

CHAPITRE 1 : THEORIE GENERALE DE L'ETAT

Section 1 : L'Etat

L'Etat au sens moderne est apparu assez récemment, vers les XIII^e-XV^e siècles, avec le déclin des règles religieuses (laïcisation progressive) et féodales (construction de l'allégeance à la couronne). L'Etat est distinct de la personne qui exerce le pouvoir de l'Etat (À l'inverse, Louis XIV : "l'*Etat c'est moi*"). La Révolution française (1789) marque le transfert de l'allégeance du Roi à la Nation et l'émergence de la notion de citoyenneté.

§1 : Les éléments constitutifs de l'Etat

La notion apparaît au moment où la société ressent le besoin d'organiser la permanence du pouvoir, de rendre pérenne le pouvoir de l'Etat (*En France, à partir de Philippe Le Bel*). Trois caractères réunis « font » l'Etat.

A. Le territoire

Le territoire est indispensable à un Etat ; les Etats nomades n'existent pas (*Israël en 1948, problématique palestinienne actuellement, etc.*).

Les frontières permettent de délimiter un espace commun soumis à la domination de l'Etat et à l'intérieur duquel la population est protégée contre les interventions extérieures.

Par territoire, il faut entendre le sol, le sous-sol, l'espace aérien, l'espace maritime, composé des eaux intérieures, de la mer territoriale, zone de mer adjacente aux eaux intérieures de 12 milles marins maximum, de la zone contigüe -24 milles marins au plus des lignes de base-, sur laquelle l'Etat exerce un certain nombre de droits et de la zone économique exclusive (permettant par exemple la pêche française autour de St Pierre-et-Miquelon).

Le territoire est un élément essentiel dont l'intégrité doit être préservée et garantie (ex : article 53 de la constitution de 1958)¹.

B. La population

Elle est composée :

1/ Des nationaux (c'est-à-dire de ceux qui ont la nationalité matérialisée par le passeport):

-> ceux vivants dans le pays, où ils sont nés ou dont ils ont acquis la nationalité.

- ceux résidant à l'étranger : Ils conservent les droits liés à leur nationalité d'origine, sauf s'ils le demandent expressément.

En France, deux décisions du Conseil constitutionnel² reviennent sur le terme de « *populations* », que le juge constitutionnel a préféré à celui de « *peuple* », et en explicitent le contenu.

Dès 1991 en effet³, le Conseil constitutionnel avait tenu pour non conforme à la constitution une référence dans la loi au « *peuple corse* ». Il l'avait estimé contraire à l'idée d'*universalisme citoyen* qui imprègne la doctrine française dans le cadre de la forme unitaire de l'État⁴. Pour le Conseil constitutionnel, le peuple au sens constitutionnel est constitué « de tous les citoyens français sans distinction d'origine, de race ou de religion »⁵.

La révision constitutionnelle de 2003 introduit⁶ la notion de « *populations d'outre-mer* », sans pour autant gommer les références préexistantes à la notion de « *peuples* »⁷, le droit des peuples à

¹ Pour un exemple d'actualité, de nouvelles tensions entre Maroc et Algérie trouvant notamment leur origine dans le statut du Sahara occidental, déjà cause d'un conflit entre Maroc et Mauritanie jusqu'à un cessez-le-feu de 1991, depuis qualifié de territoire « non autonome » par les Nations-Unies (administré pour 80% par le Maroc et 20% par le Front Polisario, dont le siège est en Algérie) et sur lequel les Etats-Unis ont reconnu en décembre 2020 la souveraineté marocaine. Voir https://www.lemonde.fr/idees/article/2021/08/28/entre-l-algerie-et-le-maroc-une-rupture-evitable_6092616_3232.html

² CC, 2018-717/718 QPC du 6 juillet 2018 et CC 2018-770 DC, 6 septembre 2018, Loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie

³ CC, 1991-290 DC du 9 mai 1991

⁴ Même s'il n'avait pas retenu l'argument d'une reconnaissance implicite du « *peuple mahorais* » dans sa décision de 2000 sur la loi organisant une consultation de la population de Mayotte

⁵ Le genre n'était pas à l'époque évoqué

⁶ Loi constitutionnelle du 28 mars 2003, article 72-3, alinéa 2

⁷ Article 88 de la constitution ; Seizième alinéa du préambule de 1946 inclus dans le Préambule de 1958

disposer d'eux-mêmes⁸ étant seulement décliné à travers cette terminologie afin d'exclure toute division raciale de la société française.

Finalement, les deux expressions sont interchangeables, comportant toutes les deux à la fois l'exclusion du critère ethnique et l'affirmation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.

On verra ci-dessous que ces évolutions sémantiques et la jurisprudence constante du Conseil constitutionnel sont liées à la notion française de Nation, fondée non sur un critère ethnique mais sur celui de l'attachement à la communauté ainsi formée.

De ce fait, et ce sont les termes qui figurent dans les Accords de Nouméa de 1998, appartenir à un « *peuple d'outre-mer* » français n'est pas une question de race ou de religion mais c'est avoir « *le centre de ses intérêts matériels et moraux* » dans la collectivité française⁹.

2/ Des étrangers résidant sur le territoire national

Les résidents sur le sol français, comme dans tous les autres États d'ailleurs, ne jouissent jamais tous de tous les mêmes droits que les nationaux¹⁰.

Deux catégories :

- les étrangers non ressortissants de la communauté européenne. Ils peuvent conserver leur nationalité, dépendre juridiquement de leur Etat d'origine pour certains droits (droit civil et des personnes¹¹, droit fiscal). Pour le reste, ils doivent respecter le cadre juridique de l'Etat d'accueil (ex : *police générale -tranquillité, sécurité publique, circulation-, droit commercial, droits sociaux, etc.*).

- les ressortissants européens résidant dans un pays membre autre que le leur : le titre XV (*institué en 1992, après l'approbation du traité de Maastricht*) de la constitution de 1958 leur confère le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales dans l'Etat membre dans lequel il réside.

L'ensemble forme la Nation, c'est-à-dire une entité collective qui se réunit autour du sentiment d'appartenance à une même communauté et de la volonté de partager un avenir commun. Deux théories de la Nation (cf *Ernest RENAN, Qu'est-ce qu'une Nation ? Conférence à la Sorbonne, 1882*) s'opposent :

- la doctrine d'origine germanique, fondée sur des critères dits objectifs (langue, religion, culture) et qui, poussée à l'extrême, conduit au génocide (arménien, perpétré par les turcs notamment en 1915/1916, juif, perpétré par les nazis entre 1940 et 1945, tutsi perpétré par les hutus au Rwanda en 1994, yézidie, perpétré par l'organisation État islamique après la prise de Mossoul et la proclamation du califat dans la région du Sinjar au nord de l'Irak en 2014, etc.

- la doctrine française, qui repose sur des critères plus subjectifs tels que le passé partagé, la volonté de vivre ensemble et le souhait d'un avenir commun.

En toute logique, les notions d'Etat et de Nation devraient coïncider, chaque Nation devant correspondre à un Etat (*principe des nationalités au XIX^e siècle*). En réalité, ce n'est pas toujours le cas (cf la Belgique, partagée entre flamands et wallons, l'Afrique dont les frontières ont été créées au hasard des colonisations, des peuples vivant sur le territoire de plusieurs Etats :

⁸ Principe de l'autodétermination des peuples

⁹ On précisera que le second référendum prévu par les accords de Nouméa a eu lieu le 4 novembre 2018. Le « non » à l'indépendance de la Nouvelle-Calédonie l'a emporté à 56,7% des suffrages exprimés contre 43,3% des voix en faveur de l'accession à la pleine souveraineté, avec une participation exceptionnelle (86,6% des électeurs inscrits ont voté)

¹⁰ Une importante illustration en est donnée à travers la décision du Conseil constitutionnel précitée, validant la loi qui, au regard des « *caractéristiques et contraintes particulières* » (article 73 de la Constitution) propres à la population de Mayotte - décrite comme comportant, « *par rapport à l'ensemble de la population résidant en France, une forte proportion de personnes de nationalité étrangère, dont beaucoup en situation irrégulière, ainsi qu'un nombre élevé et croissant d'enfants nés de parents étrangers* » -, instaure l'obligation que l'un au moins des parents de l'enfant né sur l'île ait résidé en France de manière régulière et ininterrompue plus de trois mois à la date de la naissance.

¹¹ Sous réserve prévue par la loi. Ainsi la loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République crée un mécanisme de prélèvement compensatoire au profit des enfants dans les successions transfrontalières dans les situations où la loi étrangère ne prévoit pas de réserve héréditaire.

basque, arménien, etc.), sans que cela pose toujours problème (la *Suisse, grâce à sa forme fédérale, a réussi malgré les quatre langues parlées, à constituer une entité harmonieuse*).

C. L'autorité de l'Etat

C'est le troisième élément constitutif de l'Etat : cette autorité supérieure s'impose à tous les éléments de la collectivité.

La puissance d'Etat ne dérive d'aucune autre, ne tient son titre d'aucun autre, n'a pas de pouvoir supérieur. C'est ce qui permet à l'Etat de prendre des décisions concernant la gestion des affaires communes. C'est également ce qui justifie d'utiliser la coercition pour faire respecter ses décisions (d'où possibilité d'avoir une police, une armée).

Conséquences en droit :

* **L'Etat est une personne morale** : les décisions sont prises en son nom. On distingue donc l'Etat de la personne qui exerce le pouvoir. C'est de cette différence que provient la continuité de l'Etat, qui est assurée par la permanence du droit.

* **L'Etat est souverain** : il ne tire son pouvoir que de lui-même et il n'est soumis à aucune autorité supérieure sans son consentement.

- Il possède la souveraineté externe, qui a pour conséquence son indépendance. Il n'y a pas de lien de subordination vis-à-vis des gouvernements étrangers. L'abandon de souveraineté (dans le cadre de l'Europe, par exemple) ne doit pas être considéré comme un obstacle à la souveraineté de l'Etat, dans la mesure où il est librement consenti : certains Etats abandonnent leur souveraineté de leur plein gré pour régler certains problèmes d'intérêt commun (*Article 88-1, constitution 1958*), et appliquent le principe de réciprocité (si l'autre Etat ne respecte pas les engagements pris, l'Etat s'estime libéré des siens : principe général en droit international, article 55 de la constitution de 1958).
- Il possède la souveraineté interne : L'Etat élabore le corps des règles applicables à tous sur le territoire national.

* **L'Etat est soumis au droit** : il doit respecter les règles qu'il a lui-même instituées. Il peut les modifier ou les supprimer seulement en respectant les procédures existantes). Il est soumis au droit qu'il édicte et peut être condamné en cas de son non respect : on parle d'Etat de droit (que l'on oppose à Etat de police).

§ 2 : Les formes de l'Etat

A. L'Etat unitaire

Il est unique dans ses limites territoriales, dans sa structure et dans son élément humain. Un seul pouvoir politique s'exerce sur tout le territoire : un seul gouvernement, un seul parlement, un seul système judiciaire.

En pratique, l'Etat unitaire peut connaître deux formes d'organisation administrative de l'Etat : la déconcentration et la décentralisation. À l'époque contemporaine, elles sont combinées.

1/La déconcentration

C'est chronologiquement la première modalité qui est apparue, lorsque la concentration de l'organisation au niveau central a montré son inefficacité, sa lourdeur et son inadaptation.

Pour la définir, retenons la formule célèbre d'Odilon Barrot¹² : "c'est toujours le même marteau qui frappe mais le manche a été raccourci".

Des autorités représentant le pouvoir central sont installées localement. Nommées (et non élues) par le pouvoir central, elles se voient confier localement l'exercice de certaines attributions de l'Etat et en rendent compte au pouvoir central.

Le préfet est l'autorité déconcentrée par excellence : « *Dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'Etat, représentant de chacun des membres du Gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois* » (*Constitution 1958, article 72, 4^{ème} alinéa*).

2/ La décentralisation

Elle consiste à transférer une partie des compétences de l'Etat vers d'autres structures administratives : les établissements publics (décentralisation fonctionnelle) et les collectivités

¹² Odilon Barrot (1791-1873), juriste et homme politique français qui fut président du conseil en 1848.

territoriales (décentralisation territoriale), l'exercice des attributions étant confié à des autorités locales élues.

En France, la décentralisation procède de la loi : une simple loi peut l'instituer ou la supprimer. Cependant, depuis la réforme de 2003, le principe même de l'organisation décentralisée de l'Etat est affirmé et inscrit à l'article 1^{er} de la constitution, qui définit les principes fondamentaux de la République.

Quant aux collectivités territoriales, elles bénéficient d'un statut constitutionnel : leur existence est prévue dans la constitution (article 72, al.1^{er}), tout comme le principe de leur « *libre administration* » (article 72, al.2).

Elles disposent donc de réels et importants pouvoirs de décision et de gestion, leur autonomie financière est garantie par la Constitution. Mais, Etat unitaire oblige, elles demeurent étroitement soumises au respect des lois et règlements. Ainsi, elles détiennent seulement un pouvoir réglementaire dérivé, aménagé par des réformes successives¹³, l'État conservant le monopole constitutionnel, législatif et le pouvoir réglementaire d'exécution des lois.

Longtemps considérée comme un critère de la décentralisation, la clause de compétence générale¹⁴ n'existe plus que pour les communes depuis la loi du 7 août 2015¹⁵.

Elle signifie qu'on leur reconnaît une capacité d'intervention générale, sans qu'il soit nécessaire qu'une loi procède à l'énumération de leurs attributions. Elle repose sur la notion « *d'affaires locales* », c'est-à-dire de sujets qui, par leur caractère local, relèvent de plein droit de la sphère de la collectivité à laquelle elle est reconnue. Désormais¹⁶, elle est donc réservée aux seules communes, qui peuvent se saisir de « *tout objet* » d'intérêt communal.

Les départements et régions n'en disposent plus mais conservent cependant des compétences partagées en matière de culture, sports, tourisme et langues régionales. Cet abandon, déjà institué par la loi du 16 décembre 2010 sur lequel était revenue la loi du 27 janvier 2014 de *modernisation de l'action publique et d'affirmation des métropoles* (dite loi MATPAM), a pour objet d'éviter les doublons entraînant des dépenses inutiles et la dilution des responsabilités.

Le droit d'expérimentation, reconnu désormais constitutionnellement, a été notamment assoupli¹⁷.

Des verrous puissants restent posés pour préserver l'intégrité et l'unité de l'Etat. Il en est ainsi pour le circuit qui permet à l'Etat d'avoir connaissance des décisions prises par les collectivités territoriales : c'est un contrôle de légalité (et non d'opportunité), a posteriori (et non a priori), et juridictionnel (et non administratif). Le Préfet, représentant de l'Etat, est ainsi à même de déferer au juge les décisions locales qu'il estime illégales. Les autorités locales disposent donc d'une réelle autonomie dans la prise de décision, mais le contrôle existe bien.

Quant à l'affirmation des métropoles, elle a pris deux formes : la transformation automatique (« *de plein droit* ») en métropoles, au 1^{er} janvier 2015, des établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) à fiscalité propre de plus de 400 000 habitants, situés dans une aire urbaine de plus de 650 000 habitants et l'institution de trois métropoles à statut particulier, les métropoles de Lyon - la seule qui ait constitutionnellement le statut de collectivité territoriale - (au 1^{er} janvier 2015), d'Aix-Marseille-Provence et du Grand Paris (au 1^{er} janvier 2016).

Inaugurée par le *Projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace*¹⁸ dont la discussion a été interrompue par l'affaire Benalla en 2018, puis

¹³ Pour un exemple d'actualité, voir la *Proposition de loi constitutionnelle pour le plein exercice des libertés locales*, n° 682 (2019-2020), déposée au Sénat le 29 juillet 2020, actuellement bloquée en 1^{ère} lecture à l'*Assemblée nationale*, notamment son l'article 3

¹⁴ « *General competence* » au Royaume Uni, « *allgemeine Zuständigkeitsvermutung* » en Allemagne

¹⁵ L'article 4 de la *Proposition de loi constitutionnelle pour le plein exercice des libertés locales* a l'ambition de sanctuariser cette clause pour les communes en en inscrivant le principe dans la constitution. Mais après son adoption en 1^{ère} lecture par le Sénat en octobre 2020, le texte n'a toujours pas bénéficié d'une 1^{ère} lecture à l'*Assemblée nationale*.

¹⁶ C'était déjà le cas entre 1884 (Loi organisation et attributions de conseils municipaux du 5 avril 1884) et 1982 (Loi droits et libertés des communes, départements et régions du 2 mars)

¹⁷ *Loi organique no 2021-467 du 19 avril 2021 relative à la simplification des expérimentations mises en œuvre sur le fondement du quatrième alinéa de l'article 72 de la Constitution*. Pour une présentation vidéo rapide proposée par Landot Avocats (<https://blog.landot-avocats.net>) voir et écouter : https://youtu.be/8YmmKRV_Cml

¹⁸ n°911, déposé le 9 mai 2018, 1^{ère} lecture, AN, du 23 mai au 22 juillet 2018

par le mouvement des Gilets jaunes en 2018/2019, l'évolution du modèle français se poursuit, à l'instar de celles de plusieurs États unitaires en Europe, vers ce qui est couramment nommé « *l'Etat régional* ». Dans ces Etats, l'autonomie des collectivités n'est pas seulement administrative mais aussi politique et institutionnelle. Cela se traduit par des compétences législatives propres, garanties par la Constitution, ne permettant cependant pas l'émergence d'un cadre juridique autonome (ce qui correspondrait au fédéralisme).

Exemples : L'Espagne et ses *communautés autonomes*, notamment Catalogne et Pays basque ; l'Italie avec les régions « *à statut spécial* » et la révision constitutionnelle de 2001 depuis laquelle les compétences de l'Etat sont limitativement énumérées, les régions détenant la compétence législative de principe ; la Grande-Bretagne avec le *Scotland Act* et le *Government of Wales Act*, le referendum écossais de 2014 et les probables conséquences institutionnelles du Brexit de 2016.

Dans tous ces exemples, le droit tente de répondre aux tensions nationalistes qui remettent en cause l'unité de l'Etat, sur la base d'une organisation territoriale inégalitaire.

En France, le *Projet de loi relatif à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale*, actuellement en discussion¹⁹, vise à créer les conditions d'un droit à la différenciation pour les collectivités territoriales, dans le respect de l'unité du territoire national. Pour s'adapter aux réalités locales, le projet de loi réaffirme la capacité d'adaptation de l'organisation et de l'action des collectivités aux particularités de leur territoire, dans le respect du principe d'égalité.

B. L'Etat fédéral

C'est un regroupement d'Etats qui acceptent d'abandonner une partie de leurs compétences au profit du regroupement qu'ils constituent.

1/Caractéristiques de cet Etat

C'est son unité du point de vue international. Il constitue une seule personne morale et donne lieu à une nationalité unique (on est de nationalité américaine, non texane, allemande, non bavaroise, etc.). Cet Etat forme un territoire unique, composé de l'ensemble des territoires des entités fédérées. Enfin, il exerce la plénitude de la souveraineté.

2/ Types de fédéralisme

La forme fédérale est choisie pour répondre à deux situations.

- fédéralisme par association : les Etats recherchent une plus grande efficacité et estiment qu'en se donnant un destin commun, ils pourront mieux se défendre contre un ennemi commun (exemple : Suisse)

- fédéralisme par dissociation : il s'agit de reconnaître des spécificités, dans l'organisation constitutionnelle, de façon en quelque sorte solennelle.

Attention : la confédération est une forme moins aboutie que la fédération, souvent point de passage vers une intégration plus grande. Les décisions y sont prises à l'unanimité et non à la majorité absolue (l'Europe dans sa forme initiale est une confédération d'Etats, qui glisse (très) lentement, depuis 1992, vers la fédération).

3/ Principes gouvernant le fédéralisme

Ils sont garantis dans la constitution fédérale, et sont au nombre de trois.

* Principe de superposition :

L'ordre juridique fédéral se superpose à l'ordre juridique des Etats fédérés. Par conséquent :

- l'Etat fédéral possède des institutions propres (exécutive, législative, judiciaire) distinctes de celles des Etats fédérés.
- le droit fédéral l'emporte sur les droits des Etats fédérés (règle de primauté) : il s'applique directement aux personnes sans avoir besoin d'une transcription par le parlement des Etats fédérés.

¹⁹ Ce texte, qui fait suite au Grand débat national organisé de janvier à mars 2019, organisé à la suite de la crise des gilets jaunes, est une réponse aux élus locaux qui ont exprimé un besoin accru de proximité et d'adaptation de l'action publique aux spécificités des territoires.

* Principe d'autonomie :

Il permet à chaque Etat fédéré de conserver sa dimension d'Etat, en établissant sa propre constitution (sous réserve des règles établies par la constitution fédérale), en disposant de compétences propres et de garanties de son autonomie :

- la constitution doit prévoir un mode judiciaire de règlement des conflits de compétences entre Etat fédéré et Etat fédéral (ex : *Cour Suprême américaine*).

- la constitution impose d'obtenir l'accord des Etats fédérés en cas de révision constitutionnelle touchant à leur autonomie (ex : *dans la constitution des EU, 3/4 des Etats doivent approuver la modification*).

* Principe de participation :

Il prévient la subordination des Etats fédérés à l'Etat fédéral. Les Etats fédérés sont traités sur un pied d'égalité. Ainsi, tous les Etats fédéraux possèdent un parlement composé de 2 chambres (bicaméral) : l'une représente la Nation (chambre des représentants aux Etats Unis, avec une représentation proportionnelle à la population), l'autre représente les Etats membres qui siègent sur une base égalitaire (aux Etats Unis, 2 sénateurs par Etat, quelle qu'en soit la population).

Longtemps présenté comme un modèle idéal, plus souple et plus moderne que l'Etat unitaire, permettant de répondre à la double problématique de la sécurisation d'un territoire à l'égard de ses voisins et de la nécessaire prise en compte des particularismes locaux, le fédéralisme semble à présent en perte de vitesse (*éclatement de la Tchécoslovaquie, de la Yougoslavie, tensions séparatistes en Belgique, au Canada, etc.*).

Au reste, l'évolution du modèle de l'Etat unitaire le rapprochant de celui de l'Etat fédéral rend la valeur de la différence entre les deux formes d'Etat moins pertinente même si, le mouvement n'étant pas achevé, chacun conserve encore sa spécificité.

Section 2 : LE POUVOIR

§ 1 : La souveraineté, fondement du pouvoir

La question de l'origine du pouvoir est fondamentale des points de vue juridique et politique. Le pouvoir, pour se maintenir, doit reposer sur le consentement des gouvernés. Faute de quoi, fondé exclusivement sur la force, il ne peut espérer durer. Ce consentement repose sur un accord global du système politique mis en place.

Avant le XVIII^e siècle, le fondement du pouvoir était théocratique (*theos = dieu*). Mais dans les démocraties, comme leur nom l'indique (*demos = peuple*), le pouvoir n'est pas de droit divin : il émane du peuple. L'origine du pouvoir se situe dans les citoyens. Ainsi émerge la notion de citoyenneté.

A. La théorie de la souveraineté populaire

Elle a été développée par Rousseau dans "Le Contrat social" :

« Tous les hommes naissent libres et égaux. Ils possèdent tous une part égale de souveraineté. Chaque homme accepte de mettre en commun, avec les autres membres de la société, la part de souveraineté qu'il détient. Les hommes ne conservent réellement leur liberté que si toutes les décisions sont prises à l'unanimité. »

Dans la mesure où l'unanimité est difficilement praticable, Rousseau recourt à une pirouette : lorsqu'un citoyen exprime un avis différent des autres, c'est qu'il se trompe. Aussi, dès qu'il s'en rend compte, et après réflexion, il se rallie « automatiquement » à la majorité qui détient de ce fait l'unanimité. Chacun est ainsi censé conserver sa liberté tout en se soumettant à l'autorité de l'Etat. Cette théorie pose le problème de l'absence de reconnaissance des minorités et de la réalité de la liberté individuelle.

B. La théorie de la souveraineté nationale

Dans cette théorie, la souveraineté n'appartient pas au peuple, rassemblement d'individus, mais à la Nation, personne morale distincte des individus qui la composent et qui a une volonté propre. Cette théorie est due à l'Abbé Sieyès - qui l'a notamment exposé dans son discours du 7 septembre 1789 devant l'Assemblée nationale constituante - : la Nation est une personne morale

qui peut s'exprimer et agir si elle est dotée d'un statut juridique. Ce statut juridique, commun à la Nation et à l'Etat, c'est la constitution.

§2 : Les modes d'exercice du pouvoir

Le principe impliqué par la théorie de la souveraineté populaire est celui de la démocratie directe.

A. La démocratie directe (souveraineté populaire)

1/ Le suffrage universel

Chaque citoyen possède une part de souveraineté qu'il exprime par son droit de vote. En démocratie directe, le suffrage universel s'impose donc : on parle d'électorat-droit (tout homme a droit au statut de citoyen, y compris les mineurs, les aliénés).

2/ Le mandat impératif

Comme tout homme possède une part de souveraineté, il ne peut y avoir de délégation : le droit de vote est personnel et direct.

Si pour des raisons pratiques, on accepte d'élire des représentants, ils seront investis d'un mandat impératif, sans latitude à l'égard de ceux qu'ils représentent : le représentant est totalement transparent, il est soumis strictement aux instructions de ses électeurs.

3/ Le référendum

Il permet d'associer le peuple à l'exercice du pouvoir législatif ou de le consulter sur des grandes options nationales. Quatre types de référendum : le *référendum consultatif* (pour recueillir l'avis des citoyens, sans que l'autorité délibérante ne soit liée par cet avis), le *veto* (qui permet au peuple de s'opposer à l'entrée en vigueur d'une loi votée par sa représentation, jusqu'à l'expiration d'un délai pendant lequel les citoyens peuvent demander l'organisation d'un référendum. Faute de quoi - ou si les citoyens consultés par référendum ne s'opposent pas à la loi -, celle-ci pourra entrer en vigueur. En Suisse, le délai est de 90 jours), le *référendum d'abrogation* (qui permet aux citoyens d'obtenir l'abrogation d'une loi déjà en vigueur, comme en Italie), et le *référendum législatif ou constitutionnel* (permet aux citoyens d'adopter une loi ordinaire ou constitutionnelle, qui leur est proposée par les pouvoirs publics (France) ou qui résulte de leur propre initiative (Suisse)).

B. La démocratie représentative

La souveraineté réside dans la Nation qui l'exerce par ses représentants. Cette construction pose deux des mécanismes fondamentaux d'organisation des systèmes politiques.

1/ Le système représentatif

Montesquieu dans « *L'esprit des lois* » avait déjà relevé les faiblesses des anciennes démocraties. Le peuple n'est pas forcément capable de prendre des décisions, mais il est capable d'élire ses représentants qui les prendront en son nom. Le représentant est réputé exprimer la volonté de la Nation, même si elle ne coïncide pas toujours avec celle du peuple (*IVG en 1975, abolition de la peine de mort en France en 1981, mariage entre personnes de même sexe en 2013, etc.*).

2/ Le suffrage restreint

C'est la théorie de l'électorat-fonction. L'électorat est une fonction publique exercée au nom de la Nation et il est tout à fait possible de soumettre l'accès de cette fonction à des conditions d'aptitude (de sexe, de niveau d'études, de niveau de revenus, etc.).

C. Vers une démocratie « continue »

Il faut se faire ici l'écho d'un courant d'idée en faveur de l'émergence d'une démocratie dite « continue » (Dominique Rousseau, *Radicaliser la démocratie, Propositions pour une refondation*, Edition du Seuil, 2015), par opposition à la démocratie représentative, et présentée comme une forme plus moderne de la démocratie directe.

Cette démocratie « *continue* » (aussi dite participative, d'opinion ou du public) s'appuie sur le peuple (et non sur la Nation), qui doit pouvoir intervenir en permanence dans la vie publique. C'est

la concrétisation de l'idée de citoyenneté, notion rarement définie par les textes²⁰, mais qui serait, selon le Conseil d'État, « *le ciment de la République* », ce qui unit profondément autour de valeurs mais aussi de comportements, les citoyens au corps social²¹. Dans ce rapport, le Conseil d'État, tout en relevant l'usage immodéré des termes « citoyen » et « citoyenneté »²², pointe les signes traduisant l'attachement des citoyens au système démocratique et l'actualité de leur désir de vivre ensemble, au-delà de l'importante abstention lors des scrutins politiques, du discrédit semblant atteindre les élus et les élites, de la crise du civisme, des interrogations sur la laïcité, etc.

Ainsi la démocratie continue s'exprime-t-elle dans les quartiers, les entreprises, sur les ronds-points, via les réseaux sociaux, portée par des collectifs informels de citoyens qui, sans passer par leurs représentants s'emparent des questions qui les préoccupent et s'impliquent dans les grands débats de société.

Comme le relève le Conseil d'État, des formes rénovées d'exercice de la citoyenneté apparaissent alors. Il en est ainsi de l'engagement croissant au service des autres, par exemple à travers le service civique ou la vitalité de la vie associative. C'est également le cas de la construction de formes numériques d'exercice de la citoyenneté²³ et plus généralement, des processus de participation des citoyens à l'élaboration des décisions publiques dont le succès traduit l'émergence d'une « *citoyenneté de l'action publique* », complétant et enrichissant la « *citoyenneté politique* »²⁴.

Il s'agit finalement d'intégrer une dimension vivante et concrète à l'exercice de la démocratie, ce qui n'est guère éloigné de l'ambition d'un Carré de Malberg (*Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, 1920) ou d'un René Capitant (*Ecrits constitutionnels*, réed. CNRS, 1982) constatant la confiscation de l'exercice démocratique par les représentants et soulignant la nécessité de redonner la parole au peuple.

L'idée est d'ajouter aux procédés de représentation des procédés de participation plus directe, dont le Grand débat national²⁵

Pour certains auteurs (*Romain RAMBAUD, Le paquet de modernisation électorale, AJDA juin 2016, p.1285 et s.*), certains textes de lois récents - comme *la loi organique du 25 avril 2016 de modernisation des règles applicables à l'élection présidentielle, la loi du même jour de modernisation de diverses règles applicables aux élections, tel qu'il est actuellement présenté, le projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace dont la discussion devrait reprendre à l'automne 2019 ou début 2020*²⁶) - commencent à s'inspirer de cette démarche et constituent les premières pierres d'un « droit électoral de la démocratie continue ».

Il n'est sans doute pas trop audacieux d'analyser également l'épisode des « Gilets jaunes » comme une expression de cette démocratie « continue ». S'il semble bien se rattacher à cette mouvance, il reste cependant difficile de pousser plus loin le parallèle, faute de pouvoir transcrire juridiquement les revendications souvent imprécises, contraires ou floues de ce mouvement.

Section 3 : LA DESIGNATION DES GOUVERNANTS

§ 1 : Le droit de suffrage

A. Le droit de vote

Trois éléments principaux.

- le suffrage universel, masculin d'abord (en France pour la première fois en 1792, pas du tout concluant), puis universel (Suisse, 1971, France, 1944), l'âge de la majorité variant selon les pays et les époques (France, 1974, 18 ans).

²⁰ *La citoyenneté, c'est d'abord un statut, auquel certains droits et devoirs sont attachés, mais c'est aussi une pratique et une vertu. La notion renvoie ensuite à une communauté de nature politique, formant le trait d'union entre l'individu et le collectif. La citoyenneté est enfin étroitement liée à la liberté, l'homme et le citoyen ne faisant qu'un dans la DDHC de 1789*

²¹ CE, Étude annuelle 2018, *La citoyenneté. Être (un) citoyen aujourd'hui*, doc.fr. 2018

²² *Engagement, consommation, geste citoyens ; consultation, entreprise, réserve citoyenne....*

²³ *Autour du mouvement des « civic techs » par exemple*

²⁴ *Pas suffisamment rapidement sans doute, ce qui explique pour partir le mouvement des Gilets jaunes.*

²⁵ *Lancé par le Président de la République en décembre 2018*

²⁶ *La disparition envisagée du conseil économique, social et environnemental et son remplacement par le conseil de la société civil, renommé par les premiers travaux parlementaires Forum, tire sans doute aussi les leçons de ce mouvement en institutionnalisant une représentation plus ouverte de et sur la société*

– l'égalité du suffrage, qui interdit le vote plural (article 3 de la constitution affirmant le principe de l'égalité de suffrage).

– le découpage des circonscriptions, pour assurer l'égalité du suffrage, doit s'effectuer sur une base égalitaire. En effet, si tel n'est pas le cas, le poids d'un bulletin dans une circonscription peu peuplée est de fait plus important que celui d'un bulletin dans une circonscription très peuplée.

B.L'exercice du droit de vote

- **la nationalité française** : Pour disposer du droit de vote, l'électeur doit répondre à certaines conditions tenant de son aptitude civique, intellectuelle et morale. L'aptitude civique résulte de la possession de la nationalité.

La constitution de 1958, par l'article 88-3, permet aux ressortissants européens de voter pour les élections locales (municipales) : « *le droit de vote et l'éligibilité aux élections municipales peuvent être accordés aux citoyens de l'Union résidant en France.* » Toutefois, les résidents communautaires ne peuvent exercer les fonctions de Maire ou d'adjoint, ni être désignés par un conseil municipal, en tant que « grands électeurs », pour élire les sénateurs (élection au suffrage universel indirect). En revanche, le Conseil constitutionnel n'a élevé aucune objection à la participation des résidents communautaires à l'élection des parlementaires européens.

- **la capacité civile et politique** : Le droit de vote n'est accordé qu'à ceux qui disposent d'un discernement suffisant, et sont réputés aptes à gérer leurs affaires privées.

- **l'inscription sur les listes électorales** : établies et révisées chaque année. Toute personne est en droit de se faire inscrire sur la liste électorale de son domicile effectif, ou de la commune dans laquelle il justifie pouvoir être inscrit sur le rôle des contributions directes.

§ 2 : Les modes de scrutin

Le choix d'un mode de scrutin n'est pas neutre puisque les résultats varient selon le choix effectué. Le choix opéré aura des incidences non seulement sur la désignation des représentants mais aussi sur la nature et le nombre des partis politiques et, plus largement, sur le régime politique lui-même. On oppose classiquement le scrutin majoritaire ou scrutin proportionnel mais le choix entre les 2 formules n'est pas aussi tranché et il existe des systèmes mixtes.

A . Le scrutin majoritaire

Plusieurs modalités sont possibles.

1/ Il peut être uninominal (= un seul nom), **binominal** (deux noms : loi du 17 mai 2013 pour l'élection des conseillers départementaux), **forme particulière du scrutin de liste** (l'électeur est appelé à désigner un, deux ou plusieurs représentants par circonscription).

Il existe donc soit autant de circonscriptions que de sièges à pourvoir (élections présidentielles, législatives), soit moitié moins de circonscriptions que de sièges à pourvoir (élections départementales). Ce scrutin, très personnalisé, repose fortement sur la personnalité de celui qui se présente ou qui mène la liste.

2/ Il peut être à un tour ou à deux tours

Dans le scrutin à un tour, est élu le candidat (ou la liste) qui a obtenu le plus grand nombre de voix. Ce type de scrutin est utilisé au Royaume Uni. Ce système est simple mais très réducteur.

Dans le scrutin à deux tours, est élu le candidat qui a obtenu la majorité absolue (plus de la moitié) des suffrages exprimés (nombre d'électeurs ayant voté, dont sont déduits les bulletins blancs et nuls). Si aucun candidat n'a obtenu cette majorité (ballottage), il y a un second tour, à l'issue duquel est élu le candidat ayant obtenu le plus de voix. Selon la formule classique, « *au premier tour on élimine, au second tour on choisit* ».

Tous les candidats ne se maintiennent pas au second tour. Ils peuvent se retirer volontairement en proposant à leurs électeurs (qui restent libres de suivre cette indication ou non) de reporter leurs voix sur un autre candidat (désistement), ou être contraints de le faire lorsque la législation électorale exige un minimum de voix pour se maintenir. Ainsi, en France, ne peuvent se maintenir au second tour des élections législatives et

départementales que les candidats (individuel ou en binôme) qui ont obtenu au moins 12,5% pour les législatives 10 % pour les départementales des voix des électeurs inscrits sur les listes électorales. En pratique, cette règle est sévère lorsque l'abstention est grande et le nombre de candidats au premier tour important. On constate qu'elle contribue à l'élimination des petites formations.

3/ Il peut être paritaire, c'est-à-dire alternant hommes et femmes dans sa composition. Aujourd'hui, la plupart des scrutins le sont, la plus grande exception étant –par la force des choses puisque la circonscription est unique-, l'élection présidentielle. Depuis 1999, l'article 1er de la constitution précise que la « *loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives* » (ajout de la mention des *responsabilités professionnelles et sociales*) par la révision du 23 juillet 2008) à l'article 3 et l'article 4 indique que les « *partis contribuent à la mise en œuvre* » de ce principe. Les listes ne respectant pas la parité ne peuvent être déposées.

Les objectifs de la loi du 17 mai 2013 relative à l'élection des conseillers départementaux, municipaux et communautaires et modifiant le calendrier électoral étaient justement de favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats locaux et de renforcer la légitimité démocratique de l'intercommunalité.

Les élections départementales ont eu lieu en mars 2015 pour la première fois par renouvellement intégral, au scrutin majoritaire binominal mixte, soit deux conseillers départementaux (un homme et une femme) élus dans chaque canton redécoupé. Ainsi est garantie la parité hommes/femmes, en même temps que l'on diminue par deux le nombre des cantons et de conseillers départementaux, tout en préservant le lien élu-territoire, grâce au caractère nominal.

B. La représentation proportionnelle

Elle accorde aux partis en présence un nombre de sièges proportionnel au nombre de voix qu'ils ont obtenus. Le principe est que toute voix est comptée, et peut donc permettre à la liste qui l'enregistre d'obtenir une représentation. Par mesure de raison, pour éviter l'éparpillement de la représentation, la proportionnelle peut n'être pas intégrale. Elle est organisée sur la base d'un scrutin de liste à un tour.

Le calcul des résultats se fait en deux étapes :

- la répartition des sièges en fonction du nombre de voix obtenues grâce à l'utilisation d'un quotient électoral (nombre de suffrages exprimés divisé par le nombre de sièges à pourvoir).

Une première répartition des sièges a lieu sur cette base. Mais il reste des voix inutilisées, et des sièges à pourvoir.

Pour la répartition des restes, deux techniques peuvent être utilisées : celle « *des plus forts restes* », qui consiste à attribuer les sièges restant à pourvoir aux listes qui ont le plus grand nombre de voix inemployées. Cette méthode avantage les petits partis politiques.

La « *plus forte moyenne* » consiste à diviser le nombre de voix obtenues par chaque liste par le nombre de sièges déjà obtenus par celle-ci +1, dit « *siège fictif* », celui à pourvoir. Cette méthode favorise les grandes formations politiques. C'est actuellement celle en vigueur en France pour les élections utilisant la représentation proportionnelle.

La seule élection en France qui se déroule en un tour, à la représentation proportionnelle sans panachage ni vote préférentiel, où les sièges sont répartis entre les listes ayant obtenus au moins 5% des suffrages exprimés selon la règle de la plus forte moyenne est l'élection au Parlement européen. Son mode de scrutin a été réformé en juin 2018²⁷, en vue du scrutin du 26 mai 2019 : la France forme désormais une circonscription nationale unique (alors qu'elle était divisée en 8

²⁷ La loi n° 2018-509 du 25 juin 2018 modifiant la loi n°77-729 du 7 juillet 1977 relative à l'élection des représentants au Parlement européen

circonscriptions) et chaque formation présentera une liste unique de 79 noms²⁸. Ce mode de scrutin, qui constitue d'ailleurs la norme dans la plupart des États européens, devrait ainsi gagner en lisibilité pour l'électeur.

C. Les scrutins mixtes

Les scrutins mixtes ont pour ambition de corriger les effets réducteurs des autres scrutins. Ces scrutins combinent scrutin proportionnel et scrutin majoritaire.

Dans les communes de plus de 3500 habitants depuis 1982 et de plus de 1000 habitants depuis la loi du 17 mai 2013, lorsqu'au premier tour, une liste obtient la majorité absolue des suffrages exprimés, la moitié des sièges lui sont attribués, l'autre moitié étant répartie entre toutes les listes, y compris celle ayant la majorité absolue, à la répartition proportionnelle à la plus forte moyenne.

Si aucune liste n'obtient la majorité absolue, un second tour est organisé avec la participation des listes ayant réuni au moins 10% des suffrages exprimés. A l'issue du second tour, la liste qui réunit le plus grand nombre de voix obtient la moitié des sièges, l'autre moitié étant répartie proportionnellement entre toutes les listes, y compris la liste majoritaire.

Ce système dégage immanquablement une majorité.

A noter : la loi du 17 mai 2013, par l'abaissement du seuil de 3500 à 1000 habitants, a généralisé ce mode de scrutin aux 5500 communes soumises antérieurement au scrutin majoritaire avec panachage, rendant effectif dès 2014 le principe de la parité de la représentation.

Relèvent également désormais de ce mode de scrutin les élections au suffrage universel direct des conseillers communautaires, organisées par la loi du 17 mai 2013, dont la première application a eu lieu en mars 2014. Le principe est en effet celui d'une élection double des conseillers municipaux et communautaires, le même jour et sur le même bulletin de vote. La loi consacre ainsi l'important rôle dévolu aux intercommunalités, dont elle a par ailleurs généralisé l'institution à l'ensemble des communes du territoire national.

Depuis mars 2004, le mode de scrutin pour les élections régionales est également mixte²⁹ : les conseillers régionaux sont élus pour six ans, au scrutin de liste, à deux tours, sans panachage ou vote préférentiel, tout bulletin modifié en quoi que ce soit par un électeur étant déclaré nul.

Les listes paritaires hommes-femmes sont déposées au niveau régional, mais les candidats sont répartis entre les départements ("sections départementales") constituant la région. Le nombre de sièges à attribuer pour chaque liste est calculé globalement au niveau régional, puis réparti entre les sections départementales en fonction du nombre de suffrages obtenus dans chaque section. Au premier tour de scrutin, si une liste obtient la majorité absolue des suffrages exprimés, elle emporte le quart des sièges à pourvoir. Les autres sièges sont répartis à la représentation proportionnelle entre toutes les listes ayant obtenu au moins 5 % des suffrages, y compris celle arrivée en tête.

Sinon, il est procédé à un second tour la semaine suivante. Au second tour de scrutin, les listes ayant obtenu plus de 10 % des suffrages exprimés au 1^{er} tour peuvent se maintenir, et éventuellement fusionner avec les listes ayant obtenu au moins 5 % des suffrages. La liste qui arrive en tête obtient un quart des sièges à pourvoir. Les autres sièges sont répartis à la représentation proportionnelle entre les listes ayant obtenu au moins 5 % des suffrages exprimés au second tour.

Conclusion : Avantages et inconvénients des modes de scrutin

- **le scrutin majoritaire** a pour avantage de dégager une majorité claire (dans la plupart des cas, le parti ayant récolté la majorité des voix voit son résultat amplifié en sièges), permettant une gouvernance plus aisée (la majorité absolue en sièges est presque automatiquement acquise). Mais il peut poser un problème démocratique en bi polarisant artificiellement la représentation (les "tiers partis" sont sous représentés quand ils arrivent à émerger). Autre inconvénient, sa forte

²⁸ Conséquence du Brexit, la France dispose désormais de 79 représentants et non plus de 74, Décision du Conseil européen du 28 juin 2018

²⁹ Articles L 336 à L338, et L 357 à L 359 du code électoral

dépendance vis-à-vis de la répartition géographique du vote (le découpage des circonscriptions peut dès lors fortement influencer le résultat des élections). Les partis régionaux peuvent ainsi être relativement surreprésentés. En effet, grâce à leur influence locale, ils arrivent facilement en tête dans certaines régions et obtiennent alors une bonne représentation nationale qui n'est pas exactement l'image de leur implantation sur le territoire (ex : en Grande-Bretagne avec *le Scottish National Party*).

- **le scrutin proportionnel** peut sembler plus juste que le système majoritaire, car il rend impossible la prédominance d'une formation politique qui n'aurait pas le soutien d'une majorité dans le pays. Mais il morcelle le paysage politique. Ainsi favorise-t-il la création de coalitions gouvernementales, ne permettant pas à un courant politique précis de mener à terme son programme.

- **Quant aux scrutins mixtes**, leurs détracteurs les accusent de combiner les défauts des deux autres ! En réalité, on constate chaque fois qu'une tendance, majoritaire ou proportionnelle, prend le pas sur l'autre suivant l'effet voulu. En France, c'est la tendance majoritaire qui domine, le scrutin mixte permettant cependant d'afficher une représentation des listes minoritaires.

C'est probablement pour répondre à ces nouvelles objections qu'un système original avait été envisagé pour les élections législatives de 2022, sous réserve de l'adoption du projet de loi ordinaire présenté dans le cadre de la réforme des institutions de 2018 : alors que le nombre des députés aurait été diminué de 30%, passant de 577 à 404, une dose de représentation proportionnelle intégrale serait introduite pour l'élection de 15% d'entre eux (61 députés), élus sur liste nationale. Il n'y aurait ici donc pas mélange des modes de scrutin, dont la pratique montre que l'un prend toujours le pas sur l'autre, mais juxtaposition. Cependant, compte tenu de la limitation de la proportionnelle à 15% des sièges, le rééquilibrage à en attendre reste modeste, relevant plutôt du témoignage.

Quoiqu'il en soit, et bien que la crise sanitaire soit l'une des explications de la situation, la participation citoyenne historiquement basse³⁰ aux deux scrutins locaux de 2021, élections régionales et élections départementales, commande de réfléchir différemment la désignation des gouvernants afin qu'elle demeure démocratique, par exemple à travers des mesures telles que l'organisation du scrutin en semaine, comme en Grande-Bretagne, ou la validation du vote dématérialisé.

Section 4 : L'ORGANISATION DU POUVOIR

§ 1 : La théorie de la séparation des pouvoirs (*John Locke et Montesquieu*)

La conception de Montesquieu est exposée dans « *L'Esprit des lois* » (1748).

Montesquieu recherche un régime qui puisse assurer la liberté politique, laquelle n'est pas de faire ce que l'on veut, mais d'être protégé de l'arbitraire du pouvoir. La liberté politique sera d'autant mieux protégée que le pouvoir ne sera pas placé entre les mêmes mains. Pour que le pouvoir arrête le pouvoir, il est donc nécessaire de diviser le pouvoir. La séparation du pouvoir est un moyen pour en obtenir la modération.

Montesquieu distingue trois pouvoirs essentiels : la puissance législative, celle de faire les lois, de les modifier et de les abroger, la puissance exécutive, dans laquelle il place la sûreté intérieure, la diplomatie et la défense et la puissance de juger, c'est-à-dire de punir les crimes et de juger les différends dans la société.

Pour garantir la liberté politique, Montesquieu affirme que ces trois pouvoirs ne doivent pas être confiés à la même personne ou au même corps.

La lecture attentive de cette théorie conduit à constater que son auteur n'exige pas que chacun des pouvoirs soit attribué à un organe distinct. Elle impose simplement qu'un seul organe ne soit pas titulaire de la plénitude de plusieurs pouvoirs.

³⁰ Elle n'a pas atteint les 35% dans les deux cas au second tour, en recul d'environ 20% par rapport aux élections précédentes de 2015

§ 2 : L'application de la théorie : la classification des régimes

Les classifications des régimes par les théoriciens politiques ont été nombreuses, depuis l'Antiquité grecque. A l'époque moderne, celle de Montesquieu reste pertinente, même si la distinction entre démocraties pluralistes, régimes autoritaires et régimes totalitaires est parfois préférée (*Hugues PORTELLI, Droit constitutionnel, Dalloz, 11^{ème} édition, 2015*)

A. Les régimes de séparation des pouvoirs

Les démocraties pluralistes adoptent ce système s'inspirant de la théorie de Montesquieu, mais deux lectures – dont les résultats sont moins différents qu'il peut paraître- en ont été faites.

1/ La séparation stricte : le régime présidentiel

La séparation des pouvoirs est alors dite rigide : le choix est de mettre l'accent sur l'indépendance réciproque de l'exécutif et du législatif, en pariant sur leur aptitude à trouver des compromis pour éviter les blocages.

C'est le régime présidentiel dont le modèle le plus fameux est le régime des Etats-Unis d'Amérique.

- Exécutif et législatif sont indépendants quant à l'origine de leurs mandats respectifs et ne peuvent y mettre fin mutuellement. Il en résulte que les deux pouvoirs sont tenus de cohabiter pendant la durée de leur mandat.
- Chacun des organes a la faculté de statuer : Le président dispose de l'intégralité du pouvoir exécutif. Le législatif (congrès aux Etats-Unis) détient l'intégralité du pouvoir législatif, le président étant même, formellement au moins, privé de l'initiative des lois.
- Cependant, chaque organe détient la faculté d'empêcher : Le président possède un veto législatif suspensif. Mais le Sénat doit lui donner son consentement à la nomination des fonctionnaires, donne son accord à la majorité des 2/3 à la ratification des traités. Enfin, le Congrès (Sénat et Chambre des représentants) a le pouvoir budgétaire et contrôle l'exécutif par l'intermédiaire d'enquêtes, dont les pouvoirs d'investigations sont très poussés³¹.
- L'autorité judiciaire a le pouvoir de contrôler la légalité et la constitutionnalité de tous les actes de l'exécutif. La Cour suprême peut arbitrer les différends entre Congrès et Président.

Le régime fonctionne de manière équilibrée grâce à la capacité du Président et du Congrès à collaborer, en trouvant des compromis : c'est la théorie des « *Checks and balances* » (poids et contrepoids).

Le pouvoir judiciaire constitue un véritable pouvoir indépendant, à tel point qu'on a souvent évoqué le Gouvernement des juges³². La Cour Suprême est placée à son sommet, contrôle la constitutionnalité des lois et joue les rôles attribués en France au Conseil constitutionnel, à la Cour de Cassation et au Conseil d'Etat.

La France n'a pas d'expérience réussie du système présidentiel. La lecture stricte qui a pu être faite par les français de la séparation des pouvoirs (en 1791, 1793, en l'an II et en 1848), parfaitement étanche a conduit à des impasses totales, trouvant leur résolution dans la déchéance du roi et la Convention, la Terreur (1793) ou le coup d'Etat (1852).

2/ La séparation souple : le régime parlementaire

³¹ Voir par exemple les documents rendus publics en mai 2018 par la Commission des affaires judiciaires du Sénat américain à l'issue des auditons menées entre juillet 2017 et mars 2018, à propos de la rencontre entre des ressortissants russes et des membres de l'équipe de campagne de Monsieur Donald Trump à la trump Tower le 9 juin 2016 (Affaire de l'enquête russe).

³² le Président américain républicain (Donald Trump) a nommé à la Cour suprême Brett Kavanaugh, 53 ans, en juillet 2018, et Amy Coney Barrett 48 ans en octobre 2020, tous deux connus pour leurs opinions conservatrices, Compte tenu des âges respectifs des différents juges, la Cour est désormais durablement ancrée côté conservateur.

Voir https://www.lemonde.fr/international/article/2020/10/26/comment-la-cour-supreme-americaine-pourrait-basculer-dans-le-camp-conservateur_6057408_3210.html

La séparation des pouvoirs peut être souple. Le choix est ici de mettre l'accent sur la collaboration entre exécutif et législatif par l'intermédiaire d'un Gouvernement responsable devant le Parlement. C'est le régime parlementaire.

Le régime parlementaire est un régime de séparation souple des pouvoirs. Dans ce système, les organes existent distinctement mais ils sont interdépendants :

- l'exécutif est composé d'un chef d'Etat dont la responsabilité politique ne peut être mise en jeu et d'un gouvernement nommé par le chef d'Etat, responsable devant le Parlement. Le gouvernement doit son existence à la double confiance dont il dispose, celle du chef d'Etat et celle du Parlement.
- le législatif dispose du pouvoir d'adopter les lois et de contrôler l'action de l'exécutif.

Les moyens d'action sont réciproques :

- du législatif sur l'exécutif : les parlementaires peuvent voter la censure du gouvernement, qui est alors contraint de démissionner.
- de l'exécutif sur le législatif : il dispose du droit de parole au Parlement³³ et de l'initiative législative et budgétaire. Il peut engager sa responsabilité devant le Parlement (question de confiance). Le chef d'Etat peut dissoudre la chambre élue au suffrage universel.

B. Les régimes de confusion des pouvoirs

Ce sont des régimes où les pouvoirs sont rassemblés entre les mains d'une même personne ou d'un même corps. L'illustration la plus fameuse en est le régime d'assemblée : l'ensemble des pouvoirs est concentré dans l'assemblée qui cumule pouvoir exécutif et pouvoir législatif.

Dans un tel régime, l'exécutif est désigné par l'assemblée et doit se plier à ses injonctions sans pouvoir démissionner. L'assemblée peut annuler les actes de l'exécutif. Le Gouvernement est le commis de l'assemblée. L'autonomie du Gouvernement est subordonnée aux directives politiques de l'assemblée et elle est limitée car les attributions du Gouvernement sont déterminées par l'assemblée.

Exemple : le régime suisse : le conseil fédéral (exécutif) est élu par l'assemblée fédérale (réunion du Conseil fédéral et du Conseil des Etats). Le conseil fédéral exécute les décisions des chambres lesquelles peuvent modifier ou annuler ses décisions.

Section 5 : LA CONSTITUTION

C'est l'acte fondamental –on pourrait dire fondateur- de l'Etat, du régime politique. Dans son acception moderne, la constitution est un acte unilatéral que ce donne le peuple ou la nation, pour fixer le statut de pouvoir politique (contrairement aux chartes, octroyées par le gouvernants ou à la théorie du contrat social).

§ 1 : La notion de constitution

A - La forme des constitutions

Elles peuvent être coutumières. C'était la norme jusqu'au XVIIIème siècle, la coutume constitutionnelle naissant de la répétition d'attitudes identiques dans une situation donnée, sur un temps long. Les vices du régime coutumier ont largement été dénoncés (règles incertaines et incomplètes, mouvantes, ne posant aucune véritable limite aux agissements des gouvernants). Aujourd'hui, la Grande Bretagne est le seul grand Etat à disposer d'une « *constitution coutumière* », auxquels sont agrégés des textes fondamentaux, tels que la Grande Charte de 1215, l'Habeas Corpus de 1679 ou la Bill of rights de 1689 et des textes plus récents comme le Constitutional Reform Act de 2005.

Les constitutions peuvent être écrites, donnant deux avantages essentiels, la stabilité et la suprématie, conséquences de la solennité qui entoure son adoption. Pour autant, le caractère écrit de la constitution ne la met pas à l'abri ipso facto des vices des constitutions orales : bien qu'écrites, elles peuvent contenir des règles imprécises ou ambiguës.

³³ En France, le Président de la République peut désormais prononcer lui-même son message au Parlement réuni à Versailles. Dans la réforme actuellement en suspens, il est question d'autoriser un débat ensuite en sa présence, dans lequel il pourrait intervenir.

B : Le contenu des constitutions

Il est extrêmement variable selon les cas, mais il présente un tronc commun, les règles relatives au statut des gouvernants. On peut y trouver :

- Les dispositions relatives au statut des gouvernants : C'est la partie essentielle et minimale d'une constitution, qui institue forcément les pouvoirs publics, fixe leurs compétences et règle leurs rapports. Mais il n'y a pas forcément concordance entre la nature constitutionnelle d'une règle et son intégration dans la constitution (modes de scrutin, France).

- Les déclarations des droits : Il y a là une volonté marquée des constituants d'affirmer comme fondamentales des dispositions qui définissent les rapports des citoyens et des habitants avec les pouvoirs (DDHC, 1789). On discute de la valeur constitutionnelle des déclarations de droits, mais les garanties de droit, qui énoncent des droits sur un ton plus concret, ont valeur constitutionnelle.

- Les dispositions formellement constitutionnelles, qui figurent dans la constitution du fait de leur procédure d'adoption (referendum d'initiative populaire), mais dont le sujet n'est pas constitutionnel (constitution suisse : « *Il est expressément interdit de saigner les animaux de boucherie sans les avoir étourdis préalablement* »).

§ 2 : Les modalités d'établissement et de révision des constitutions

A- Le pouvoir constituant originaire

Il intervient pour élaborer une constitution alors qu'aucune constitution n'est en vigueur (Etat nouveau ou abolition du régime précédent). Le pouvoir constituant originaire est par définition inconditionné, puisqu'il se place à l'origine d'un nouvel ordre juridique. Il peut être confié à un organe de nature délibérative (la constituante), dont la seule tâche est l'élaboration du texte ou peut être assumé directement par le gouvernement provisoire. Le texte peut être soumis in fine au peuple, par la voie du référendum.

B- La révision des constitutions

Le pouvoir constituant est dit alors dérivé : il dérive directement du texte de la constitution qu'il a pour mission de modifier. C'est donc un pouvoir limité, dans le contenu de la révision, dans la procédure à suivre.

Selon les cas, la constitution sera dite souple ou rigide.

- **Elle est souple** lorsqu'elle peut être facilement modifiée, sans condition particulière, par une simple loi. Elle présente alors l'avantage de l'adaptabilité, mais non celui de la stabilité de la norme juridique de référence. Son caractère solennel y perd et les modifications peuvent être insuffisamment réfléchies ou même dangereuses.
- **La constitution est dite rigide** lorsqu'elle institue une procédure spécifique, plus contraignante que la procédure législative ordinaire (condition de majorité qualifiée, circuit d'adoption particulier, etc.). Mais, une procédure trop contraignante peut avoir l'effet inverse à celui recherché : faute de pouvoir réunir les conditions qu'elle impose, elle risque d'inciter à recourir à des voies dites extraconstitutionnelles, c'est-à-dire des révoltes !.

C- La sanction des violations de la constitution

- La **sanction politique** : Peu pertinente et surtout peu efficace (Sénat de la constitution de l'An VII).

- La **sanction juridique** : c'est le contrôle de la constitutionnalité des lois. Il peut être exercé par un organe unique (en France le Conseil constitutionnel, qui opère un contrôle a priori, avant la promulgation de la loi, et sur saisine restreinte), ou à tous les tribunaux au cours de tout procès (Etats-Unis, France avec le contrôle a posteriori institué sous forme de la question prioritaire de constitutionnalité – voir dans le chapitre 2, le Conseil constitutionnel).