

Chapitre 2

Le pouvoir dans l'État

Il convient à présent de rechercher comment les notions vues précédemment s'articulent effectivement, autrement dit, comment l'État organise le pouvoir. Carré de Malberg relève que l'utilisation du mot pouvoir manque souvent de rigueur en désignant indistinctement le pouvoir au sens strict qui est une puissance (*potestas*), les fonctions et les organes. Les fonctions sont les formes « sous lesquelles se manifeste l'activité dominatrice de l'État : par exemple, édicter la loi est un des modes d'exercice de la puissance étatique, une fonction du pouvoir », tandis que les organes sont les « différents personnages ou corps publics qui sont chargés de remplir les diverses fonctions du pouvoir : par exemple le Corps législatif est l'organe remplissant la fonction législative du pouvoir étatique ». À partir de ces catégories on étudiera la séparation des pouvoirs (I), le contrôle de constitutionnalité (II) et cette composante essentielle de la démocratie qu'est le pouvoir de suffrage (III).

I. La séparation des pouvoirs

On examinera successivement les théories (A) et les régimes (B) qui se réclament de la séparation des pouvoirs.

A. Les théories

Aristote distingue trois fonctions, délibérer, commander, juger, mais n'en tire pas de conséquences institutionnelles. Sous l'Ancien Régime, le roi, titulaire du pouvoir en tant que lieutenant de Dieu sur terre, exerce des fonctions (rendre la justice, donner la loi, nommer les officiers publics, faire la guerre, conclure des traités, battre monnaie, lever les impôts...) que Jean Bodin appelle les marques de la souveraineté, mais cela n'empêche évidemment pas l'existence d'autres institutions remplissant des fonctions particulières : les parlements rendent la justice, enregistrent ou non les ordonnances royales (actes législatifs), et leur opposent, le cas échéant les Lois fondamentales du Royaume ; les États généraux se prononcent sur les impôts, les grands choix politiques et témoignent de ce que les sujets du roi sont des hommes libres. La diversité des organes et des fonctions n'est donc pas une nouveauté, mais à partir du XVII^e siècle, on va chercher à en faire la théorie.

John Locke (1632-1704) dans son deuxième *Traité du gouvernement civil*, distingue trois pouvoirs : le législatif, qui possède l'autorité suprême, l'exécutif et le fédératif qui concerne les relations internationales, les deux derniers devant

être subordonnés au premier. Jonathan Swift (1667-1745) et Henry Saint John de Bolingbroke (1678-1751) défendent la théorie de la balance des pouvoirs entre le Roi, la Chambre des lords et celle des Communes qui doivent s'équilibrer.

Dans l'*Esprit des Lois*, Montesquieu (1689-1755) distingue « la puissance législative », « la puissance exécutive du droit des gens » (droit international) et « la puissance exécutive du droit civil » (puissance de juger). Étonnamment, l'ancien président du Parlement de Bordeaux, occupé des deux premières puissances, se montre peu disert à l'égard du juge, décrit comme « la bouche qui dit les paroles de la loi », mais on ne peut en tirer de conclusion définitive car sa vision de la loi est très large. Ce « Bordelais un peu anglais » (Jean Carbonnier), propose une présentation très personnelle des institutions anglaises qui insiste sur la collaboration des pouvoirs exécutif et législatif et sur la faculté d'empêcher. Partant du principe que « tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser », il conclut : « il faut que par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir ». L'Angleterre lui paraît atteindre cet objectif : exécutif et législatif y sont forcés de collaborer et les lois votées par le Parlement n'y peuvent entrer en vigueur sans l'intervention du monarque. En passant, rappelons qu'en langue anglaise, le mot *executive* désigne non seulement celui qui exécute mais encore celui qui décide.

Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) défend une conception toute différente. Pour le Genevois, les fonctions distinctes ne doivent pas s'équilibrer car elles sont hiérarchisées et celle de faire les lois se trouve au-dessus des autres (encore qu'il emploie le mot Législateur pour désigner le constituant ce qui ne clarifie pas son propos).

REMARQUE

Au moment de la Révolution, la séparation des pouvoirs devient un des points d'ancrage du constitutionnalisme qui se fonde sur l'article 16 de la Déclaration des droits au terme duquel « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de Constitution ». Pourtant, en dépit de leurs proclamations, les hommes de 1789 optent pour la conception rousseauiste et finissent par tomber dans la confusion des pouvoirs tandis que, sous des formes différentes, l'idée de la séparation perdure dans les institutions britanniques et américaines.

Pour aller plus loin

Ch. de Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, 1748, Flammarion, 2008 ; J.-J. Rousseau, *Du Contrat social*, 1762, Garnier-Flammarion, 2014.

B. Les régimes de séparation des pouvoirs

La doctrine de droit constitutionnel distingue classiquement et assez fausement deux formes de séparation des pouvoirs exécutif et législatif. D'une part, le régime parlementaire (1), né en Grande-Bretagne et caractérisé par une collaboration et une interdépendance entre les pouvoirs. D'autre part, le régime présidentiel (2),

dont les États-Unis constituent le seul véritable exemple, présenté (à tort) comme un régime de séparation rigide ou stricte ou tranchée. Après avoir examiné ces deux catégories et en avoir montré les limites, on verra que la distinction elle-même est critiquable (3).

1. Le régime parlementaire

REMARQUE Né en Angleterre au XIX^e siècle, le régime parlementaire, ou gouvernement parlementaire, est généralement décrit à travers un certain nombre de critères : dyarchie ou bicéphalisme de l'exécutif avec un chef de l'État et un chef du gouvernement ; irresponsabilité politique (et pénale en Grande-Bretagne) du chef de l'État ; gouvernement issu d'une majorité parlementaire et soutenu par elle ; responsabilité du gouvernement, à travers son chef, devant le chef de l'État et devant le Parlement (parlementarisme dualiste ou orléaniste) ou devant le seul Parlement (parlementarisme moniste) ; contreseing ministériel de tous les actes du chef de l'État ; exercice par le chef de l'État du droit de dissolution d'une des Chambres de sa propre initiative (dissolution royale) ou sur demande du chef du gouvernement ; partage de l'initiative des lois entre gouvernement et Parlement ; promulgation (sanction) de la loi par le chef de l'État.

La mise en jeu de la responsabilité du gouvernement devant le Parlement peut s'effectuer soit à l'initiative du gouvernement lui-même, par le biais d'une question de confiance, pour vérifier qu'il dispose encore d'une majorité parlementaire soit à l'initiative des députés qui cherchent à sanctionner le gouvernement pour son action par le moyen appelé motion de censure (Grande-Bretagne, France des IV^e et V^e Républiques), ou interpellation (III^e République) ou à monter qu'il n'a plus de soutien par une motion de défiance (Italie). Sous certains régimes et à certaines époques, elle a pu être la source d'une instabilité gouvernementale (France des III^e et IV^e République, Italie) ce qui a conduit à tenter d'aménager les procédures et les conditions d'investiture, de mise en jeu de la responsabilité et de dissolution afin d'établir un parlementarisme rationalisé (Boris Mirkine-Guetzévitch).

REMARQUE Un examen attentif des régimes parlementaires y compris celui du Royaume-Uni révèle la fragilité des critères de détermination du parlementarisme.

Ainsi, le caractère dualiste ou moniste conduit à des différences majeures dans le fonctionnement concret du régime parlementaire : si l'on admet que la V^e République française est un régime parlementaire, puisqu'elle en présente les traits principaux (ce qui n'implique pas qu'elle ne soit que cela), les différences sont frappantes entre les prérogatives de son président et celles de la Reine d'Angleterre. De même, dans le parlementarisme moniste, un monde sépare la responsabilité du solide Cabinet britannique de celle des très instables gouvernements français des III^e et IV^e Républiques.

Il faut également souligner le caractère conjoncturel ou particulier de ce qui est donné comme des critères du parlementarisme : l'effacement du chef de l'État et l'apparition concomitante du gouvernement des ministres résultent du simple fait que le roi George de Hanovre (qui régna de 1714 à 1727) ne parlait pas l'anglais et ne s'intéressait guère aux affaires de l'État ; la responsabilité politique des ministres résulte historiquement de la démission pour éviter la responsabilité pénale et le risque d'une condamnation à la peine capitale ; le soutien du Cabinet par la majorité parlementaire est le fruit du scrutin majoritaire uninominal à un tour qui conduit au bipartisme et donc des majorités stables et non d'une logique institutionnelle ; le poids de la coutume fait que le monarque nomme à *Downing Street* le leader du parti majoritaire qui doit lui-même disposer d'une majorité au sein dudit parti. Inversement, certains de ces critères ont pratiquement disparu : que reste-t-il de la responsabilité entre 1979 et 2019 ? Que reste-t-il du droit de dissolution alors qu'il n'a plus été mis en œuvre depuis 1987 ?

REMARQUE Si l'on examine la pratique, soit responsabilité et dissolution ne sont pas des critères du régime parlementaire, soit le régime britannique, modèle historique du régime parlementaire, n'est plus aujourd'hui un régime parlementaire. Il n'y a d'ailleurs pas d'accord sur la définition du parlementarisme pas même pour y voir un régime de séparation des pouvoirs.

Ainsi, Walter Bagehot voit dans ce qu'il nomme gouvernement de cabinet « la fusion presque complète des pouvoirs exécutif et législatif », le Cabinet en étant le trait d'union, « un Comité du Corps législatif élu pour être le Corps exécutif » (1867). Certes, ce comité est assez puissant pour dissoudre la Chambre des communes, mais il n'en est pas moins une émanation. À sa suite, de grands auteurs y verront un exemple non pas de séparation mais de confusion des pouvoirs au profit soit du Parlement (Carré de Malberg, Mirkine-Guetzévitch) soit du gouvernement (Muir, Capitant). Pour Ramsay Muir, « Le pouvoir est passé d'abord de la Couronne au Parlement, et ensuite du Parlement au gouvernement » et « Dire que le Parlement contrôle le cabinet est une absurdité. La vérité est que le cabinet contrôle absolument le Parlement » (1937). Le régime parlementaire peut donc être vu au choix comme un gouvernement d'assemblée (Carré de Malberg, Mirkine-Guetzévitch), un gouvernement de cabinet (Muir, Capitant) ou encore comme oscillant entre les deux (Joseph-Barthélémy).

DÉFINITION On peut définir le régime parlementaire par le principe majoritaire (Mirkine-Guetzévitch) ou soutenir qu'on y trouve « toujours en face de l'Assemblée un cabinet recruté dans son sein, assumant la charge du gouvernement et l'initiative des lois, et responsable devant elle » (Capitant).

2. Le régime présidentiel

On peut formuler trois observations liminaires à propos de l'expression « régime présidentiel » : 1° elle ne signifie absolument pas que tous les pouvoirs y sont détenus par le président, mais simplement que l'exécutif est monocéphale et que son chef ne dépend pas du Congrès ; 2° elle apparaît tardivement dans la théorie constitutionnelle : l'Anglais Walter Bagehot utilise l'expression « gouvernement présidentiel » (1867) pour qualifier le système américain et l'opposer au système britannique en qui il voit une confusion des pouvoirs. Pour lui, c'est donc le régime présidentiel qui est porteur de la véritable séparation des pouvoirs ; 3° elle a été concurrencée par celle de « gouvernement congressionnel » inventée par le professeur Woodrow Wilson, futur président des États-Unis, pour indiquer la prédominance du Congrès sur le président (1885).

REMARQUE Si pour les Anglais et beaucoup d'Américains, le régime politique des États-Unis est un véritable régime de séparation des pouvoirs au sens d'équilibre (les checks and balances), pour d'autres Américains, c'est plutôt un régime de hiérarchisation des pouvoirs au bénéfice du Congrès (sauf sous les présidences d'Andrew Jackson et d'Abraham Lincoln). C'est au XX^e siècle, en particulier à partir de la très longue présidence de Franklin Roosevelt, que commence ce qu'on appelle la présidence impériale, cette tendance du président à s'approprier des compétences non prévues dans la Constitution, notamment en en appelant à la théorie des pouvoirs implicites.

Un certain nombre de points caractérisent le régime qu'il est convenu d'appeler présidentiel : monocéphalisme de l'exécutif ; existence d'un vice-président destiné à succéder si nécessaire au président en préservant l'indépendance de l'exécutif ; initiative des lois formellement réservée au Congrès, absence d'un droit de dissolution. Pour d'autres, en revanche, la situation est plus compliquée : par exemple, l'absence de responsabilité politique est à relativiser au regard de l'usage qui est fait de la procédure d'*impeachment*. C'est bien pour des raisons politiques qu'elle fut déclenchée contre les présidents John Tyler (1843) et Andrew Johnson (1868) et c'est en raison de majorités politiques différentes que les présidents Nixon (1974) et Clinton (1998) ont connu des sorts différents pour des chefs d'accusation similaires dans les deux affaires. La séparation n'est pas si stricte puisque le président bénéficie d'un droit de veto dont il a fait un large usage (qui va en diminuant, il est vrai) et que son droit de nomination est limité par les avis du Sénat, spécialement pour les nominations à la Cour suprême.

3. Critique de la distinction

Aujourd'hui, la plupart des constitutionnalistes demeurent attachés à la distinction entre régime parlementaire et régime présidentiel alors qu'elle n'est peut-être pas la plus pertinente pour rendre compte des rapports entre les pouvoirs. D'abord, on ne peut prétendre décrire fidèlement le système politique des États-Unis en négligeant le rôle essentiel de la Cour suprême qui les a même

fait qualifier d'« État juridictionnel » (Carl Schmitt). Ensuite, l'absence du pouvoir de juger dans la description des régimes contemporains se justifie beaucoup moins depuis l'instauration dans la plupart des États d'un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. L'inconstitutionnalité d'une loi prononcée par le juge constitutionnel peut être considérée du point de vue de ses effets comme un acte de « législation négative » (Kelsen) et le juge se hisse au moins au niveau des organes législatifs et exécutifs. Enfin, la distinction canonique entre régime parlementaire, caractérisé par la collaboration des pouvoirs ou leur séparation souple, et régime présidentiel, défini par une séparation rigide ou stricte ou tranchée, ne tient pas et a pour origine un parti pris idéologique. Après la crise de 1877, alors que les Français dénoncent l'omnipotence parlementaire et l'impuissance de l'exécutif, Esmein, zélateur de la III^e République, s'emploie à la rattacher au régime parlementaire britannique qui serait une version « souple » de la séparation des pouvoirs dont le régime présidentiel américain serait une version « rigide ». Dès lors, il n'analyse pas la domination des chambres comme une confusion des pouvoirs, mais comme un aspect de cette séparation souple que garantit notamment le droit de dissolution. La confusion des pouvoirs se trouve, selon lui, dans le régime d'assemblée ou le régime conventionnel, présenté comme une déformation du régime parlementaire.

Esmein s'avance peut-être un peu en faisant du régime parlementaire un exemple de séparation des pouvoirs et, surtout, il se trompe en présentant le régime présidentiel comme un régime de séparation rigide. En revanche, il a raison d'inclure le régime d'assemblée ou le régime conventionnel dans les régimes de confusion des pouvoirs, alors que Mirkine-Guetsévitch tentera vainement d'assimiler la Convention à un régime parlementaire. Ce qui rapproche la Convention d'un régime parlementaire, c'est la domination de l'organe législatif par un comité tiré de son sein ; ce qui l'en distingue, c'est sa dimension totalitaire que manifestent le recours à la terreur, l'existence d'un parti unique, le projet de transformer l'homme de gré ou de force et un total mépris des libertés.

Par ailleurs, de même qu'à la suite d'Alexander Hamilton on a pu voir une séparation verticale des pouvoirs dans la répartition des compétences entre le gouvernement et les collectivités dans le fédéralisme ou même dans la décentralisation, d'autres auteurs ont proposé de concevoir la séparation à partir de la distinction entre majorité et opposition (Maurice Duverger, Louis Favoreu).

Pour aller plus loin

G. Bacot, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, éd. CNRS, 1985 ; J. Boudon, « Le mauvais usage des spectres. La séparation "rigide" des pouvoirs », *RFD const.*, 2/2009, n° 78, p. 247-267 ; S. Caporal, « Le régime mixte dans le discours des monarchiens », *Lectures du régime mixte*, PUAM, 2010, p. 201-216 et « La Grande-Bretagne dans la doctrine constitutionnelle de la III^e République », *L'influence politique et juridique de l'Angleterre en Europe*, PUAM, 2012, p. 429-462 ; L. Favoreu, *La Politique saisie par le droit. Alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Economica, 1988 ; A. Le Divellec, « Le gouvernement, portion dirigeante du Parlement. Quelques aspects de

la réception juridique hésitante du modèle de Westminster dans les États européens», *Jus politicum*, n° 1, <http://www.juspoliticum.com/Le-gouvernement-portion-dirigeante-30.html>, p. 2; A. Le Pillouer, « La notion de “régime d’assemblée” et les origines de la classification des régimes politiques », *Revue française de droit constitutionnel*, 2004/2, n° 58, p. 305-333; D. Mongoin, *Le Pari de la liberté – Étude sur Le Fédéraliste*, Garnier, 2012.

II. Le contrôle de constitutionnalité

REMARQUE

Le contrôle de constitutionnalité repose sur l’idée d’imposer le respect de la constitution aux organes de l’État, y compris au législateur, idée qui se trouve déjà dans les tribunaux foraux du royaume d’Aragon au XIV^e siècle (qui inspireront le recours de amparo contre les actes administratifs au Mexique et au Honduras au XIX^e siècle), la Chambre impériale du Saint Empire romain germanique ou les Lois fondamentales du Royaume que les parlements opposent aux ordonnances du Roi de France.

La Révolution affirme la suprématie de la Déclaration des droits et de la Constitution, mais elle ne prévoit rien pour en assurer le respect: l’Assemblée, qui exerce à la fois le pouvoir constituant et le pouvoir législatif, n’accepte pas d’être contrôlée, la loi est sacralisée, les députés refusent de faire du veto royal un moyen de contrôle de la constitutionnalité des lois pour ne pas perdre la souveraineté arrachée au Roi et, dans leur esprit, ceux qui appliquent la loi ne sauraient la contrôler. Les deux Empires créent un Sénat gardien de la constitutionnalité des lois mais qui ne fonctionne pas et les juridictions judiciaires se bornent à vérifier la régularité formelle de la procédure d’édition de la loi qu’elles appliquent (constitutionnalité extrinsèque). Vers la fin du XIX^e siècle, certains auteurs (Duguit, Hauriou) soutiennent vainement que les juges peuvent contrôler la constitutionnalité des lois comme aux États-Unis, puis la doctrine commence à parler d’État de droit pour signifier que toute autorité publique peut voir ses actes contrôlés par un juge. Cette réflexion donne naissance à une idéologie de l’État de droit, et les juges allemands iront jusqu’à dire que « l’État de droit est supérieur à la démocratie ». Une partie de la doctrine s’attachera ensuite à assimiler État de droit et démocratie en parlant de démocratie constitutionnelle fondée sur les droits (N. Bobbio, D. Rousseau) ou en incluant les recours juridictionnels dans la définition de la démocratie (O. Pfersmann). Dès lors, la principale interrogation porte sur le pouvoir d’interprétation du juge constitutionnel et sa capacité à réécrire la Constitution. En tout cas, la question se pose dans les mêmes termes dans les deux modèles de contrôle de constitutionnalité: diffus à l’américaine (A) et concentré à l’européenne (B).

A. Le modèle américain de contrôle diffus

DÉFINITION Le contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois aux États-Unis est qualifié de diffus car n'importe quel tribunal peut l'exercer.

Le fédéralisme complique un peu la situation puisqu'il y a une double hiérarchie judiciaire fédérée (tribunaux à compétence générale ou spéciale, cours d'appel étatiques ou cours suprêmes d'État) et fédérale (tribunaux de districts, cours d'appel de circuit, juridictions spéciales, Cour suprême fédérale). Au sommet de cette hiérarchie, la Cour suprême fédérale joue un rôle unificateur.

REMARQUE Dès l'arrêt *Marbury v. Madison* du 24 février 1803, la Cour suprême se reconnaît compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois, alors qu'aucune disposition de la Constitution ne le prévoit expressément. Le chief justice, John Marshall, a été nommé par le président sortant fédéraliste, John Adams, en même temps que le requérant William Marbury, mais il choisit une solution qui aboutit au rejet de sa requête : la Cour satisfait le nouveau président, Thomas Jefferson, mais s'arroge le droit de contrôler la constitutionnalité des lois en inaugurant le mouvement dit de centralisme judiciaire.

Le contrôle des lois à l'américaine est « concret », il intervient lors d'un procès intenté à un individu, *a posteriori*, après l'entrée en vigueur de la loi et par voie d'exception, ce qui signifie que l'individu auquel on oppose une loi soulève à son encontre une « exception d'inconstitutionnalité ». Il s'ensuit que la décision d'inconstitutionnalité a un effet relatif, elle écarte la loi dans l'affaire en cours, mais n'entraîne pas son annulation. Cependant, en pratique, lorsque la Cour suprême admet l'inconstitutionnalité d'une loi, la règle du précédent conduit à l'écarter dans toutes les affaires semblables et confère à l'arrêt un effet absolu, *erga omnes*, de la chose jugée.

La Cour joue un rôle clef dans le domaine des droits fondamentaux et des libertés publiques par les règles qu'elle déduit de la Constitution : *due process of law* tirée des V^e et XIV^e amendements (nul ne peut être privé de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans la garantie d'une procédure régulière protectrice de ses droits naturels), *rule of reasonableness* (règle de proportionnalité, équilibre raisonnable entre intérêt général et intérêt des particuliers), « clause des contrats » tirée de l'article 1^{er} interdisant aux États d'affaiblir par une loi la force des contrats, « clause d'égalité » déduite du XIV^e amendement qui oblige les États fédérés à accorder à tous les citoyens une égale protection. En matière d'égalité, la Cour a admis, le principe de l'*affirmative action*, la discrimination à rebours, dans la politique des quotas (minorités ethniques dans l'université, femmes dans l'armée, etc.). Ce principe, très controversé, se retrouve dans sa composition qui tient compte des minorités (noirs, juifs, catholiques, femmes depuis 1981). En matière de quotas comme dans d'autres, elle subit l'influence de la doctrine et balance entre le « *judicial*