C’est le 2° vote (celui à la *RP*) qui est **décisif** car il sert à fixer le nombre de sièges auquel, dans le cadre des *länder*, chaque parti a droit en fonction des voix obtenues.

Le 1° vote sert à désigner un élu par circonscription au scrutin uninominal à 1 tour et donc les élus désignés sur la base de la « première voix » (celle du scrutin majoritaire) sont alors *décomptés* du nombre total de sièges auxquels un parti a droit en vertu de son score à la proportionnelle, ce qui fait que le scrutin est plus fondamentalement proportionnel que véritablement mixte, on a juste un *correctif* majoritaire.

Et il demeure normalement, après la proclamation de ces élus issus de la 1° voix, un nombre en principe égal de sièges vacants.

Lesquels sièges sont répartis entre les listes présentées par les partis dans le cadre de chaque *land* de manière à ce qu’ils *complètent* dans la limite des sièges attribués à chacun de ces partis par le 2° vote, la représentation *déjà* obtenue au titre du 1°.

S’il arrive que dans un *land*, les sièges obtenus par un parti au titre des premiers votes **excèdent** le nombre de sièges auquel il a droit au titre des seconds, il conserve ces sièges excédentaires et le nombre de députés composant le *Bundestag* augmente d’autant : il ne faut pas en effet oublier que l’électeur a le droit de voter au titre de ses 2 votes pour le candidat d’un parti et pour la liste d’une autre même si cela reste relativement rare.

C. L’élu

1. Éligibilité et inéligibilité

☞ L’éligibilité consiste en l’*aptitude* à être élu sachant que cette aptitude est définie juridiquement et donc assortie d’un certain nombre de conditions.

L’une des plus évidentes, des plus générales est celle relative au droit de vote : seules les personnes titulaires d’un tel droit peuvent être élues. Mais d’autres conditions existent en fonction des élections concernées (âge, domicile, présentation...).

☞ Dans certains cas, des citoyens titulaires du droit de vote et remplissant les conditions d’éligibilité peuvent être privés du droit d’être élu parce que l’on appelle les *inéligibilités*, qui font donc obstacle à la candidature (et qui si elles sont constatées après l’élection par le juge entraînent l’annulation du scrutin).

Ces inéligibilités varient bien sûr selon l’élection mais elles se justifient généralement

* Par la volonté d’assurer l’*indépendance* des élus (par ex. un agent d’une commune est inéligible dans cette commune)
* *Ou* il s’agit d’éviter les *pressions* sur les électeurs (par exemple un fonctionnaire d’autorité est inéligible dans une circonscription où il exerce ses fonctions).

☞ Et ne pas omettre les inéligibilités pouvant accompagner certaines sanctions pénales ou qui résultent du non-respect de la législation sur, par exemple, le financement des campagnes électorales (cf. *V° République*).

2. Incompatibilités

A ne pas confondre avec *supra*. Ce sont des interdictions de *cumuler* certains mandats ou certaines fonctions avec le mandat électif.

*Attention* : une incompatibilité n’empêche pas une candidature ni même une élection ; simplement, on oblige l’élu à *choisir* entre les mandats ou les fonctions incompatibles.

🖎 Il était important de présenter, au moins sur un plan général, toutes les notions de base à partir desquelles il est possible d’appréhender l’*effectivité* d’une démocratie**,** au moins représentative ; pour cela il faut bien des concepts, des outils.

Voyons maintenant les mécanismes de participation *directe* à la prise de décision qui révèlent un degré supplémentaire dans le processus de démocratisation et relèvent plus de la démocratie *semi directe* sinon *directe*.

§. 2. La participation à la prise de décision

Les techniques utilisées pour ce faire tournent autour de la *votation* du peuple, du référendum *lato sensu*.

La classification de ces techniques est assez riche et variée selon les auteurs.

A. Le référendum selon le domaine

On distingue pour ce faire le *référendum constitutionnel* et le *référendum législatif*.

1. Le référendum constitutionnel

Celui constitutionnel est finalement assez répandu et cela s’explique aisément puisque la *Constitution* est en somme une sorte de « contrat social ». Il est normal que sa modification demande le consentement des citoyens.

Mais là où la distinction est encore plus intéressante, c’est que dans certains pays, ledit référendum est obligatoire alors qu’il n’est que facultatif dans d’autres à l’instar de la *France*.

2. Le référendum législatif

Il vise à donner au peuple le soin d’adopter directement la loi, donc à la place du Parlement.

C’est moins utilisé car cela heurte frontalement la démocratie dite *représentative* ; le constituant s’en méfie, les représentants encore plus…

Le plus souvent on prévoit des limites au *champ* d’application ; notamment les lois fiscales sont généralement exclues pour éviter les débordements démagogiques.

Notons que les régimes les plus représentatifs**,** donc les plus hostiles au référendum, ont dû y recourir à l’image du *Royaume-Uni*. Mais souvent alors, on dit du référendum qu’il n’est que *consultatif* : le peuple ne décide pas mais donne son *avis* au parlement, seul pouvoir décisionnel, juridiquement parlant...

On distingue alors le « référendum » *stricto sensu* et la « consultation » (ce que l’on trouve par exemple dans le droit français des collectivités territoriales). Politiquement, la distinction n’est pas aussi évidente.

B. Le référendum selon l’initiative

1. Le référendum sur initiative des autorités publiques

Le Parlement lui-même peut être à l’origine du référendum et apprécier ce faisant son opportunité.

Le pouvoir exécutif peut tout autant initier la consultation comme on aura l’occasion de le vérifier avec la *constitution de 1958*.

2. Le référendum sur initiative populaire

C’est celui déclenché par un certain nombre de citoyens fixé par les textes. QuelquesÉtats l’utilisent, surtout ceux de démocratie dite *semi directe*. 3 catégories peuvent être démarquées.

* *Le référendum d’initiative populaire suspensif* : c’est dirigé contre une loi votée par le parlement mais non encore entrée en vigueur afin donc d’empêcher son application.
* *Le référendum d’initiative populaire abrogatif* ou *le veto populaire* : c’est dirigé contre une loi *déjà* promulguée qui peut être abrogée totalement *ou* partiellement par le Peuple (c’était prévu dans la *constitution* inappliquée *de 1793*).
* *Le référendum de nature propositive* ou *l’initiative populaire stricto sensu* : c’est pour certains « l’initiative populaire » par excellence, la seule qui mériterait cette appellation (on parle aussi d’initiative « plénière »). En effet, les citoyens sontà la fois les initiateurs du référendum *et* les auteurs de l’acte soumis audit référendum c’est-à-dire qu’ils ont élaboré le projet.

C. Référendum et plébiscite

☞ Le *plébiscite* constitue une dérive du référendum vers une pratique rien moins démocratique, recélant de réels dangers.

*In abstracto*, c’est simple à discriminer :

* Le *référendum* consiste à donner une réponse en fonction de la question posée, du texte présenté.
* Le *plébiscite* consiste à prendre la décision en fonction de la personne qui a posé la question, qui a proposé le texte au risque d’occulter ces derniers.

☞ *De facto*, nous avons un glissement souvent irréversible, fût-il insensible.

Il n’est pas aisé de séparer la question de l’auteur surtout si celui-ci est un individu ne laissant pas indifférent.

L’un des risques : l’auteur, très populaire pratiquant le chantage au départ : « votez oui, sinon, je m’en vais ». On déplace la question sur un autre plan ; c’est une pression sur le corps électoral, le peuple théoriquement souverain. Or pour peu que le texte ou la question soit dangereux, voire attentatoire à la démocratie et cela se fera avecla bénédiction du peuple…

Mais, de toute façon, dans un référendum, il y a toujours une part deconfiance personnelle et le choix d’une politique :seul ledosagevarie.

Toute question posée, tout texte proposé comporte inévitablement en *arrière-plan* une demande de confiance personnelle de l’autorité qui décide de saisir le corps électoral. Et derrière tout plébiscite, on a également une dimension objective de politique à suivre...

*Post-liminaire : Démocratie « continue » ou « participative » et tirage au sort*

Peut-on parler d’une nouvelle forme de démocratie ? Cette référence à la démocratie *participative* ou *continue* se veut une correction des défauts de la démocratie représentative mais en ne se limitant pas aux seuls mécanismes précités dits de démocratie directe ou semi-directe. L’objectif est d’associer les citoyens à l’action politique autrement que par les élections et ponctuellement par les consultations référendaires.

Ainsi, par des mécanismes à inventer et que rendrait possibles l’essor du numérique, les citoyens seraient sollicités dans le processus politique, y compris dans la fabrication des lois (co-écriture en ligne des textes… ou à tout le moins contributions et avis recueillis). Ainsi, fait-on référence aux assemblées de citoyens, tirés au sort, à l’image de la « convention citoyenne sur le climat » récemment en France. Le but est alors d’élargir l’espace de délibération, jusqu’ici totalement contrôlé par les représentants et le gouvernement, qu’ainsi ces assemblées puissent enrichir le processus de décision et donc rendre encore plus légitimes les décisions en participant à leur élaboration. Et le summum serait de conjuguer ce dispositif délibératif avec un référendum.

Par ailleurs, ces citoyens tirés au sort le seraient selon un système de quotas par critère d’âge, de sexe, de géographie, de catégorie socio-professionnelle et de niveau d’étude pour constituer un échantillon représentatif de la population.

D’aucuns vont même jusqu’à envisager d’instaurer une chambre en plus de celles parlementaires existantes et qui serait composée de citoyens tirés au sort.

Il n’est pas donc exclu que soient adoptées dans les démocraties représentatives de nouvelles procédures mais conçues davantage comme outils d’appoint que comme une remise en cause radicale du principe représentatif qui a défaut d’être une panacée demeure encore le moyen le plus efficient pour traduire ce pouvoir exercé au nom du Peuple. A suivre donc.

**Titre 2. Les systèmes constitutionnels**

***Avant-propos :***

**Classifications politiques et classifications constitutionnelles**

⮚ Il s’agit d’aborder la question de la classification des systèmes *constitutionnels*.

Le juriste, pour analyser, expliquer la diversité des systèmes existants, utilise des*grilles de lecture*constituées à partir de*modèles*eux-mêmes construits à partirde critères.

Ils n’ont pas forcément pour but de retranscrire exactement la réalité. Ils sont là pour fixer des *repères* compréhensibles pour tous, qui soient de nature à fournir un langage commun.

D’où un aspect théorique prononcé que l’on confronteà la réalité(exemples étrangers et français).

Or toutes les classifications sont basées sur la fameuse théorie de la *séparation des pouvoirs* qu’il faudra en conséquence expliciter d’autant qu’elle donne lieu à maintes variantes, si ce n’est déformations.

⮚ Entendons-nous bien : il s’agit des classifications spécifiquement *constitutionnelles*, donc à partir de la *façon* dont le pouvoir est agencé, aménagé, formalisé, organisé.

Car il existe par ailleurs d’autres classifications, plus de nature politique issues de la philosophie politique, prolongées par la science politique.

Cela donne un autre regard, complémentaire, sachant que certains *types* *constitutionnels* pourront correspondre à ces types de régimes politiques : ils peuvent se correspondresans perdre chacun leur autonomie conceptuelle.

Cette tâche de classification a commencé dès l’Antiquité avec *Aristote*dans son ouvrage *La Politique*.Sans remonter jusque-là et sans repasser en revue toutes les classifications produites (cf. *Science politique* & *Histoire des idées politiques*), on peut présenter très succinctement la classification moderne des régimes politiques en faisant bien attention à l’expression usitée.

Cela ne désigne pas seulement la manière de gouverner mais cela comprend les éléments d’un *système* politique comme on dit avec donc les partis politiques, les groupes de pression, les contre-pouvoirs (presse, médias, syndicats... etc.).

Cela va au-delà del’ingénierie, de la stricte technique constitutionnelle.

Et ainsi distingue-t-on

* Les *régimes totalitaires*,
* Les *régimes autoritaires*
* Les *régimes démocratiques*

☞ *Le régime totalitaire*

Il s’oppose à l’État libéral et notamment aux distinctions, divisions caractérisant cet État libéral (privé/public, État/société civile). Tout est **unifié** dans l’État *total*.

C’est ce qui le distingue aussi du régime *autoritaire* qui laisse subsister certains éléments de la société traditionnelle, qui donc admet un minimum d’autonomie de la société civile, qui, ce faisant par définition existe quelque peu.

On utilise dans le totalitarisme des moyens de gouvernement employés dans l’autoritarisme(terreur, délation, violence...) mais on va bien *au-delà* en ce sens qu’il y a une présence totale de l’idéologie, une logique d’une idée qui est présentée comme l’explication universelle, globale de l’Histoire.

Donc l’État totalitaire ne fait pas que réprimer, opprimer comme n’importe quel régime autoritaire vulgaire : il s’agit de remodeler les esprits et les consciences, de bâtir une société nouvelle, un Homme nouveau et de tout soumettre à cela, de tout conditionner à cette entreprise.

Les deux grands totalitarismes : nazisme et communisme.

☞ *Les régimes autoritaires*

Définisnégativement : ils ne sont pas démocratiques et ne sont pas davantage totalitaires. Disons que le trait constant de ces régimes consiste à éliminer l’opposition. Ils ne tolèrent que très difficilement, pour ne pas dire pas du tout, le pluralisme.

☞ *Les régimes démocratiques*

On l’a déjà plus qu’entrevu avec le chapitre précédent. Mais c’est dans ces régimes démocratiques qu’on va voir notamment les fameux régimes de séparation des pouvoirs alors que la confusion des pouvoirs selon qu’elle profite au législatif ou à l’exécutif pourrait se partager entre les régimes autoritaires ou démocratiques.

Ainsi, il y a moyen de superposer en *combinant* ces classifications !

***Préliminaire* : la théorie de la séparation des pouvoirs**

Le principe même de la séparation des pouvoirs est célèbre mais il n’est pas sûr qu’il soit réellement connu. Car il recèle pas mal de nuances, de subtilités sous une apparente simplicité. Parce que c’est avant tout le produit d’une *confrontation* entre expérience pratique et réflexion théorique.

Donc, plusieurs auteurs vont contribuer à l’émergence du principe sachant qu’ils sont situés historiquement et géographiquement. Mais il faut surtout s’arrêter sur la contribution centrale de *Montesquieu* tout en notant d’emblée que la doctrine dite *classique* de la séparation ne sera pas forcément fidèle à *Montesquieu*.

On aura ainsi une compréhension des idées différente selon les pays et les époques du principe de séparation comme il sera vu ultérieurement.

Mais pour mesurer les nuances, les subtilités selon les époques et les pays, il convient d’abord d’exposer la théorie de *Montesquieu* et la théorie dite classique que d’aucuns rattachent souvent inexactement à *Montesquieu* !

I. L’apport de Montesquieu

A. Le principe selon Montesquieu

☞ *Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de Montesquieu*, XVIII° siècle.

Attention :ce n’est pas lui qui a inventé en tant que tel ce principe de séparation. Il a recueilli, en quelque sorte, toute une réflexion déjà engagée venue notamment des constitutionnalistes anglais et particulièrement du philosophe *John Locke*. Une réflexion née donc avant tout de la pratique, de l’expérience anglaise.

On dit que le *Royaume-Uni* fut le lieu de naissance empirique de cette séparation des pouvoirs avant donc d’être systématisée, théorisée, pour devenir un des principes fondamentaux du constitutionnalisme classique. Du reste, le *chapitre 6 du livre XI de l’Esprit des lois* (1748) où *Montesquieu* expose ses idées en la matière est justement consacré à l’étude de la constitution d’Angleterre.

Notons d’emblée que curieusement, l’expression « séparation des pouvoirs » n’apparaît jamais en tant que telle dans *l’Esprit des lois*.

Le *livre XI* est consacré avant tout à la*liberté politique*: tout l’objet de la réflexion est de rechercher les conditions qui doivent être remplies pour que l’on puisse rester libre tout en étant gouverné, un vieux débat !

Et une réponse était déjà apportée ; celle consistant à retenir comme moyen de *modération* du pouvoir la théorie dite de la « balance des pouvoirs » qui s’était développée à partir de la théorie dite du « gouvernement mixte ».

☞ *Quid* du « gouvernement mixte » ?

C’était l’idée que le bon gouvernement devait être le résultat d’une combinaison entre les 3 formes de gouvernement connues (depuis les classifications d’Antiquité notamment *Aristote* in *la Politique*) :

* La monarchie (1 seul)
* L’aristocratie (1 petit groupe, les « meilleurs », l’élite)
* La démocratie (tous).

A partir de là, on considérait qu’il fallait une participation au gouvernement et du roi, et de la noblesse, et du peuple.

Et de là, on évolua vers la théorie dela *balance des pouvoirs* qui est plus tournée, orientée sur la nécessité de *limiter* le pouvoir. Il fallait donc que le pouvoir soit distribué entre les différents intérêts de la société, représentés par le monarque, la noblesse et le peuple.

On devait agencer ces différents intérêts de telle sorte qu’ils s’équilibrent et se « balancent » réciproquement pour qu’aucun ne puisse l’emporter sur l’autre.

C’était *grosso modo* ce qui se passait en *Angleterre* du XVIII° siècle. La souveraineté appartenait au roi mais attention au roi « *dans* son parlement », c’est-à-dire le roi assisté

* D’un côté par l’aristocratie représentée à la *chambre des lords*
* Et de l’autre par le peuple représenté à la chambre dite des *communes*.

Et donc, les constitutionnalistes de l’époque considéraient ce système comme idéal car on avait un subtil équilibre entre le « gouvernement mixte » et la « balance des pouvoirs » garantissant ce faisant la liberté politique.

☞ *Montesquieu* part de là mais en mettant l’accent plutôt sur le fait que la liberté politique vient d’abordde la séparation, de la distribution des pouvoirs de telle sorte que chaque pouvoir puisse arrêterl’autre.

*Montesquieu* constatait que tout homme qui a du pouvoir ne peut s’empêcher d’en abuser (vision pessimiste ou... réaliste de la nature humaine).

Donc inutile de rechercher la garantie de la liberté politique par les vertus du gouvernement mixte.

Il faut s’en tenir à autre chose ; en clair, la « séparation des pouvoirs ». Pour cela, on part du constat suivant : il y a dans chaque État, 3 sortes de pouvoirs :

* La *puissance législative*
* La *puissance exécutrice*
* La *puissance de juger*

Or, pas de liberté si ces puissances ou pouvoirs ne sont pas confiés à des personnes différentes (personnes individuelles comme un monarque ou personnes « collectives », constituées en corps comme une assemblée).

Donc, il convient de distribuer les 3 fonctions à des organes *indépendants*.

Ainsi, il propose une véritable *technique*constitutionnelle, une mécanique pour ainsi dire qu’il estime valable, opérationnelle pour garantir la liberté politique et cela de manière universelle, quel que soit l’état de la société, puisqu’étant un mécanisme, un dispositif. D’où son succès.

B. Les modalités

Bref, le pouvoir doit être dans les mains de plusieurs. Donc, cela suppose que les pouvoirs soient séparés et qu’ils le restent. Donc, il faut 2 choses :

* D’abord, une répartition des fonctions étatiques à des organes *différents*.
* Il faut ensuite que l’on garantisse l’effectivité de cette répartition des fonctions et donc il faut s’assurer qu’aucun organe ne pourra absorber la puissance de l’autre. Donc, il faut donner à chaque pouvoir les moyens de *se défendre* contre les éventuels empiètements des autres.

En clair, on doit garantir la répartition des compétences par une répartition de ce que l’on appelle des *«*prérogatives*»*.

1. Une répartition des fonctions

⮚ On part d’une classification des fonctions de l’État dont *Montesquieu* n’est pas l’inventeur. Elle s’est élaborée progressivement au cours de l’Histoire.

☞ A l’origine, en schématisant quelque peu, l’unique fonction du pouvoir, telle que l’envisageait la pensée politique était semble-t-il de rendre justice.

☞ Puis s’est détachée de cette fonction, une fonction dite *«*législative*»*.

C’est l’idée que le pouvoir ne peut pas se concevoir comme étant uniquement chargé d’appliquer le droit divin ou encore le droit naturel, c’est-à-dire un droit *préexistant* au pouvoir, existant donc indépendamment des pouvoirs publics, qu’il s’agirait de déceler, de découvrir dans la Nature (c’est l’opposé du droit positif).

Mais le pouvoir lui-même peut être source du droit. Une idée née ou renaissant au *Moyen-Âge*. Ainsi, à partir de là, on va pouvoir distinguer les lois humaines des lois de Dieu ou des lois naturelles, le droit naturel.

☞ Et à la *Renaissance*, on va mettre en évidence une fonction purement« exécutrice » du pouvoir. Même si cette fonction exécutrice restait dans l’esprit du temps avant tout associée à la fonction judiciaire.

Donc, au début du XVII° siècle, on distinguait en fait 2 grandes fonctions du pouvoir :

* La législative
* La « judiciaro-exécutive »

Disons qu’alors, la seule distinction que l’on faisait entre les fonctions de « l’exécutif » au sens moderne du terme, c’était moins entre la Justice et l’exécution des lois (c’est-à-dire la fonction *administrative*) qu’entre les fonctions *internes* et *externes* de l’exécutif.

*John Locke*, ayant lui aussi contribué à la distinction des pouvoirs, distinguait ainsi un pouvoir « fédératif » qui consistait à assurer la sécurité et la sûreté de l’État contre les ennemis, à assurer les relations internationales et la diplomatie.

Mais comme il était utile et prudent de centraliser la force armée, le pouvoir armé, on ne le dissociait pas de la fonction exécutrice interne.

La fonction exécutive s’est vraiment affirmée qu’à partir du moment où la fonction judiciaire s’est *détachée* d’elle. Et donc, cette idée qu’il existe une fonction judiciaire qui doit être distincte mais aussi *indépendante* aussi bien de la fonction législative que de la fonction exécutive, d’exécution des lois est née au milieu du XVII° siècle en *Angleterre*.

Mais les Anglais, dans leur conception d’alors, ne séparaient entre les pouvoirs que dans la mesure où c’était un moyen *complémentaire*de maintenir dans leurs limites respectives les 3 branches du gouvernement : Roi, Lords, membres des communes.

⮚ La contribution essentielle de *Montesquieu* sera justement d’avoir enlevé à la vieille conception de la fonction exécutive la puissance de juger.

Et à partir de là, de l’avoir placée à *égalité* avec les 2 autres puissances législative et exécutive.

D’où cette trilogie toujours au cœur de la pensée politique et constitutionnelle moderne. Avec tout de même une nuance : *Montesquieu* souligne que la puissance de juger doit être remise aux cours de Justice ordinaire du pays. Pas question d’être accaparée par une catégorie sociale particulière : on la remet aux sujets du Prince en général (*Montesquieu* pensait aux jurys tels qu’ils fonctionnaient en *Angleterre*).

Donc, la puissance de juger ne représente pas ou plus une force sociale, une catégorie sociale. D’où l’affirmation de *Montesquieu* selon laquelle cette puissance de juger sera « *en quelque façon nulle* », représentant à la fois tout le monde et personne. Ainsi *Montesquieu* reste dans l’optique de son époque selon laquelle la société est toujours animée par des forces sociales, des « états ».

Le point essentiel, c’est que le judiciaire soit totalement *indépendant* des *conflits d’intérêts* opposant les forces sociales de l’État.

Donc, on le sépare du législatif et de l’exécutif et on ne l’inclut pas dans les mécanismesdestinés à régir les relations Exécutif/Législatif, mécanismes visant à séparer effectivement ces 2 derniers et qui posent la question des « prérogatives ».

2.. La répartition des prérogatives

☞ C’est bien de remettre les fonctions de l’État à des organes indépendants mais ce n’est pas suffisant. Il faut s’assurer que les pouvoirs restent toujours effectivement séparés de telle façon que le pouvoir reste toujours modéré.

Cela n’est pas vraiment un souci nouveau : rechercher la modération du pouvoir a toujours été une préoccupation de la pensée politique. Simplement avant, notamment de *Bodin* à *Locke*, on recherchait les limites à la toute-puissance du pouvoir dans les lois *supérieures* à l’État,

* Soit donc les lois de Dieu (droit divin) chez *Bodin*,
* Soit les droits inaliénables de l’Homme (droit naturel) chez *Locke*.

☞ Or *Montesquieu*, lui, va mettre pour ainsi dire des limites *mécaniques* : on fait en sorte que « *par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir*».

Donc, il s’agit de donner à chaque pouvoir, chaque puissance ce qu’il appelle des *facultés d’empêcher*, et des facultés qui s’avèrent mutuelles ; donc des facultés à se lier, s’enchaîner... Bref, toute une mécanique, une ingénierie constitutionnelle.

☞ Pour cela, il faut bien comprendre une distinction essentielle de *Montesquieu* : c’est que l’on a 2 séries de prérogatives à distribuer entre la puissance législative et celle exécutrice :

* *Faculté de statuer* : c’est-à-dire, dixit *Montesquieu*, le droit d’ordonner par soi-même ou de corriger ce qui a été ordonné par un autre. En clair, le pouvoir d’*agir*.
* *Faculté d’empêcher*: le droit de rendre nulle une résolution prise par un autre. En clair, le pouvoir de *contrôler*.

En somme, la faculté de statuer de l’un doit pouvoir être *contrebalancée* par la faculté d’empêcher de l’autre et ainsi l’exercice modéré du pouvoir est escompté !

Voilà résumé l’apport de *Montesquieu* à la théorie dite de la « séparation des pouvoirs » qui pourtant ne sera pas toujours comprise telle quelle au point qu’il est possible d’évoquer une théorie « classique » de la séparation notamment dans la doctrine constitutionnelle française qui est loin de reproduire fidèlement *Montesquieu*…

II. La doctrine classique

☞ Bien sûr, on l’a vu, ne serait-ce que dans la genèse de la théorie, les époques, les lieux jouent d’autant que la théorie reste beaucoup liée à l’observation, à l’analyse des pratiques de pouvoir.

De plus, la théorie de *Montesquieu* elle-même fait l’objet d’une analyse, d’une réception, d’une lecture... d’où des divergences**,** voire des déformations.

Ainsi, chez *Montesquieu* le fait de distinguer les fonctions n’implique pas nécessairement que l’intégralité des fonctions soit exercée par des organes distincts. Au contraire, *plusieurs* organes doivent pouvoir concourir à l’exercice d’une même fonction.

C’est justement ce *concours* qui entraîne, engendre la modération, la condition étant que ces organes soient suffisamment indépendants pour s’*équilibrer*. C’est bien la dualité des deux lois institutionnelles suivantes :

* Indépendance des organes
* Distinction des fonctions

Ce qui suppose

* Que chaque organe est titulaire de la *faculté d’empêcher* les autres d’abuser de leur pouvoir
* Mais aussi que les organes *collaborent* dans l’accomplissement des fonctions.

☞ Or, qu’a retenu la doctrine dite « classique » ?

On va ici interpréter la séparation comme supposant avant tout une *spécialisation*. On va établir une corrélation radicale

* Entre les distinctions des fonctions
* Et celle des organes.

En clair, chaque organe se verrait attribuer l’*intégralité* et l’*exclusivité* d’une fonction.

Bref, chaque organe est qualifié par la fonction qui lui est attribuée, en porte le même nom : *confusion* organe/fonction.

On ne met l’accent que sur la séparation en oubliant l’objectif premier qu’est l’équilibre, la modération du pouvoir. Or, par définition, la fonction législative n’est-elle pas supérieure à l’exécutive, subordonnée donc par vocation ? (Loi, expression de la volonté générale).

Et donc, vu la correspondance parfaite organe/fonction, on aboutit inéluctablement à une hiérarchisation des organes et ce faisant à la concentration du pouvoir.

**Chapitre 1. Les systèmes de séparation des pouvoirs**

Il est devenu classique de distinguer 2 types de séparation :

* La séparation *stricte*
* La séparation *souple*

Mais ces 2 types comportent des nuances au point même qu’il est possible d’évoquer un type *mixte* de séparation des pouvoirs.

Cela s’explique comme toujours par une confrontation réflexion théorique/pratique politique.

***Section 1. La séparation stricte des pouvoirs***

Cela correspond au modèle dit du *régime présidentiel* qu’il faut présenter d’abord comme tel, donc comme catégorie constitutionnelle avant de s’arrêter sur la seule application ayant rencontré le succès : les *États-Unis d’Amérique*.

§. 1. Définition du régime présidentiel

☞ Il s’analyse pour l’essentiel comme un régime dans lequel l’équilibre recherché des pouvoirs exécutif/législatif provient de leur*indépendance réciproque* et du fait qu’ils *s’absorbent* dans leurs fonctions respectives.

En clair, nous avons à la fois

* Une *spécialisation fonctionnelle*
* Une *irrévocabilité mutuelle*.

Autrement dit, on a une spécialisation **claire** des compétences :

* Le législatif a l’initiative des lois et les vote
* L’exécutif s’occupe de leur mise en œuvre

☞ Nous n’avons pas d’imbrication *organisée* des compétences : tout l’exécutif est au Président, au chef d’État et tout le Législatif est à l’assemblée (ou aux assemblées).

Et si nous avons desentorsesà cette séparation, elles concrétiseraient une *faculté d’empêcher :*

* Le Législatif pouvant bloquer le Président
* Et celui-ci pouvant s’opposer au Législatif avec le véto.

Donc, si collaboration il y a ou plutôt *interférence* dans les fonctions respectives, c’est sur un mode *négatif*.

☞ Au risque du *blocage* d’autant, et c’est là où réside le degré de rigidité de la séparation, qu’il y a une *indépendance radicale* des pouvoirs : aucun moyen d’action réciproque susceptible de remettre en cause l’existence de tel ou tel organe :

* Pas de dissolution du législatif par l’exécutif
* Pas de responsabilité politique de l’exécutif devant le législatif qui ne peut le renverser.

Chacun est condamné à vivre avec l’autre jusqu’au terme du mandat.

Et pour garantir cette indépendance, il faut commencer par l’*origine* : aucun ne doit son existence à l’autre.

D’où normalement une élection pour chacun des 2 organes, ce qui leur donne une légitimité *égale* et donc le moyen de leur indépendance.

☞ D’où dès lors un exécutif dit *monocéphale* : le pouvoir exécutif est confié tout entier à une seul et même personne, le président qui cumule les attributions d’un *chef d’État* et d’un *gouvernement* (et donc de son chef).

Ses « ministres » ne sont que des collaborateurs nommés et révoqués *ad nutum*. Ils ne dépendent que de lui et ne forment pas un ensemble *distinct* de lui, ne décidant pas en principe.

Vu l’irresponsabilité politique de l’exécutif, il n’est pas utile de détacher au sein de l’exécutif un organe responsable contrairement au régime parlementaire (cf. *infra*).

Bref, 2 pouvoirs forts et indépendants... au risque de la paralysie, du blocage. Mais, d’une certaine manière, les pouvoirs, en s’enchaînant mutuellement, garantissent la liberté.

En définitive, un système difficile à pratiquer : seuls les *USA* qui l’ont inventé le pratiquent à peu près correctement mais cela s’explique plus par le particularisme de la culture politique américaine que par les stricts mécanismes constitutionnels.

On comprend dès lors qu’il y ait eu échec ailleurs *ou* complète déviation vers un présidentialisme plus synonyme de *confusion* des pouvoirs au profit de l’exécutif que de séparation.

§. 2. Le système constitutionnel américain

A. Le cadre constitutionnel et politique

Il convient de distinguer les données constitutionnelles de celles politiques.

1. La constitution du 17 septembre 1787

☞ La constitution américaine est la plus ancienne constitution écrite en vigueur.

Un texte qui est organisé en *7 articles* dont les **3 premiers** sont les plus importants puisqu’ils traitent

* du pouvoir législatif fédéral, c’est-à-dire le *Congrès*,
* du pouvoir exécutif fédéral, en l’occurrence le *Président des USA*
* et du pouvoir judiciaire fédéral dont on sait déjà qu’il est chapeauté par la *Cour suprême*.

Étant un État fédéral, la constitution comporte des dispositions protégeant les États fédérés, ce qui concerne prioritairement la chambre fédérale, en clair le *Sénat* dont *l’article 1, section 3* précise bien qu’il sera composé de 2 sénateurs pour chaque État, chacun disposant d’une voix.

☞ Quid de la révision ? On parle alors d’*amendements* à la constitution.

On a affaire à une constitution dite *rigide* (cf. *supra*) puisque *l’article 5* prévoit 2 procédures complexes.

A savoir que la constitution peut être révisée

* Soit sur l’initiative du *Congrès* par le vote des Chambres à la majorité des 2/3,
* Soit sur demande des *législatures* des 2/3 des États auquel cas le *Congrès* convoquera une convention pour proposer le ou les amendements.

Et dans les deux cas, les *amendements* doivent être ratifiés par les 3/4 des États (soit actuellement 38 États),

* Soit par les législatures des 3/4 d’États,
* Soit par des conventions dans les 3/4 d’entre eux.

Remarquons que *seule la 1°* fut utilisée jusqu’ici, c’est-à-dire la procédure sur initiative du *Congrès*, donc sur initiative fédérale (et non des États fédérés).

On constate aussi que ce sont les organes législatifs (ou spécialement élus, donc les *conventions*)) qui amendent le texte constitutionnel et qu’ainsi le *Président* n’intervient pas (il a pu apposer sa signature mais juridiquement, cette signature n’apporte rien).

Par ailleurs, *l’article 5* ne dit rien sur les délais pour l’obtention des ratifications et donc a priori, ce délai est illimité mais cela peut être gênant car cela peut conduire à retarder de manière excessive la ratification ; aussi le Congrès a inclus en 1917, dans son projet de 18° amendement la date limite de ratification à l’expiration de la 7° année suivant la transmission du texte aux États (ce que la *Cour suprême* n’a pas remis en cause). Et donc depuis ce précédent, le *Congrès* a quasi toujours repris cette pratique du délai de 7 ans à l’occasion de ses projets d’amendements.

Depuis, *27 amendements* sont intervenus, des amendements ratifiés ayant eu des objets particulièrement diversifiés.

Et dans ces amendements, on doit souligner les *10 premiers* entrés en vigueur dès 1791, sachant que 9 d’entre eux constituent une déclaration des droits alors que le *10°* précise les principes guidant la répartition des compétences entre l’Union et les États fédérés.

Les deux suivants sont aussi venus compléter le texte constitutionnel pour ce qui est de l’organisation des pouvoirs publics fédéraux et notamment le rôle du pouvoir judiciaire et l’élection du Président et du Vice-président (en 1798 et 1804).

Sont ensuite intervenus les *13°, 14° et 15° amendements* adoptés suite à la guerre de sécession (en 1865, 1868 et 1870) qui abolissent l’esclavage et prohibent les discriminations raciales sur le plan civique.

Les autres amendements sont de moindre importance si l’on peut dire sachant que 2 d’entre eux sont connus de par leur objet étranger aux institutions : les fameux *18° et 21° amendements* traitant des boissons alcoolisées (le premier les prohibant, le second revenant sur ledit amendement !).

Si la constitution joue bien sûr un rôle important dans le fonctionnement du régime politique américain, son ancienneté n’évite pas toujours un certain archaïsme et finalement les données politiques et électorales influent de manière significative et la pratique politique est souvent venue suppléer à l’insuffisance des textes.