

UNIVERSITE PARIS II – PANTHEON-ASSAS

1<sup>ère</sup> année de Licence en droit

Année universitaire 2021-2022

## **DROIT CONSTITUTIONNEL 1**

**Cours de M. le Professeur Armel LE DIVELLEC**

### **Travaux dirigés**

#### **Séance n° 3**

#### **La distinction et l'articulation des pouvoirs :**

#### **Locke, Montesquieu et les modèles anglais et américain du XVIII<sup>e</sup> siècle**

Date de distribution : semaine du 11 au 17 octobre 2021

Date d'utilisation : semaine du 18 octobre au 24 octobre 2021

#### OBJET DE LA SEANCE :

*La séance invite à commencer à réfléchir sur le problème riche et complexe de l'organisation du pouvoir étatique (problème habituellement -- mais de manière critiquable -- désigné sous la formule "séparation des pouvoirs"), qui continuera d'être examiné lors des séances suivantes, à travers des cas particuliers. Le propre du constitutionnalisme libéral est d'avoir trouvé des formules pour partager entre plusieurs institutions l'exercice du pouvoir politique, c'est-à-dire des fonctions juridiques, alors que le principe de l'État moderne postule l'indivisibilité de la souveraineté. Plusieurs fonctions et plusieurs organes ayant été distingués, il s'agit ensuite de trouver la manière de les articuler.*

*C'est à partir des révolutions anglaise, américaine et française aux XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles que l'articulation des pouvoirs trouvera ses formulations les plus abouties. Toutefois, l'interprétation donnée à Locke et Montesquieu a souffert et continue de souffrir de nombreux malentendus. On s'efforcera donc d'analyser leurs textes en distinguant soigneusement la distinction des organes et celle des fonctions. On constatera que l'expression de « séparation » des pouvoirs est toujours inadéquate, si on la comprend comme impliquant les deux principes d'indépendance organique totale (chaque organe serait totalement indépendant vis-à-vis des autres organes) et de spécialisation fonctionnelle absolue (un organe exercerait seul une seule fonction juridique). Au contraire, les penseurs politiques et les expériences concrètes montrent tous que la règle de l'indépendance organique est relative, et surtout que les organes ne sont jamais complètement spécialisés, si bien que plusieurs organes concourent presque toujours à l'exercice de chacune des fonctions.*

ARTICLES du Dictionnaire du droit constitutionnel à lire :

v. Administration – **Balance des pouvoirs** – **Censure** – Chambre basse, chambre haute – **Checks and balances** – Chef d’État – – **Dissolution** – **Dualisme** – **Fonction - Fusion des pouvoirs** - Gouvernement – **Impeachment** – Incompatibilité – Institution - **Investiture** – **Irresponsabilité** – **Législateur** – **Message** – **Monisme** – **Motion de censure** – Organe – **Parlement** – **Parlementarisme** – **Pouvoir exécutif** – **Pouvoir judiciaire** – Pouvoir juridictionnel – **Pouvoir législatif** – Promulgation – **Régime d’assemblée** – **Régime parlementaire** – **Régime présidentiel** – **Séparation des pouvoirs** – **Veto**.

DOCUMENTS DE LA FICHE :

1. Pierre PACTET, *Les institutions politiques de la Grande-Bretagne*, 1960 (extraits)
2. John LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, 1690 (extraits)
3. MONTESQUIEU, *De l’esprit des lois*, 1748 (extraits)
4. *Le Fédéraliste*, 1788, Essai n° XLVII (extrait)
5. John RUSSELL, *Essai sur le gouvernement et la Constitution britanniques depuis le règne de Henri VII jusqu’à l’époque actuelle*, 1823, trad. fr., Dentu, 1865, (extraits)
6. Joseph STORY, *Commentaire sur la Constitution des Etats-Unis* (1833), Livre 3, chap. 6 : « Distribution des pouvoirs »
7. Maurice HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2e éd. 1929, p. 347-348-351 et p. 469
8. Arnel LE DIVELLEC, « L’articulation des pouvoirs dans les démocraties parlementaires européennes : fusion et mitigation », *Pouvoirs*, n° 143, novembre 2012 (extraits)

**Document n°1 : Les origines du Parlement d’Angleterre, in Pierre PACTET, *Les institutions politiques de la Grande-Bretagne*, 1960, (extraits).**

**Origine de la Chambre des Communes**

[...]

L’origine lointaine des Chambres anglaises doit être recherchée dans le droit féodal et plus spécialement dans l’obligation dont sont tenus les vassaux d’assister leur suzerain, non seulement de leur personne et de leurs deniers mais encore de leur conseil. Le Roi convoque deux ou trois fois par an barons et prélats à sa cour pour les consulter : c’est le *Magnum Consilium*, analogue dans son principe à la *Curia Regis* des Capétiens français. Mais le Roi ne les convoque pas nécessairement tous ni à intervalles réguliers. En fait, cependant, l’habitude s’instaure à partir de la conquête normande de tenir de tels conseils, qui dès le XIIIe siècle sont entrés dans les mœurs.

D’abord simple réunion de grands féodaux, le *Consilium* change de caractère lorsque l’usage s’établit sous Edouard Ier (1271-1307) de convoquer non seulement les barons et prélats mais aussi deux chevaliers pour chaque comté (*shire*) et deux bourgeois pour les villes les plus importantes. Il s’agissait d’ailleurs bien moins de les consulter que de les amener à consentir aux impôts nouveaux et d’en faire auprès des populations urbaines et rurales des propagandistes du pouvoir central. Aussi bien ces députés ne jouaient-ils dans le Grand Conseil qu’un rôle des plus modestes auquel beaucoup essayaient de se soustraire. A côté des prélats qui siégeaient à titre personnel et en qualité de tenants féodaux, des représentants du clergé (chapitres et paroisses) furent également appelés à la fin du XIIIe siècle au Grand Conseil, qui prend alors le nom de Parlement.

Ces cinq catégories de membres se dissocièrent et se regroupèrent de manière originale en donnant naissance à une Chambre haute et à une Chambre basse :

1° les représentants du clergé, ecclésiastiques modestes qui n’avaient que peu d’affinités avec les grands prélats et qu’effrayaient les conflits incessants du Pape et du Roi, cessèrent rapidement de venir au Parlement ; chapitres et paroisses préférèrent voter leurs impôts dans leurs propres assemblées.

2° les chevaliers, qui constituaient une classe plus agricole et commerçante que guerrière, et d'ailleurs largement ouverte, se rapprochèrent des bourgeois, qui étaient leurs alliés naturels et avec lesquels ils se sentaient en communauté de mœurs ; siégeant ensemble, ils constituèrent la Chambre des Communes.

3° La réunion des barons et des prélats prit alors l'allure d'une chambre haute, la Chambre des Lords, qui succède ainsi au *Consilium*.

De son origine, la Chambre des Lords garda longtemps une certaine prééminence sur la Chambre des Communes. Cependant, celle-ci acquit très vite une grande importance en usant de son droit de consentir l'impôt et de son droit de pétition, incontestés dès la fin du XIII<sup>e</sup> siècle : il lui était facile, en effet, de subordonner le vote de l'impôt à la prise en considération de ses pétitions. Une évolution continue en ce sens aboutit au XV<sup>e</sup> siècle à reconnaître à la Chambre des Lords et à la Chambre des Communes agissant de concert un véritable pouvoir législatif puisqu'elles avaient le droit de préparer et de rédiger les projets de lois (*bills*), lesquels ne devenaient définitifs, il est vrai, que s'ils recevaient la sanction royale. Ce pouvoir législatif était d'ailleurs concurrent avec celui du Roi qui pouvait légiférer de sa propre initiative par voie d'ordonnance sans consultation des Chambres. En outre, une atténuation importante y était apportée du fait que le souverain pouvait dispenser qu'il désirait de l'application des lois qu'il avait édictées avec le concours des Lords et des Communes.

Il en résultait un partage très souple du pouvoir législatif qui, selon l'état des forces en présence, pouvait donner la prééminence soit au Roi, soit aux Chambres. La très énergique dynastie des Tudor assura tout au long du XVI<sup>e</sup> siècle le triomphe de la monarchie. Une issue différente devait être réservée aux violents conflits qui opposèrent au XVII<sup>e</sup> siècle les Stuart et le Parlement.

### **Document n° 2 : John LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, 1690 (extraits)**

[...] 3. J'entends donc par pouvoir politique le droit de faire des lois [...] afin de réglementer et de protéger la propriété ; d'employer la force publique afin de les faire exécuter et de défendre l'Etat contre les attaques venues de l'étranger ; tout cela en vue, seulement, du bien public. [...]

134. La grande fin que se proposent ceux qui entrent dans une société, étant de jouir de leurs propriétés, en sûreté et en repos ; et le meilleur moyen qu'on puisse employer, par rapport à cette fin, étant d'établir des lois dans cette société, *la première et fondamentale loi positive* de tous les États, est celle qui établit le pouvoir législatif, lequel, aussi bien que les lois fondamentales de la nature, doit tendre à conserver la société ; et, autant que le bien public le peut permettre, chaque membre et chaque personne qui la compose. Ce pouvoir législatif n'est pas seulement le suprême pouvoir de l'Etat, mais encore il est sacré, et ne peut être ravi à ceux à qui il a été une fois remis. [...]

135. Quoique le pouvoir législatif (soit qu'on l'ait remis à une seule personne ou à plusieurs, pour toujours, ou seulement pour un temps et par intervalles) soit le pouvoir suprême d'un Etat, cependant, il [...] ne peut être absolument arbitraire sur la vie et les biens du peuple.

143. [...] Mais parce que ces lois, qui doivent être constamment exécutées, et dont la vertu doit toujours subsister, peuvent être faites en peu de temps, il n'est pas nécessaire que le pouvoir législatif soit toujours sur pied, n'ayant pas toujours des affaires qui l'occupent. [...] C'est pour cette raison que, dans les États bien réglés, [...] le pouvoir législatif est remis entre les mains de diverses personnes, qui dûment assemblées, ont elles seules, ou conjointement avec d'autres, le pouvoir de faire des lois, auxquelles, après qu'elles les ont faites et qu'elles se sont séparées, elles sont elles-mêmes sujettes ; [...]

144. [...] Il est nécessaire qu'il y ait un *pouvoir toujours en exercice*, pour veiller à l'exécution des lois qui sont faites et restent en vigueur ; et c'est ainsi que le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif se trouvent souvent séparés.

145. Il existe, dans chaque État, un autre pouvoir qu'on peut appeler *naturel*, parce qu'il correspond à une faculté qu'avait naturellement chaque homme, avant d'entrer en société. [...]

Ce pouvoir comprend le droit de paix et de guerre, celui de former des ligues et des alliances, et de mener toute espèce de négociations. [...] On peut l'appeler si l'on veut *fédératif*. [...] Ces deux pouvoirs *exécutif* et *fédératif* sont, sans doute, en eux-mêmes réellement distincts [...] pourtant, ils sont en fait presque toujours réunis. [...]

152. Le pouvoir exécutif remis à une seule personne, qui a sa part aussi du pouvoir législatif, est visiblement subordonné, et doit rendre des comptes à ce pouvoir législatif, lequel peut le changer et l'établir ailleurs, comme il le trouvera bon : en sorte que le pouvoir suprême exécutif ne consiste pas à être exempt de subordination, mais bien en ce que ceux qui en sont revêtus, ayant leur part du pouvoir législatif, n'ont point au-dessus d'eux un supérieur législatif distinct, auquel ils sont subordonnés et tenus

de rendre compte, qu'autant qu'ils se joignent à lui et lui donnent son consentement [...], ce qui, certainement, est une subordination bien petite. [...]

156. Le pouvoir de convoquer l'assemblée législative, lequel réside dans celui qui a le pouvoir exécutif, ne donne point de supériorité au pouvoir exécutif sur le pouvoir législatif ; il n'est fondé que sur la confiance qu'on a mise en lui à l'égard du salut et de l'avantage du peuple. [...]

159. Lorsque le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif sont exercés séparément (comme ils le sont dans toutes les monarchies modérées et dans tous les gouvernements bien constitués), le bien de la société exige qu'on laisse certaines choses à la discrétion de celui qui détient le pouvoir exécutif. [...]

*Ce pouvoir [...] constitue ce qu'on appelle la prérogative.* [...] La *prérogative* ne peut donc être autre chose que la permission accordée par le peuple à ses gouvernants de prendre différentes initiatives en des cas non prévus par la loi et parfois même d'agir directement contre la lettre de la loi, pour le bien du peuple, sous réserve de l'approbation ultérieure de ce dernier. [...]

### **Document n° 3 : MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748 (extraits)**

#### ***Livre XI – Des lois qui forment la liberté politique dans son rapport avec la constitution***

##### ***Chapitre III – Ce que c'est que la liberté***

(...) La liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent ; (...)

##### ***Chapitre IV – Continuation du même sujet***

(...) La liberté politique ne se trouve que dans les gouvernements modérés. Mais elle n'est pas toujours dans les Etats modérés ; elle n'y est que lorsqu'on n'abuse pas du pouvoir ; mais c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser ; (...)

Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir. (...)

##### ***Chapitre VI – De la constitution d'Angleterre***

Il y a dans chaque État trois sortes de pouvoirs : la puissance législative, la puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutrice de celles qui dépendent du droit civil.

Par la première, le prince ou le magistrat fait des lois pour un temps ou pour toujours, et corrige ou abroge celles qui sont faites. Par la seconde, il fait la paix ou la guerre, envoie ou reçoit des ambassades, établit la sûreté, prévient les invasions. Par la troisième, il punit les crimes, ou juge les différends des particuliers. On appellera cette dernière la puissance de juger, et l'autre simplement la puissance exécutrice de l'État.

La liberté politique, dans un citoyen, est cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sa sûreté ; et, pour qu'on ait cette liberté, il faut que le gouvernement soit tel qu'un citoyen ne puisse pas craindre un autre citoyen.

Lorsque, dans la même personne ou dans le même corps de magistrature, la puissance législative est réunie à la puissance exécutrice, il n'y a point de liberté, parce qu'on peut craindre que le même monarque ou le même sénat ne fasse des lois tyranniques pour les exécuter tyranniquement.

Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire ; car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutrice, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur.

Tout serait perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs : celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers.

[...]

La puissance de juger ne doit pas être donnée à un sénat permanent, mais exercée par des personnes tirées du corps du peuple, dans certains temps de l'année, de la manière prescrite par la loi, pour former un tribunal qui ne dure qu'autant que la nécessité le requiert.

De cette façon, la puissance de juger, si terrible parmi les hommes, n'étant attachée ni à un certain état, ni à une certaine profession, devient, pour ainsi dire, invisible et nulle. On n'a point continuellement des juges devant les yeux ; et l'on craint la magistrature, et non pas les magistrats.

[...]

Les deux autres pouvoirs pourraient plutôt être donnés à des magistrats ou à des corps permanents, parce qu'ils ne s'exercent sur aucun particulier, n'étant, l'un, que la volonté générale de l'État, et l'autre, que l'exécution de cette volonté générale.

Mais, si les tribunaux ne doivent pas être fixes, les jugements doivent l'être à un tel point, qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi. S'ils étaient une opinion particulière du juge, on vivrait dans la société, sans savoir précisément les engagements que l'on y contracte.

[...]

Si la puissance législative laisse à l'exécutrice le droit d'emprisonner des citoyens qui peuvent donner caution de leur conduite, il n'y a plus de liberté, à moins qu'ils ne soient arrêtés pour répondre sans délai à une accusation que la loi a rendue capitale ; auquel cas ils sont réellement libres, puisqu'ils ne sont soumis qu'à la puissance de la loi.

[...]

Comme, dans un État libre, tout homme qui est censé avoir une âme libre doit être gouverné par lui-même, il faudrait que le peuple en corps eût la puissance législative ; mais comme cela est impossible dans les grands États, et est sujet à beaucoup d'inconvénients dans les petits, il faut que le peuple fasse par ses représentants tout ce qu'il ne peut faire par lui-même.

[...]

Le grand avantage des représentants, c'est qu'ils sont capables de discuter les affaires. Le peuple n'y est point du tout propre : ce qui forme un des grands inconvénients de la démocratie.

Il n'est pas nécessaire que les représentants, qui ont reçu de ceux qui les ont choisis une instruction générale, en reçoivent une particulière sur chaque affaire, comme cela se pratique dans les diètes d'Allemagne. Il est vrai que, de cette manière, la parole des députés serait plus l'expression de la voix de la nation ; mais cela jetterait dans des longueurs infinies, rendrait chaque député le maître de tous les autres ; et, dans les occasions les plus pressantes, toute la force de la nation pourrait être arrêtée par un caprice.

[...]

Tous les citoyens, dans les divers districts, doivent avoir droit de donner leur voix pour choisir le représentant, excepté ceux qui sont dans un tel état de bassesse qu'ils sont réputés n'avoir point de volonté propre.

Il y avait un grand vice dans la plupart des anciennes républiques : c'est que le peuple avait droit d'y prendre des résolutions actives, et qui demandent quelque exécution ; chose dont il est entièrement incapable. Il ne doit entrer dans le gouvernement que pour choisir ses représentants ; ce qui est très à sa portée. Car, s'il y a peu de gens qui connaissent le degré précis de la capacité des hommes, chacun est pourtant capable de savoir en général si celui qu'il choisit est plus éclairé que la plupart des autres.

Le corps représentant ne doit pas être choisi non plus pour prendre quelque résolution active, chose qu'il ne ferait pas bien, mais pour faire des lois, ou pour voir si l'on a bien exécuté celles qu'il a faites, chose qu'il peut très bien faire, et qu'il n'y a même que lui qui puisse bien faire.

Il y a toujours dans un État des gens distingués par la naissance, les richesses ou les honneurs, mais s'ils étaient confondus parmi le peuple, et s'ils n'y avaient qu'une voix comme les autres, la liberté commune serait leur esclavage, et ils n'auraient aucun intérêt à la défendre, parce que la plupart des résolutions seraient contre eux. La part qu'ils ont à la législation doit donc être proportionnée aux autres avantages qu'ils ont dans l'État : ce qui arrivera s'ils forment un corps qui ait droit d'arrêter les entreprises du peuple, comme le peuple a droit d'arrêter les leurs.

Ainsi, la puissance législative sera confiée, et au corps des nobles, et au corps qui sera choisi pour représenter le peuple, qui auront chacun leurs assemblées et leurs délibérations à part, et des vues et des intérêts séparés.

Des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque façon nulle. Il n'en reste que deux ; et, comme elles ont besoin d'une puissance réglante pour les tempérer, la partie du corps législatif qui est composée de nobles est très propre à produire cet effet.

Le corps des nobles doit être héréditaire. Il l'est premièrement par sa nature ; et d'ailleurs il faut qu'il ait un très grand intérêt à conserver ses prérogatives, odieuses par elles-mêmes, et qui, dans un État libre, doivent toujours être en danger.

Mais, comme une puissance héréditaire pourrait être induite à suivre ses intérêts particuliers et à oublier ceux du peuple, il faut que dans les choses où l'on a un souverain intérêt à la corrompre, comme dans les lois qui concernent la levée de l'argent, elle n'ait de part à la législation que par sa faculté d'empêcher, et non par sa faculté de statuer.

J'appelle *faculté de statuer*, le droit d'ordonner par soi-même, ou de corriger ce qui a été ordonné par un autre. J'appelle *faculté d'empêcher*, le droit de rendre nulle une résolution prise par quelque autre : ce qui était la puissance des tribuns de Rome. Et quoique celui qui a la faculté d'empêcher puisse avoir aussi le droit d'approuver, pour lors cette approbation n'est autre chose qu'une déclaration qu'il ne fait point d'usage de sa faculté d'empêcher, et dérive de cette faculté.

La puissance exécutive doit être entre les mains d'un monarque, parce que cette partie du gouvernement, qui a presque toujours besoin d'une action momentanée, est mieux administrée par un que par plusieurs ; au lieu que ce qui dépend de la puissance législative est souvent mieux ordonné par plusieurs que par un seul.

Que s'il n'y avait point de monarque, et que la puissance exécutive fût confiée à un certain nombre de personnes tirées du corps législatif, il n'y aurait plus de liberté, parce que les deux puissances seraient unies, les mêmes personnes ayant quelquefois, et pouvant toujours avoir part à l'une et à l'autre.

Si le corps législatif était un temps considérable sans être assemblé, il n'y aurait plus de liberté. Car il arriverait de deux choses l'une : ou qu'il n'y aurait plus de résolution législative, et l'État tomberait dans l'anarchie ; ou que ces résolutions seraient prises par la puissance exécutive, et elle deviendrait absolue.

Il serait inutile que le corps législatif fût toujours assemblé. Cela serait incommode pour les représentants, et d'ailleurs occuperait trop la puissance exécutive, qui ne penserait point à exécuter, mais à défendre ses prérogatives, et le droit qu'elle a d'exécuter. (...)

Le corps législatif ne doit point s'assembler lui-même : car un corps n'est censé avoir de volonté que lorsqu'il est assemblé ; et, s'il ne s'assemblerait pas unanimement, on ne saurait dire quelle partie serait véritablement le corps législatif, celle qui serait assemblée, ou celle qui ne le serait pas. Que s'il avait droit de se proroger lui-même, il pourrait arriver qu'il ne se prorogerait jamais ; ce qui serait dangereux dans le cas où il voudrait attenter contre la puissance exécutive. D'ailleurs, il y a des temps plus convenables les uns que les autres pour l'assemblée du corps législatif : il faut donc que ce soit la puissance exécutive qui règle le temps de la tenue et de la durée de ces assemblées, par rapport aux circonstances qu'elle connaît.

Si la puissance exécutive n'a pas le droit d'arrêter les entreprises du corps législatif, celui-ci sera despotique ; car, comme il pourra se donner tout le pouvoir qu'il peut imaginer, il anéantira toutes les autres puissances.

Mais il ne faut pas que la puissance législative ait réciproquement la faculté d'arrêter la puissance exécutive. Car, l'exécution ayant ses limites par sa nature, il est inutile de la borner ; outre que la puissance exécutive s'exerce toujours sur des choses momentanées. (...)

Mais si, dans un État libre, la puissance législative ne doit pas avoir le droit d'arrêter la puissance exécutive, elle a droit, et doit avoir la faculté d'examiner de quelle manière les lois qu'elle a faites ont été exécutées ; et c'est l'avantage qu'a ce gouvernement sur celui de Crète et de Lacédémone, où les *cosmes* et les *éphores* ne rendaient point compte de leur administration.

Mais, quel que soit cet examen, le corps législatif ne doit point avoir le pouvoir de juger la personne, et par conséquent la conduite de celui qui exécute. Sa personne doit être sacrée, parce qu'étant nécessaire à l'État pour que le corps législatif n'y devienne pas tyrannique, dès le moment qu'il serait accusé ou jugé, il n'y aurait plus de liberté.

Dans ce cas, l'État ne serait point une monarchie, mais une république non libre. Mais, comme celui qui exécute ne peut exécuter mal sans avoir des conseillers méchants et qui haïssent les lois comme ministres, quoiqu'elles les favorisent comme hommes, ceux-ci peuvent être recherchés et punis. [...]

Quoiqu'en général la puissance de juger ne doive être unie à aucune partie de la législative, cela est sujet à trois exceptions fondées sur l'intérêt particulier de celui qui doit être jugé.

Les grands sont toujours exposés à l'envie ; et, s'ils étaient jugés par le peuple, ils pourraient être en danger, et ne jouiraient pas du privilège qu'a le moindre des citoyens, dans un État libre, d'être jugé par ses pairs. Il faut donc que les nobles soient appelés, non pas devant les tribunaux ordinaires de la nation, mais devant cette partie du corps législatif qui est composée de nobles.

Il pourrait arriver que la loi, qui est en même temps clairvoyante et aveugle, serait, en de certains cas, trop rigoureuse. Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur. C'est donc la partie du corps législatif, que nous venons de dire être, dans une autre occasion, un tribunal nécessaire, qui l'est encore dans celle-ci ; c'est à son autorité suprême à modérer la loi en faveur de la loi même, en prononçant moins rigoureusement qu'elle.

(...)

La puissance exécutive, comme nous avons dit, doit prendre part à la législation par sa faculté d'empêcher ; sans quoi, elle sera bientôt dépouillée de ses prérogatives. Mais si la puissance législative prend part à l'exécution, la puissance exécutive sera également perdue.

Si le monarque prenait part à la législation par la faculté de statuer, il n'y aurait plus de liberté. Mais comme il faut pourtant qu'il ait part à la législation pour se défendre, il faut qu'il y prenne part par la faculté d'empêcher.

Ce qui fut cause que le gouvernement changea à Rome, c'est que le Sénat, qui avait une partie de la puissance exécutive, et les magistrats qui avaient l'autre, n'avaient pas, comme le peuple, la faculté d'empêcher.

Voici donc la constitution fondamentale du gouvernement dont nous parlons. Le corps législatif y étant composé de deux parties, l'une enchaînera l'autre par sa faculté mutuelle d'empêcher. Toutes les deux seront liées par la puissance exécutive, qui le sera elle-même par la législative.

Ces trois puissances devraient former un repos ou une inaction. Mais, comme par le mouvement nécessaire des choses elles sont contraintes d'aller, elles seront forcées d'aller de concert.

La puissance exécutive ne faisant partie de la législative que par sa faculté d'empêcher, elle ne saurait entrer dans le débat des affaires. Il n'est pas même nécessaire qu'elle propose, parce que, pouvant toujours désapprouver les résolutions, elle peut rejeter les décisions des propositions qu'elle aurait voulu qu'on n'eût pas faites. [...]

Si la puissance exécutive statue sur la levée des deniers publics autrement que par son consentement, il n'y aura plus de liberté, parce qu'elle deviendra législative dans le point le plus important de la législation.

Si la puissance législative statue, non pas d'année en année, mais pour toujours, sur la levée des deniers publics, elle court risque de perdre sa liberté, parce que la puissance exécutive ne dépendra plus d'elle, [...]. Il en est de même si elle statue, non pas d'année en année, mais pour toujours, sur les forces de terre et de mer qu'elle doit confier à la puissance exécutive. [...]

Si l'on veut lire l'admirable ouvrage de Tacite sur *les mœurs des Germains*, on verra que c'est d'eux que les Anglais ont tiré l'idée de leur gouvernement politique. Ce beau système a été trouvé dans les bois. [...]

#### **Document n° 4 : Le Fédéraliste, 1788, Essai n° XLVII (extraits)**

*Du New York Packet, vendredi 1<sup>er</sup> février 1788*

LE FEDERALISTE, n° XLVII

(James MADISON)

*Au peuple de l'État de New York :*

Après avoir passé en revue la forme générale du gouvernement proposé, et la masse générale des pouvoirs qui lui sont conférés, je vais examiner la structure particulière de ce gouvernement et la distribution de cette masse de pouvoir entre ses parties composantes.

L'une des principales objections dirigées par les plus respectables adversaires de la Constitution est la prétendue violation de l'axiome politique d'après lequel les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire doivent être séparés et distincts. Dans l'organisation du gouvernement fédéral, a-t-on dit, il semble que l'on n'ait point fait attention à cette précaution essentielle en faveur de la liberté. Les différents départements du pouvoir sont distribués et confondus de manière à exclure toute symétrie et toute beauté de forme, et aussi à exposer quelques-unes des parties essentielles de l'édifice au danger d'être écrasées sous le poids disproportionné de quelques autres.

Il n'est certainement pas de vérité politique de plus grande valeur et appuyée de l'autorité de défenseurs plus éclairés de la liberté que celle sur laquelle repose l'objection. L'accumulation de tous les pouvoirs, législatif, exécutif et judiciaire, dans les mêmes mains, soit d'un seul homme, soit de quelques-uns, soit de plusieurs, soit par hérédité, soit par la conquête, ou par l'élection, peut justement être considérée comme la véritable définition de la tyrannie. Si donc la Constitution fédérale était réellement coupable de l'accumulation des pouvoirs ou de leur combinaison avec une tendance dangereuse à cette accumulation, il ne serait besoin d'aucun autre argument pour inspirer une réprobation universelle du système. Mais je me flatte de prouver que l'accusation est sans fondement, et que le principe sur lequel elle est appuyée a été tout à fait mal entendu et appliqué. Afin de nous faire une idée correcte sur ce point, il sera bon de rechercher le sens dans lequel le maintien de la liberté exige la séparation des trois grands départements du pouvoir.

L'oracle toujours consulté et cité sur ce sujet est l'illustre MONTESQUIEU. S'il n'est pas l'auteur de cet inestimable précepte de la science politique, il a, tout au moins, le mérite de l'avoir développé et de l'avoir recommandé avec le plus de succès à l'attention du monde. Essayons, tout d'abord, de chercher son sentiment sur ce point.

La Constitution britannique était pour MONTESQUIEU ce que fut HOMERE pour tous ceux qui ont écrit sur la poésie épique. De même que ceux-ci ont regardé l'ouvrage du barde immortel, comme le parfait modèle d'où devait être tirés tous les principes et toutes les règles de l'art épique et d'après lequel on devait juger tous les ouvrages du même genre ; de même, ce grand écrivain politique semble avoir considéré la Constitution de l'Angleterre comme le type, ou, pour nous servir de sa propre expression, comme le miroir de la liberté politique, et nous avoir donné, sous la forme de vérités élémentaires, les divers principes caractéristiques de ce système particulier. Dès lors, pour être sûrs de ne pas nous méprendre sur son sentiment à cet égard, remontons à la source d'où il a tiré la maxime.

Un examen très superficiel de la Constitution britannique doit nous convaincre qu'en aucune façon elle ne sépare entièrement les départements législatifs, exécutif et judiciaire. Le magistrat exécutif est partie intégrante de l'autorité législative. Il a seul la prérogative de faire les traités avec les souverains étrangers, et ces traités, une fois conclus, ont, sauf quelques limitations, la force des actes législatifs. Tous les membres du département judiciaire sont nommés par lui, peuvent être révoqués par lui sur l'adresse des deux Chambres du Parlement, et forment, quand il lui plaît de les consulter, l'un de ses conseils constitutionnels. L'une des branches du département législatif forme aussi, pour le chef de l'exécutif, un grand conseil constitutionnel ; d'un autre côté, elle est seule dépositaire du pouvoir judiciaire dans les cas d'*impeachment* ; et dans tous les autres procès, elle est investie de la suprême juridiction d'appel. De même encore, les juges sont associés au département législatif, au point d'assister et de participer souvent à ses délibérations quoiqu'ils ne soient point admis à émettre un vote législatif. De ces faits, qui guidèrent MONTESQUIEU, on peut conclure clairement que, en disant « qu'il n'y a point de liberté lorsque dans la même personne, dans le même corps de magistrature, la puissance législative est réunie à la puissance exécutive », ou « lorsque la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice », il n'a point entendu proscrire toute *action partielle*, tout *contrôle* réciproque des différents pouvoirs l'un sur l'autre ; ce qu'il a voulu dire, comme le montrent ses propres expressions, et plus évidemment encore les expressions qu'il avait sous les yeux, c'est que, lorsque la totalité du pouvoir d'un département est exercée par les mêmes mains qui possèdent la totalité du pouvoir d'un autre département, les principes fondamentaux d'une constitution libre sont renversés. Tel aurait été le cas pour la Constitution qu'il examinait, si le roi, qui est le seul magistrat exécutif, avait possédé en outre le pouvoir législatif complet, ou l'administration suprême de la justice ; ou si le corps législatif tout entier avait possédé l'autorité judiciaire suprême ou l'autorité exécutive suprême. Mais on ne peut reprocher ces vices à cette Constitution. Le magistrat en qui réside la totalité du pouvoir exécutif ne peut faire lui-même la loi, quoiqu'il puisse apposer un veto sur toute loi ; il ne peut administrer la justice en personne, quoiqu'il ait la nomination de ceux par qui elle est rendue. Les juges ne peuvent exercer une fonction exécutive, quoique leurs offices soient des ramifications du tronc exécutif ; ni aucune fonction législative, quoiqu'ils puissent être consultés par des conseils législatifs. La législature entière ne peut faire d'acte judiciaire, quoique, par la volonté conjointe de deux de ses branches, les juges puissent être privés de leurs offices et qu'une de ses branches soit revêtue du pouvoir judiciaire en dernier ressort. De même, la législature entière ne peut exercer aucune fonction exécutive, quoique l'une de ses branches constitue la magistrature exécutive suprême, et qu'une autre branche, sur l'*impeachment* d'une troisième, puisse juger et condamner tous les agents subordonnés du département exécutif.

**Document 5 - John RUSSELL, *Essai sur le gouvernement et la Constitution britanniques depuis le règne de Henri VII jusqu'à l'époque actuelle, 1823, trad. fr., Dentu, 1865, (extraits)***

« (...) Les auteurs qui ont écrit sur cette matière ont distingué trois pouvoirs, le pouvoir législatif, le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif. Ces pouvoirs devraient être séparés, affirment-ils. Mais en fait, le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif n'ont jamais été et ne peuvent être entièrement séparés. Le pouvoir judiciaire qui, s'il est exercé convenablement, consiste en l'application sans libre arbitre de règles ou de lois générales à des cas particuliers, peut être détaché des autres, et nous avons déjà vu que, dans la Constitution anglaise, on avait eu la sagesse de l'en détacher. (...) »



Les deux autres pouvoirs sont, à proprement parler, le pouvoir exécutif et le pouvoir délibératif. L'expression de pouvoir législatif n'embrasse en réalité que l'autorité nécessaire pour faire des lois ; or, dans aucun pays que je sache, cette autorité n'a été totalement séparée du pouvoir exécutif. Dans toutes les constitutions, le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif ont l'un sur l'autre une influence continuelle et réciproque. C'est le Parlement, composé du Roi, des Lords, et des Communes qui est le dépositaire de la souveraineté nationale ; les deux chambres du Parlement composent le grand conseil du Roi, toutes les fois que le Roi est appelé à exercer sa prérogative par un acte, le Parlement a le privilège de lui donner son avis. Néanmoins, l'exercice du gouvernement exécutif appartenant au Roi, si le Parlement n'intervient pas dans l'un de ses actes, l'ordre du Roi suffit. Mais en ce qui concerne la législation, l'accord du Roi et des deux chambres peut seul valider une mesure.

Les trois éléments du pouvoir législatif établissent ce qu'on a appelé la balance de la Constitution ; il aurait été plus juste de les comparer à ce qu'on nomme, en mécanique, une combinaison de forces, car leurs mouvements réunis déterminent la direction de l'ensemble. (...)

La préoccupation la plus importante qu'on puisse avoir ensuite en constituant un Etat, c'est de mettre en des mains dignes de l'exercer, le pouvoir de négocier les traités, de décider des relations étrangères, de diriger en même temps l'opération des flottes et des armées, bref, tout ce qu'on nomme le pouvoir exécutif. En général on a employé deux moyens dans ce but.

Le premier moyen consiste à revêtir de tous ces pouvoirs une personne désignée sous le nom d'Empereur, de Sultan ou de Roi, qu'on dispense de tout contrôle. (...)

Un autre système de gouvernement, qui semble plus plausible, confie le pouvoir exécutif à un citoyen élu temporairement et soumis au contrôle du peuple. (...)

Le pouvoir exécutif, en Angleterre, se trouve nominalement aux mains d'un souverain héréditaire. Les attributions de la royauté sont précisées par la loi ; ce qui leur donne moins de facilité d'abus que n'en aurait une autre autorité extraordinaire inconnue dans notre système constitutionnel. (...)

C'est une maxime constitutionnelle que le Roi ne peut agir sans prendre l'avis de ses conseillers responsables ; et on porte si loin l'application de cette maxime, qu'un ordre d'incarcération donné par le Roi, source de toute justice, fut regardé comme nul parce qu'aucun ministre responsable ne l'avait contresigné.

Cette doctrine de la responsabilité ministérielle amène pour résultat que les ministres doivent jouir de la confiance des Communes, autrement leurs mesures rencontreraient des obstacles, leurs promesses n'auraient aucune créance, et, se voyant toujours entravés dans leur marche, ils s'efforceraient de renverser la Constitution. C'est ce qui arriva sous Charles I<sup>er</sup> et sous Charles II. Il n'y avait qu'un moyen de prévenir de retour de cet abus. C'était d'accorder au Roi un revenu si limité qu'il fût sans cesse obligé d'assembler son Parlement pour fournir aux dépenses ordinaires du gouvernement. Sur ce point qui était plus important que toutes les clauses du Bill des Droits, il y eut un débat très vif dans la Chambre des Communes à l'époque de la Révolution. (...)

Cet arrangement mit pour toujours la Couronne sous la dépendance du Parlement. Sans lui donner le moindre avis, et simplement en manifestant l'intention de supprimer les subsides, le Parlement peut bouleverser les projets du Souverain, et rendre obligatoire la démission des ministres. La Chambre des Communes contrôle ainsi de la façon la plus sûre et la plus efficace les actes du magistrat suprême. Toutes les grandes luttes depuis Guillaume III ont eu pour théâtre la Chambre des Communes. Quand des ambitieux se sont produits, au lieu de chercher, suivant la diversité de leurs idées, à détruire la royauté ou bien à se débarrasser du Parlement, ils ont essayé d'entrer dans le conseil du Roi en obtenant d'abord la faveur des Communes, ou bien encore ils ont tenté de servir les intérêts particuliers de la Couronne en corrompant, en empoisonnant la source d'où dérivait leur propre autorité (...) ».

### **Document n°6 : Joseph STORY, *Commentaire sur la Constitution des Etats-Unis (1833), Livre 3, chap. 6 : « Distribution des pouvoirs »***

§ 267. (p. 236-237) : La Convention qui dressa le projet de la Constitution décida en premier lieu, « qu'il fallait établir un gouvernement national, composé des pouvoirs législatif, judiciaire et exécutif », et de cette première proposition découle toute l'organisation du gouvernement des Etats-Unis.

§ 268. Dans l'établissement des gouvernements libres, la division entre des fonctionnaires différents des trois pouvoirs du gouvernement, l'exécutif, le législatif et le judiciaire, a été une idée favorite de nos

hommes d'Etat ; et l'on a regardé comme un principe très-important que ces pouvoirs devaient toujours être séparés et distincts. Aussi le retrouvons-nous rappelé avec insistance dans les chartes des différents Etats. (...)

§ 270. (p. 237-238) : "Quand nous parlons de la séparation des trois grands départements du gouvernement, et que nous soutenons que cette séparation est indispensable à la liberté publique, nous entendons cette maxime dans un sens limité ; ainsi, nous ne voulons pas affirmer qu'ils doivent être tenus entièrement séparés et distincts, sans le moindre lien de connexion ou de dépendance l'un avec l'autre. Notre véritable pensée est que la totalité des pouvoirs de l'un de ces départements ne doit pas être confié aux mêmes mains qui possèdent la totalité des pouvoirs d'un autre département. C'est cette confusion qui serait subversive des principes d'une constitution libre."

**Document n°7 : Maurice HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2e éd. 1929, p. 347-348-351 et p. 469**

Il y a trois notions connexes à distinguer très soigneusement :

1° Celle des fonctions de l'Etat, telles que la fonction de rendre la justice ou de faire la loi, ou de gouverner ou d'administrer ;

2° Celle des organes qui sont les organisations d'hommes auxquelles est confié l'exercice des fonctions ;

3° Enfin, celle des pouvoirs publics, qui sont les pouvoirs de volonté en vertu desquels les organes exercent les fonctions.

Il existe des séparations des fonctions, par exemple les Chambres qui ont fait une loi ne peuvent pas connaître de l'exécution de cette loi ;

Il existe des séparations des organes, par exemples, les deux chambres se partagent le même pouvoir parlementaire.

Il existe enfin des séparations des pouvoirs publics, par exemple on a admis pendant longtemps un pouvoir législatif, un pouvoir exécutif et un pouvoir judiciaire.

Mais malheureusement, faute d'avoir analysé exactement la nature des pouvoirs publics, on a pris pour base de la séparation des pouvoirs les fonctions correspondantes. On a dit : le pouvoir législatif se caractérise par la fonction législative, le pouvoir exécutif par la fonction exécutive, etc. (...)

Ayant pour habitude d'attacher beaucoup d'importance aux choses qui ont été crues pendant longtemps par de bons esprits et m'étant d'ailleurs aperçu de l'analyse inexacte par suite de laquelle la très belle vérité intuitive de la séparation des pouvoirs avait été mal présentée, je me suis attaché à refaire cette analyse et voici quel a été le résultat de mon effort. (...)

[Q]uelle sera la base de cette séparation des pouvoirs (...) ? Il faut la rechercher du côté des formes des opérations de la volonté. De la sorte, cette séparation ne rompra pas l'unité de la volonté, car une même faculté peut avoir plusieurs opérations ; elle conduira seulement à conclure que les actes voulus au nom de l'Etat peuvent être complexes parce que plusieurs opérations de la volonté émanant de pouvoirs différents y auront concouru. (...)

Par exemple, si l'on définit le pouvoir législatif comme étant celui qui fait la loi, on le définit par sa fonction, on le subordonne à celle-ci, et bientôt le pouvoir législatif disparaîtra derrière la fonction législative. Au contraire, si l'on définit le pouvoir législatif comme étant celui qui délibère, on le définit par son mode d'opération, on lui reconnaît un pouvoir délibérant qui n'est point absorbé par la fonction de faire la loi, et le pouvoir reste au-dessus de la fonction (...).

Montesquieu distingue trois pouvoirs : la puissance exécutive, la puissance législative et la puissance de juger. De son temps, ces trois pouvoirs étaient réellement des compétences de la volonté politique et jouaient réellement tous les trois un rôle politique. Le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif faisaient leur duo en Angleterre ; quant au pouvoir judiciaire, c'est en France surtout qu'il jouait un rôle politique, par la résistance que les parlements judiciaires avaient commencé d'opposer à l'enregistrement des ordonnances royales, aussi bien qu'au développement de la centralisation administrative.

Depuis la Révolution française, (...) le pouvoir judiciaire est séparé de la politique et relégué dans le contentieux proprement dit (...). Le moment est venu de déclarer franchement que le régime démocratique exclut le pouvoir de juger de la liste des pouvoirs publics engagés dans le jeu politique de la séparation des pouvoirs. (...)

Le pouvoir dit exécutif correspond à cette opération de la volonté qui s'appelle la décision exécutoire, c'est-à-dire l'opération qui décide du passage à l'exécution d'un projet de résolution.

Le pouvoir dit législatif, et que nous appellerons délibérant, correspond à cette opération de la volonté qui s'appelle la délibération, c'est-à-dire l'opération qui consiste en la rédaction, après discussion et délibération, d'un projet de résolution qui devient obligatoire.

Enfin, le pouvoir dit de suffrage correspond à cette opération de la volonté qui s'appelle l'assentiment, c'est-à-dire à cette opération qui consiste à accepter ou à ne pas accepter une proposition faite ou une décision prise par un autre pouvoir. L'élection est une des fonctions de ce pouvoir dans laquelle il donne son assentiment à une candidature ; le référendum est une autre de ses fonctions dans laquelle il donne son assentiment à une loi votée par la législature. (...)

Si l'on appelle couramment le Parlement pouvoir législatif, c'est que la législation est l'une de ses fonctions, mais il n'est pas bon de qualifier un pouvoir gouvernemental par l'une de ses fonctions, car elles sont multiples. Le Parlement n'a pas pour unique mission de faire des lois, il est aussi chargé de contrôler le pouvoir exécutif, et le mécanisme du régime parlementaire prouve que sa fonction de contrôle est plus importante encore, si possible, que sa fonction législative ; il a encore des fonctions constitutionnelles sous forme d'Assemblée nationale, et des fonctions juridictionnelles sous forme de Haute-Cour de justice.

### **Document n° 8 : Arnel LE DIVELLEC, « L'articulation des pouvoirs dans les démocraties parlementaires européennes : fusion et mitigation », *Pouvoirs*, n° 143, novembre 2012 (extraits).**

Sans doute, on peut admettre que le principe de séparation des pouvoirs n'est qu'un principe négatif, comme l'a magistralement montré Michel Troper. Pourtant, cette thèse n'est que partiellement satisfaisante : le principe reste invoqué dans le monde libre, remplit certaines fonctions — pas uniquement symboliques — dans la vie des systèmes constitutionnels contemporains. Il faut aller plus loin en formulant l'hypothèse que ce que l'on appelle "le" principe de séparation des pouvoirs, s'il n'est pas univoque et ne doit pas être essentialisé, revêt un sens général positif et opératoire qu'il faut tenter d'élucider et même de reformuler.

#### **Position du problème : de la séparation à l'articulation des pouvoirs**

(...)

#### ***Séparation des pouvoirs mais confusion des idées et discours***

##### *Confusion du vocabulaire*

*Séparation des pouvoirs* : de ces trois mots réunis dans une expression devenue formule sacrée, c'est l'article défini "des" qui est le plus important, parce qu'il est au pluriel.

- *séparation* : le mot est presque toujours impropre puisqu'il n'exprime pas ce que l'on veut signifier. Il s'est très largement imposé en français, alors qu'on lui préfère parfois, ailleurs, d'autres termes, notamment celui de *division*<sup>1</sup>.

- *pouvoirs* : le terme est imprécis, puisqu'il recouvre deux choses différentes, les organes ou les fonctions.

- *des* : il est fondamental car il exprime la pluralité, décisive pour l'idée sous-jacente, le cœur du principe, que l'on cherche à traduire. (...)

#### ***Pour sortir de la confusion des concepts ?***

Si l'on analyse sobriement mais attentivement les systèmes constitutionnels des démocraties parlementaires européennes (et l'on pourrait étendre cela à tout système libéral), on peut aisément se convaincre qu'ils reposent tous, sans exception, sur un schéma structurel voisin sinon identique. Il est même frappant de constater cette homogénéité quasi parfaite des structures constitutionnelles, par-delà

---

<sup>1</sup> Ainsi les auteurs germaniques utilisent bien plutôt *Gewaltenteilung* (partage ou division des pouvoirs) que *Gewaltentrennung* (séparation des pouvoirs).

les inévitables variations ponctuelles et secondaires. Voilà qui facilite grandement la tentative de mise au point conceptuelle, même élémentaire.

#### *Organes et fonctions*

En premier lieu, la "séparation des pouvoirs" recouvre une séparation d'organes et une séparation de fonctions. Le terme de "pouvoir(s)" engendre beaucoup d'ambiguïtés ; il me paraît préférable de distinguer rigoureusement entre organes (ou institutions) et fonctions (juridiques stricto sensu ou bien éventuellement plus larges). Ainsi, lorsque l'on parle de "pouvoir législatif", il importe de savoir si l'on pense à une fonction (juridique) -- faire la loi -- ou bien à l'organe ou aux organes qui concourent à sa réalisation. La question du *qui ?* est distincte de celle du *quoi ?* Faute d'être rigoureux sur ce point, la majorité des auteurs s'exposent à être inintelligibles et finalement à tomber dans des contresens.

#### *Pluralité et principe de distinction*

Il existe dans tous les pays libéraux une pluralité d'organes constitutionnels et une pluralité de fonctions juridiques. Cette (double) pluralité implique donc d'abord et avant tout une distinction entre les différents pouvoirs<sup>2</sup>, plus précisément une distinction entre les organes et une distinction entre les fonctions.

La première est même plus importante que la seconde : s'il n'existait qu'un seul organe constitutionnel, la distinction de plusieurs fonctions étatiques, dont il aurait, par hypothèse, seul la charge, ne serait aucunement un frein à l'arbitraire et ruinerait par définition la liberté puisque l'exercice de toutes les fonctions étatiques serait réuni dans les mêmes mains. Au contraire, l'existence de plusieurs organes constitutionnels est susceptible de produire *ipso facto*, ne serait-ce qu'à un degré minimum, de la modération dans la décision politique. Cette pluralité n'exclut pas une certaine gradation (pour ne pas dire une hiérarchie) principielle entre les organes, mais, quoi qu'il en soit, la question de l'équilibre effectif est bien plus une question de fait que de droit. Bien entendu, cette modération commence à être véritablement consistante lorsque le pouvoir d'une institution est davantage que purement consultatif. Une forte légitimité de l'organe en question peut toutefois suffire à rendre effective son intervention<sup>3</sup>.

Ce que l'on nomme généralement la "séparation des pouvoirs" est donc d'abord *une distinction de pouvoirs*, c'est-à-dire essentiellement l'existence d'une pluralité d'organes. De ce point de vue, il est évident que toutes les démocraties parlementaires européennes (comme d'autres) admettent et réalisent effectivement ce principe.

La distinction matérielle des fonctions juridiques elle, est en soi moins originale ; elle n'est pas propre aux régimes libéraux mais inhérente à tout Etat un tant soit peu organisé par le droit. Simplement, elle prend du relief dans le cas d'une pluralité d'organes, qui multiplie les combinaisons potentielles (par ex. le partage d'exercice d'une même fonction entre plusieurs organes) et présente un sens relativement précis dans un Etat réglé par le droit : la répartition de compétences.

Reste une question qui n'est pas explicitement réglée par la théorie constitutionnelle contemporaine : toutes les compétences juridiques des organes de l'Etat peuvent-elles se ranger sous l'une des trois fonctions générales traditionnellement avancées par les penseurs classiques modernes, à savoir : la législation, l'exécution et la résolution des litiges ? Par leurs formules générales, les textes constitutionnels inclinent à le penser mais l'examen attentif des compétences de chaque organe infirme largement cette idée, ne serait-ce, par exemple, que pour le problème (éternel, pourtant) du "pouvoir (fonction) fédératif", que l'on ne saurait raisonnablement inclure dans la fonction exécutive au sens primitif puisqu'elle est sans lien avec l'idée d'exécution.

#### *Distinction n'est pas séparation*

L'organisation de la pluralité des organes pose une question que le terme de séparation restitue mal : celui du principe d'indépendance organique. Chacun peut se rendre compte qu'aucune constitution libérale n'a réalisé une indépendance absolue de tous les organes les uns vis-à-vis des autres. Le terme de "séparation" est donc inévitablement trompeur. Soit la composition d'un organe dépend de la décision d'un autre (par l'élection ou bien par la nomination en tout ou partie de ses membres ou encore par identité des membres), soit son action peut être temporairement arrêtée par un autre (exemple de la motion de censure parlementaire à l'égard des membres du gouvernement, du droit de dissolution d'une

---

<sup>2</sup> Aussi est-ce à juste titre que ce terme (*Gewaltenunterscheidung* en allemand) est employé par Carl Schmitt (*Théorie de la constitution*, trad. fr., PUF, 1993, chap. 15, p 321 et suiv.), qui, ensuite, utilise aussi *Gewaltenteilung*.

<sup>3</sup> Ainsi des assemblées représentatives (notamment celles qui étaient élues) dans les monarchies limitées au XIX<sup>e</sup> siècle, car la légitimité électorale allait croissant.

assemblée par l'Exécutif ou d'un référendum sur la destitution d'un chef de l'Etat). Si l'on peut encore parler d'indépendance d'un organe, celle-ci n'est jamais que relative. Toute "séparation"-agencement est donc, en ce sens, "souple" (même, d'ailleurs, dans les régimes non parlementaires des Etats-Unis, de Suisse ou Chypre).

*L'articulation entre les organes et les fonctions : un principe d'attribution de compétences*

Reste à mettre en rapport l'existence d'une pluralité d'organes constitutionnels avec les fonctions de l'Etat. C'est ce que l'on appelle parfois le sens fonctionnel de la séparation des pouvoirs. Tous les régimes libéraux prévoient une distribution ou une répartition de l'exercice des fonctions (juridiques) étatiques entre les différents organes — peu importe ici comment est réalisée cette répartition, qui peut varier d'une constitution à l'autre. On se bornera simplement à rappeler que le principe de stricte spécialisation n'est, contrairement à la légende, jamais réalisé de façon absolue : à un organe ne correspond pas une seule fonction que celui-ci exercerait seul et intégralement (ce qu'affirment pourtant, on le sait, certains textes constitutionnels, rares en Europe, au demeurant). La spécialisation est cependant la plus poussée en ce qui concerne la fonction de juger, à laquelle sont (théoriquement et officiellement) cantonnés les organes du "pouvoir judiciaire"<sup>4</sup>. En revanche, elle n'existe pas en ce qui concerne la fonction législative, toujours partagée en droit (et en fait) entre plusieurs organes (principe dit de la "balance des pouvoirs"). La fonction exécutive pose le plus de difficultés, car ses contours n'ont jamais pu être fixés avec rigueur.

Mais les incertitudes sur les définitions des fonctions juridiques elles-mêmes permettent de déplacer le regard et de considérer que tout organe constitutionnel dispose de compétences juridiques qui lui permettent de participer à l'exercice d'une ou de plusieurs fonctions étatiques. Or, ce sont les compétences qui comptent pratiquement. Ainsi, par exemple, même là où il paraît affirmé par une constitution que le "pouvoir (fonction) législatif appartient au Parlement", l'existence de compétences du gouvernement dans le processus législatif (droit d'initiative, d'amendement, etc...) le fait participer à la fonction générale de législation.

Ce que l'on nomme "séparation des pouvoirs" est donc avant tout *une articulation des pouvoirs*<sup>5</sup>. Le constitutionnalisme moderne repose toujours et partout sur l'articulation (approximative) d'une pluralité d'organes distincts mais non totalement indépendants (pas d'indépendance absolue) et d'une répartition enchevêtrée des fonctions (pas de spécialisation absolue d'un organe) qui se précise concrètement par une attribution de compétences juridiques. Ce principe général d'organisation est valable pour tous les types de régimes libéraux, pas uniquement pour le type parlementaire.

L'un des avantages, peut-être, de cette approche est qu'elle ne limite pas *a priori* la liste des organes constitutionnels et qu'elle n'enferme pas la conceptualisation dans le triangle réducteur des trois fonctions étatiques classiques.

La question des pouvoirs non classiques (par exemple, le pouvoir économique ou les médias), non résolue par la théorie constitutionnelle contemporaine, rappelle que la "séparation" des pouvoirs n'est pas seulement un problème juridique, comme Montesquieu l'avait vu en considérant les forces sociales dans sa théorie. Au surplus, le rôle de l'informel dans la vie constitutionnelle rend particulièrement difficiles l'appréciation de la réalité des régimes et l'effort de conceptualisation.

Dans un bilan, récent, M. Troper pouvait noter : "*La séparation des pouvoirs a donc bien changé. (...) Pourtant, malgré ces changements très profonds, c'est bien la même doctrine, reposant sur les mêmes présupposés, confrontées aux mêmes difficultés et exerçant une influence analogue sur les autres théories de l'Etat. C'est le même souci d'éviter la concentration du pouvoir politique (...)*"<sup>6</sup>. S'il faut éviter le danger d'essentialiser à l'excès une idée juridique, on peut certainement reconnaître qu'il existe bien quelque chose que l'on continue — contre toute rigueur — d'appeler "séparation des pouvoirs", mais qui se ramène, d'une part, à un principe symbolique que l'on se doit d'afficher et que l'on peut d'autant plus facilement exposer dans les textes qu'il ne comporte aucune conséquence juridique pratique et directe et,

---

<sup>4</sup> Elle peut toutefois être relativisée si l'on considère, selon des vues réalistes, qu'ils participent à la production des normes juridiques.

<sup>5</sup> Le juriste allemand Christoph Möllers a récemment mis à l'honneur le terme de *Gewaltengliederung*, difficilement traduisible en français, mais que l'on pourrait restituer par composition, ou, mieux -- à mon sens -- articulation des pouvoirs (*Gewaltengliederung. Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Vergleich*, Tubingue, Mohr, 2005).

<sup>6</sup> "Les nouvelles séparations des pouvoirs", in S. Baume, B. Fontana (dir.), *Les usages de la séparation des pouvoirs*, M. Houdiard, 2008, p 35.

d'autre part, un principe justificatif pour un ensemble de méthodes, très variées, destinées à éviter la concentration du pouvoir politique (en gros, le principe négatif au sens de M. Troper). En revanche, la séparation n'est, dans sa formulation habituelle, pas positivement le principe d'organisation des démocraties libérales contemporaines, en particulier pas dans les démocraties parlementaires. C'est un principe général d'articulation de pouvoirs (organes et fonctions) qui est au fondement des régimes libéraux. Et il se trouve que l'articulation des pouvoirs est, dans le cas du parlementarisme, *asymétrique*, en ce qu'elle institue un groupe d'organes liés pour gouverner, tandis que les autres organes remplissent d'autres rôles que celui de gouverner. Les démocraties parlementaires (européennes) reposent ainsi toutes sur la coexistence de deux logiques générales, l'une d'unité, l'autre, de mitigation.