

Le système constitutionnel américain n'est pas présidentiel car les constituants de Philadelphie ont voulu éviter un pouvoir trop important au Congrès, ainsi qu'un pouvoir exécutif trop fort. Le président n'intervient donc qu'en deuxième place, et la Cour suprême en troisième place. L'évolution a fait basculer les qualifications, et on peut considérer que les États-Unis sont devenus progressivement un régime présidentiel. En 1884, alors que le futur président Wilson est professeur de droit constitutionnel à Princeton, il évoque un « gouvernement congestionnel » pour faire comprendre que le système de freins mis en place à Philadelphie ne fonctionne pas. Le Congrès est devenu le pouvoir prédominant. Dans la « Présidence impériale », en 1976, Arthur Schlesinger montre que le président agit comme un empereur. Comment passe-t-on d'un gouvernement congressionnel à un présidentielisme impérial en moins d'un siècle ? Quels sont les facteurs de cette évolution historique aux USA ?

1. La force du Congrès au 19e siècle tient au fait qu'il avait développé des comités internes qui avaient une emprise considérable sur le président, notamment avec des personnalités consensuelles, modérées, peu enclines à redorer le blason du président.

2. La fragilisation du Congrès. Elle se retrouve dans la plus part des démocraties industrielles à la fin du 19e siècle (loi d'airain, loi incassable à certains égards). Le Congrès n'a plus les éléments techniques pour faire face à la crise sociale et militaire, l'État gendarme se transforme en État providence. Il est jugé trop lourd concernant son mode de fonctionnement, de délibération.

3. Les guerres mondiales propulsent les États-Unis dans un rôle de gendarmes du monde, et leur force militaire devient considérable. Le président a le droit de veto, qui s'applique à la totalité du texte et est une arme redoutable mais très violente, et donc peu maniable car pas très fini. Le président hésite souvent à employer le veto. Il est utilisé à des moments stratégiques de la présidence. Ce n'est pas une arme parcimonieuse pour autant. Roosevelt l'utilise 635 fois par an durant sa présidence. Ce veto n'a été dépassé que 632 fois, autrement dit effacé par le Congrès lorsque celui-ci revote sa loi à une majorité des deux-tiers. Le veto fait pression sur le Parlement pour qu'il confirme bien et à forte proportion sa loi. Il faut souligner que la coutume, pratique constitutionnelle, a fait naître un autre veto (Richard Nixon) : le « pocket veto », veto de poche. La Constitution prévoit que si un projet de proposition de loi n'est pas renvoyé avec un veto devant le Congrès par le président dans les

dix jours qui suivent sa présentation, on considère la loi comme signée. Comme si elle était signée, la loi est promulguée. En revanche, il arrive dans certaines situations que le président soit amené à prendre sa décision dans un laps de temps qui ne dépasse pas dix jours (par exemple en fin de session parlementaire, les dix derniers jours). Que faire à ce moment-là ? Le président va développer une arme parallèle, il est considéré comme pouvant les garder dans sa poche, sans le renvoyer. Il fait savoir, sans redonner la loi au Congrès, qu'il garde la loi dans sa poche, qu'il utilise le veto de poche. C'est une façon de consolider le veto dans des circonstances particulières. Il faudra reprendre la procédure législative uniquement à l'année civile suivante par le nouveau parlement. Il crée un effet retard très embêtant pour le Parlement. C'est une menace supplémentaire pour le président contre le Congrès américain.

4. Les messages du président qui caractérisent les relations entre les différents pouvoirs. Normalement, le président n'a pas de pouvoir législatif attribué au Congrès. Mais la Constitution américaine a permis au président de communiquer avec le Congrès par des messages pour faire le point sur l'union. C'est la signification de ces messages qui explique l'évolution de ce régime. Tous les semestres, le président envoie un rapport économique au congrès en lui demandant de légiférer sur un certain aspect de la politique. Ce message annuel est budgétaire, prolongement naturel de l'accapement du pouvoir par le président. C'est un bilan de l'année en cours et un programme pour l'année à venir. Le message le plus important concerne l'état de l'union. Conçu à l'origine comme correspondant à une sorte de bilan, il informe de ce qui est arrivé dans l'année, et fait part de ce qui marche et de ce qui marche un peu moins. L'article de la Constitution dit que le président peut faire des recommandations au Parlement. Ce message est devenu un véritable message politique, pour ne pas dire un programme politique pour l'année suivante (bouleversement de l'économie générale de la présidence).

La pratique constitutionnelle a vu se développer des moyens pour le président. Faculté de « l'impayement », de suspension budgétaire. Le pouvoir budgétaire du Congrès est énorme. Mais possibilité pour le président de suspendre des fonds prévu pour tel ou tel projet. Impact considérable pour le rôle du président et ses relations avec le Congrès. Possibilité pour le président d'adopter seul un certain nombre d'actes internationaux. Dans un certain nombre de domaines, le président retrouve une autonomie complète.

Réaction congressionnelle. Le Congrès peut refuser de voter les lois sans difficulté. C'est un moyen de pression considérable sur le président. Il peut aussi voter des lois autonomes. Il a seul l'initiative des lois, et peut le faire au mépris des lois du président. À chaque fois que le président a voulu contourner les pouvoirs du Congrès, il s'est heurté à des réactions très vives, et a dû composer avec lui (deux occurrences sous Nixon). Le Congrès est mis devant le fait accompli (avec la guerre du Vietnam) et adopte alors une loi sur le pouvoir de guerre qui oblige le président à obtenir systématiquement l'accord du Congrès pour intervenir en guerre selon le temps d'intervention. En 1974, le président utilise la loi de suspension des fonds de façon abusive, le Congrès vote une loi contrôlant l'usage des fonds contre le président des États-Unis.

C – De Nixon à Clinton, malentendu de matière juridique

Régime pragmatique, personnalisation du pouvoir, clientélisme (le président doit avoir de bonnes relations, et s'attirer les faveurs de tel ou tel membre du Congrès, de préférence les plus influents), rapport constant entre l'exécutif et le législatif (le président demande à un parlementaire « ami » de déposer un projet de loi, chose qu'il ne peut faire lui-même). Rapport

entre les pouvoirs : le judiciaire a pris beaucoup d'importance, et surtout d'autonomie, et rapport constant entre l'exécutif et le législatif, le régime américain est sans doute un régime à tendance présidentieliste. Il ne faut pas appréhender le rôle du président comme étant impérialiste.

## **Section 2 : un point sur l'Angleterre**

Régime constitutionnel anglais. On retrouve ces idées dans de nombreux pays.

L'Angleterre est une île. Position insulaire qui n'est pas anodine socialement, politiquement, et économiquement.

### **1 – Le cadre constitutionnel**

Régime de coutume, mais c'est en Angleterre que l'on retrouve les premiers grands textes : la grande Charte de 1215. Rapport constitutionnel entre la monarchie et la haute société anglaise. Habeas corpus, 1679, texte qui irradie toute la problématique des droits fondamentaux. Le « Bill of Grace » marque la fin de la seconde révolution anglaise. Le régime anglais est très attaché à l'innovation constitutionnelle mais en même temps, toujours habité par une révérence au passé. La Constitution n'est pas une rupture, mais une continuité, une rupture tranquille. Éléments liés à la tradition, au temps qui passe. L'attachement au temps s'explique par l'utilité de la coutume.

La souveraineté du Parlement. L'idée est que la souveraineté du parlement est au cœur du fonctionnement du régime. Ce n'est plus ce qui correspond à la seconde moitié du 19e siècle. Quand on parle de souveraineté du Parlement, on parle d'un mélange très complexe où le Parlement est écouté par le roi, et est composé de la Chambre des Lords et les communes. Le roi est toujours attaché aux affaires et est considéré comme un élément de stabilité du système. Régime qui a évolué dans ses fondamentaux. Souveraineté du Parlement, mais où le premier ministre a une bonne place, c'est le personnage clé dans de nombreuses procédures politiques. « Le Parlement peut tout faire sauf changer un homme en femme ». Le Parlement ne peut s'autolimiter, car il touche la sphère du légiférer et des constituants. Le parlement pourrait convertir la Constitution en simple loi. Le seul rapport hiérarchique existant est celui des actes du Parlement et ceux du premier ministre. On retrouve au cœur de la gouvernance le règne de la loi, de la règle de droit. Notion qui se manifeste par un certain nombre de principes. Exclusion de l'arbitraire, soumission des autorités aux mêmes règles que les citoyens ordinaires. Les juges vont toujours privilégier l'interprétation d'une règle dans son sens de la morale et de l'équité.

### **2 – Les institutions**

La souveraineté du Parlement n'empêche pas que celui-ci ait connu une forme de recul.

Le Parlement suppose l'étude des institutions qui composent la couronne, et celle qui compose les deux chambres. Quand on parle du Parlement, on pense au roi en son Parlement, même si successivement, l'institution monarchique a été évincée du pouvoir législatif. On passe progressivement d'une logique où le Parlement est considéré d'une émanation de la monarchie, à un inverse qui fait que le monarque tire sa légitimité du Parlement. Prérogative royale, pouvoir qui lui est attaché et est devenu formel. La reine d'Angleterre et le

commandant en chef des armées peuvent dissoudre le Parlement. Les pouvoirs de la monarchie ont glissé insensiblement vers le premier ministre.

La Chambre des communes est élue au scrutin uninominal à un tour. Elle fonctionne de manière beaucoup plus ouverte qu'en France, car il existe une forte reconnaissance des droits pour la minorité parlementaire (des fonds pour l'opposition). Souci de respect de l'expression, l'opinion des parlementaires.

La Chambre des Lords : légiférer, aristocratique, en 1958, une loi autorise la reine d'Angleterre à un droit viager, étendu aux femmes. Chambre centrale par sa légitimité, et son ancienneté. Elle est considérée de plus en plus à l'écart de l'évolution de la société. Elle a moins de pouvoir. Deux actes lui retirent son pouvoir législatif : en 1911 et en 1949. Elle a une fonction judiciaire, c'est la juridiction suprême du Royaume-Uni et connaît toutes les affaires, en matière civile comme criminelle. Elle siège de manière restreinte (cinq juges) et peut renvoyer dans des juridictions intérieures, ou statuer en dernier recours.

En face du Parlement on retrouve le Cabinet, très lié à la monarchie dans ses origines historiques. C'est un gouvernement au sens restreint, contrairement au gouvernement au sens large qui réunit une centaine d'individus. Le premier ministre a longtemps eu un pouvoir officieux. Le Cabinet tire sa légitimité non plus du roi, mais des deux chambres. Le premier ministre habite au 10 Downing Street. Il est nommé par la reine, c'est le chef de file du parti gagnant des législatives. Il nomme les ministres avec un accord formel de la reine, fixe l'ordre du jour, est le chef réel des forces armées et de la diplomatie. Il est aussi le ministre des finances, il est le premier Lord à la trésorerie. En général, font partie du Cabinet les chefs des grands partis au Parlement. Attribution exécutive, et fonction législative où le Cabinet a l'initiative des lois et peut se faire déléguer par le Parlement une partie de ce pouvoir.

Responsabilité gouvernementale. C'est une pratique de la responsabilité des chefs de Cabinet de changer de point d'ancrage. Ils se trouvaient alors en effet sous la responsabilité du roi, avant ensuite que le Parlement s'y substitue, entraînant un changement de responsabilités. Primauté de l'exécutif, maîtrise de l'ordre du jour, cela n'exclut pas le contrôle parlementaire, comme aux États-Unis, où existent des commissions parlementaires et des commissions d'enquête. Le Parlement contrôle parfois laborieusement, et de manière très minutieuse, l'exécutif.

Le système des partis s'articule autour des deux partis et selon une alternance. Système du tout parti quelque peu altéré par des groupes, comme les libéraux, ou les nationalistes irlandais, qui ont joué un rôle important. Les partis traditionnels : le parti conservateur, celui des notables et le parti travailliste issu d'une tradition de gauche, ces effectifs sont plus nombreux que ceux du parti conservateur. À côté de ces deux grandes formations, il existe des partis tiers, les nationalistes irlandais, les libéraux et le parti social-démocrate...

Le gouvernement de Cabinet est un gouvernement de parti. On comprend mieux le gouvernement ainsi. Le gouvernement de parti connaît des limites et le contrôle de l'opinion publique connaît une révérence tout à fait particulière. On rencontre les mêmes problématiques du pouvoir législatif que dans toute autre démocratie libérale.

### **Titre 3 : éléments pour une histoire constitutionnelle française**

## *Propos liminaires*

Il s'agit de replacer l'histoire des institutions constitutionnelles françaises. C'est un laboratoire constitutionnel car il permet d'étudier des éléments qui pénètrent le laboratoire et sont ensuite travaillés, modifiés, pour donner les institutions françaises actuelles.

Nomadologie constitutionnelle : les institutions, les concepts voyagent et ne sont pas fixés dans un modèle figé. On passe d'un système constitutionnel X, à un système Y, d'un pays à l'autre, d'une époque à l'autre. Voyages des institutions. Exemple : à la fin des années 1980, les nouveaux États issus du Bloc de l'Est, pour procéder à la formation de leur Constitution, se sont inspirés de pays voisins proches, ou qu'ils considéraient comme modèles. Il en est de même pour les États d'Afrique après la colonisation.

Les fruits d'une sédimentation constitutionnelle. Le fait que l'horlogerie constitutionnelle française, telle qu'on la voit de nos jours, est le fruit de mouvements pendulaires. Jeux d'actions et réactions entre libéraux et socialistes par exemple (mouvements balanciers). Mais tous les États ne s'expriment pas par des mouvements de secousses, et sont assez stables, contrairement à la France qui a l'allure d'une cocotte-minute. Ce que la France a connu dans son histoire constitutionnelle n'enlève rien à ce qu'elle a de commun avec les autres États. La superposition de facteurs propres à un État et des facteurs exogènes communs aux États. On ne peut comprendre le fond du droit constitutionnel sans étudier son histoire. Jusqu'en 1993, deux syndicats de la principauté d'Andorre apportaient à l'occasion de l'épiphanie à l'Élysée du jambon et des fromages pour payer les impôts. On ne peut faire l'économie de cette étude pour comprendre certains mécanismes du droit constitutionnel. La rémanence politique...

## **Chapitre 1 : la révolution et les réactions (1789-1870)**

### **Section 1 : la période révolutionnaire (1789-1870)**

#### **1 – La révolution française**

Site du conseil constitutionnel : déclaration des droits de l'homme de 1789, 1<sup>er</sup> Constitution française de 1791 composée de 17 articles. La nation souveraine se substitue peu à peu au roi, bien qu'il soit reconnu. Le roi a moins l'avantage par rapport au Parlement. Équilibre mis en place entre le roi et le Parlement, l'assemblée constituante.

#### **2 – La convention**

Thèse de M. Julien Boudon sur Rousseau et les Jacobins.

### **Section 2 : le consulat et l'empire**

Dans la mesure où il prend un grand ascendant politique, il accepte de se rallier à la cause des républicains conservateurs. Il évolue politiquement. En effet, ceux-ci gagnent du terrain. Ils dominent dans l'assemblée, ils proposent la Loi de Broglie (13 mars 1873), qui tend à museler Adolphe Thiers, et à rendre impossible ses actions à la chambre les possibilités d'intervention

directe. On met en place le « cérémonial chinois ». Il est obligé de passer par l'intermédiaire d'un ministre pour s'adresser à la chambre. Le président de la république incarne la république française de façon passive, juste l'image. On s'arrange pour l'isoler en l'obligeant à passer par ses ministres. Loi du septennat du 20 novembre 1873. Les deux institutions ne communiquent que très difficilement. En 1873, au sein même de cette mouvance monarchiste, deux branches, aînées et cadettes, s'expriment. Elles sont en désaccord sur la couleur du drapeau (le comte de Chambord). On a l'impression que le compromis est très difficile. Et ils doivent avoir une attitude claire derrière un seul homme. Du côté républicain, on a l'impression qu'ils ne sentent pas prêts, il leur faut encore du temps pour préparer le terrain de la république. Tout le monde se met d'accord concernant le maréchal de Mac Mahon, peu charismatique, souple, orléaniste qui s'inscrit dans la logique du compromis. On décide que la durée de sept ans sera une bonne durée pour que les institutions se cimentent, chacun espérant les voir pencher vers ses idées. La loi du septennat est adoptée. Article premier : « le pouvoir exécutif est confié pour sept ans au général de Mac Mahon... »

### La rédaction des lois de 1875

On met en place la Commission des trente et passage définitif à la république s'effectue. La Commission des trente

La sensibilité politique reste incertaine, même si l'action des républicains s'intensifie avec par exemple Gambetta, qui agit dans le monde rural, plutôt conservateur et à tendances monarchistes. Élections partielles après élections partielles, ils prennent du terrain. C'est dans la conjonction des centres que s'établit le compromis. Le mouvement bonapartiste, avec Napoléon 3, reprend une nouvelle vigueur qui inquiète. Le septennat implique que l'on mette en place de nouvelles institutions et qu'on élabore une nouvelle Constitution. La Commission des trente devra élaborer un projet de Constitution, un projet très délicat et très long. Mac Mahon s'en plaint dans une annonce. On doit clarifier le régime, déterminer sa nature.

### Le passage à la république

Mac Mahon veut garder ses distance avec l'activité politique, il veut être neutre. Être monarque, sans gouverner. C'est donc le vice-président du Conseil des ministres qui est au centre du pouvoir. Ainsi, s'installent des mécanismes de régime parlementaire. Exécutif en retrait et pouvoir aux mains du vice-président du Conseil des ministres. L'historien de la Sorbonne Vallon profite d'un texte de loi pour glisser un amendement dans les lois constitutionnelles que l'on s'apprête à voter (accepté à une très courte majorité – une voix !), il dispose que le président de la République est élu au suffrage des deux chambres. Le président est élu pour sept ans et est rééligible. Dimension impersonnelle du pouvoir. Dépersonnalisation du pouvoir et consécration de la République. Il pose le socle du nouveau régime.

### **Section 3 : les lois de 1875 : un compromis**

Bien que divisés, les monarchistes restent majoritaires et dominant l'assemblée constituante. Un compromis nécessaire.

Comment mettre en place une république tout en acceptant un texte où les monarchistes dominant ? Les lois témoignent d'une gêne, qui évite tous les questions de principes. Les Trente sont réellement divisées. On y trouve des bonapartistes, des républicains, des

monarchistes. Cela oblige au compromis, il faut que le texte soit porteur de deux orientations possibles. La rédaction des trois lois constitutionnelles a répondu à une procédure d'élaboration originale. On tâtonne, à chaque fois que l'on est d'accord sur un point, on le verrouille et on passe à autre chose. Le choix des termes est très délicat. D'où le fait qu'il n'y a aucune déclaration de principe. On a affaire à des lois au sens étriqué. Pas d'unité, grande place possible pour les réalités futures. C'est un texte extrêmement peu ambitieux, et tout à fait formel. Il est plat et terne, certains auteurs l'on dénigré en tant que texte constitutionnel. Il permet seulement bien des solutions futures.

Le Parlement sera bicaméral, bien que l'on soit favorable au monocaméralisme (révolutionnaires : on ne divise pas la volonté générale). Mais du côté des bonapartistes et des monarchistes, on estime que la chambre haute est nécessaire. Peur de la fureur d'une chambre unique, basse qui prendrait avec passion les mouvements populaires.

Donc le Sénat est composé très différemment de la Chambre des députés, dont on espère qu'il portera le projet des monarchistes. Le recrutement en fut très longtemps conservateur. 75 sénateurs nommés à vie, pour leur expérience et leur sagesse. Les autres, environ 300, sont élus par les grands électeurs. Les communes rurales furent pendant longtemps privilégiées. Tout ce qui concerne les lois de budget et de finance est présenté à la chambre basse.

Les députés plus nombreux que les sénateurs ont le privilège de désigner le président de la république. Le Sénat dispose d'un droit de veto, possibilité de s'opposer à la chambre des députés par le président de la république dans la mesure où le Sénat donne un avis conforme pour la dissolution de cette chambre par le président. C'est un avis qu'elle est obligée de consulter, mais pas obligée de suivre. Bien qu'obligatoire, cette possibilité donnée au Sénat s'inscrit dans une logique de compromis. Compromis qui joue un grand rôle dans l'évolution de la République. En 1875, le Sénat est une chambre très importante. À côté, la chambre des députés (assemblée nationale, réunion des deux chambres [pour investir le président]). Elle est élue au suffrage universel masculin pour quatre ans. On a toujours élu les députés sur la base d'un scrutin majoritaire uninominal à deux tours. Session qui dure au moins cinq mois et dont la clôture est à la main du président. Elle participe au pouvoir constituant dérivé, et au contrôle du gouvernement. Son pouvoir réside dans sa faculté d'empêcher le Sénat.

#### A – Le pouvoir exécutif

Élu pour sept ans jusqu'au 24 septembre 2000, à la majorité absolue, et en vote secret par l'ensemble de l'assemblée nationale. Pouvoirs très ambivalents, il a de nombreux pouvoirs nominaux. Ils traduisent la logique de compromis du texte constitutionnel. Il nomme les ministres et le premier d'entre eux, il nomme à beaucoup de hauts postes de fonctionnaire, il promulgue les lois, en assure l'exécution, il communique à l'assemblée les messages du ministre. Il peut convoquer un rapport extraordinaire, et dissoudre la chambre des députés, après accord du Sénat. Régime parlementaire. Les ministres sont responsables devant les assemblées, c'est l'autre face.

Tous les textes ont pour vocation d'être contresignés (contreseing) par les ministres sur chacun des actes du président. Son existence est la marque de l'emplacement réel du pouvoir de prendre un acte, endossements de responsabilité de prendre un acte. Cela ne veut pas dire que le président de la république est démuné, il garde le choix le premier ministre, président du Conseil. Le président du Conseil est un acteur non prévu par les lois de 1975, il sera une



institution coutumière institutionnalisée seulement en 1934. Jusque-là, le président du Conseil n'apparaît pas, c'est le président de la République qui est là. Il va contresigner tous les actes du président. Les ministres en 1875 forment ensemble un Cabinet, ils sont solidaires d'un point de vue gouvernemental. 17 avril : conférence sur ce qu'a changé le quinquennat. Mars : secrétaire général des sondages.

#### **Section 4 : la Troisième République**

La Troisième République est entièrement modelée par la crise du 16 mai 1877.

#### **I – Un événement fondateur : la crise du 16 mai 1877**

*L'analyse événementielle*



Le maréchal de Mac Mahon (ci-contre) nomme président du conseil Jules Simon, il lui envoie une lettre lui signalant que sa politique lui déplaît. Il nomme à sa place le Duc de Broglie. Il assigne les chambres pour une durée de ... le 21 juin 1877, la chambre des députés se réunit et adopte un ordre du jour qui déclare que le ministère de Broglie n'a pas la confiance des cabinets de la nation. La chambre des députés est devenue progressivement républicaine. Le président Mac Mahon désapprouve cette désapprobation et demande la dissolution, acceptée par le Sénat, conservateur, et le 25 juin 1877 le président dissout l'assemblée. Gambetta s'investit à fond dans la politique. Mac Mahon, de son côté, s'immisce dans la campagne, mais en octobre 1877, les républicains se retrouvent renforcés dans leurs positions. Un gouvernement de Rochebouët. Nous sommes au cœur d'une problématique qui est de savoir s'il fallait pour que le gouvernement reste en place en toute légitimité. Pendant plus d'un an, le régime va fonctionner avec des secousses. Le 5 janvier 1879, renouvellement par tiers des sénateurs, et basculement vers les républicains. Cela tend considérablement les rapports entre l'exécutif et le législatif. C'est par le Sénat qu'il réussit à faire pression sur la chambre, mais la situation n'est plus tenable, il est isolé, et est obligé de démissionner. En réalité, la crise s'achève en 1877. Trois conséquences :

« Constitution Grévy » qu'il faut étudier avec la fin de la crise. Dans les premiers jours de février 1877, Jules Grévy, déjà connu sous la Deuxième République, adresse au Sénat un message, un discours sur la Constitution (d'où le nom du discours). Il inaugure un nouveau

style de présidence. Le président n'entrera jamais en conflit avec la volonté nationale telle qu'elle est définie dans la Constitution. Il propose une relecture de la séparation des pouvoirs, qui est plutôt une hiérarchie. Le parlement, fruit d'une élection au suffrage universel direct ou indirect, détient le réel pouvoir. Adéquation entre la volonté générale et la souveraineté. Le président tire sa légitimité des chambres, qui seules ont une légitimité réelle.

Passage au parlementarisme moniste. À tous ceux qui pensaient que les ministres ne pouvaient œuvrer qu'avec le consentement double du président et des deux chambres, la pratique confirme qu'à compter de la présidence Grévy, nous entrerons dans un régime parlementaire moniste au sein duquel seul le Parlement peut demander des comptes. Désormais, ce qui est au cœur des débats est le consentement des chambres. L'usage de la dissolution tombe en désuétude, et est considérée comme non constitutionnelle. Mais cela n'était pourtant pas anti-démocratique, c'était redonner au peuple, lors de périodes de crise, le choix de s'exprimer pleinement.

À partir de 1879, les deux chambres travaillent main dans la main et ne donnent pas leur avis de dissolution au président. Les quelques rares fois où il fut question de dissoudre, le président s'est heurté à la réaction publique et s'est trouvé obligé de démissionner.

## **2 – Les principaux caractères de la Troisième République**

### *La républicanisation du régime*

Elle est restée longtemps en suspens mais elle est un trait caractéristique de la Troisième République. Elle commence par un compromis, un clivage qui opposait monarchistes et républicains. Après un temps d'adaptation, les républicains ont réussi à insuffler l'esprit de la République aux institutions hésitantes. Le 5 janvier 1879, le renouvellement du Sénat et des chambres donne la majorité aux républicains. Plus on s'éloigne de la monarchie, plus on s'éloigne de la religion (« Le Tour de France par deux enfants »). On passe à une iconographie qui veut effacer toute attache à la monarchie. La figure de Marianne, passage de Marie à Marianne.

### Deux révisions constitutionnelles :

- 1879, par les deux chambres. Elle est symbolique car elle commence par déconstitutionnaliser par exemple l'article 9 qui fixait le siège des pouvoirs publics à Versailles. Loi simple, qui transfère le siège des pouvoirs publics à Paris, au Palais Bourbon et au Palais du Luxembourg. (1880 : mandat de neuf ans...).
- 1882, révision du 14 août 1884. Elle est symbolique, les familles qui ont régné sur la France sont interdites de séjour d'élection. Suppression des prières publiques qui devaient ouvrir la session parlementaire. Déconstitutionnalisation des articles 1 à 4 : les sénateurs inamovibles sont supprimés. Les républicains s'arrangent pour retrouver davantage de représentants des villes. Interdiction qu'il soit porté atteinte à la forme républicaine du gouvernement.

### *La toute-puissance de l'assemblée*

L'assemblée peut tout faire (Carré de Malberg, dans la loi d'expression de la volonté générale). Le régime parlementaire devient un régime d'assemblée. Les mécanismes classiques qui permettent le fonctionnement du régime parlementaire sont grippés. La séparation des pouvoirs est brouillée. La loi intervient de façon tentaculaire dans n'importe

quel domaine. Renverser un ministère ou un Cabinet est se donner l'opportunité de constituer le prochain ministère. Le contexte constitutionnel est très déséquilibré.