

# LE SANCTUAIRE VIDE : LA SÉPARATION DES POUVOIRS COMME SUPERSTITION JURIDIQUE ?

Le propos du présent article est quelque peu radical : il s'agit de savoir si la séparation des pouvoirs, dans ce qui a toujours constitué son noyau ultime, l'idée d'une nécessaire séparation entre l'exécutif et le législatif, n'est pas tout simplement une notion *vide de tout contenu*. Depuis la relecture de Montesquieu opérée par Eisenmann, on sait que l'auteur de l'*Esprit des lois* n'a jamais prétendu donner au principe de la séparation des pouvoirs la signification d'une stricte séparation des fonctions, dans laquelle chacun des organes de gouvernement n'interviendrait que dans sa seule sphère de compétence<sup>1</sup>. Le cœur de l'analyse de la Constitution anglaise selon Montesquieu réside, on le sait, dans le veto royal, moyen ultime de protéger le pouvoir exécutif contre les empiètements du législateur. Or, le droit de veto étant unanimement compris à cette époque comme un pouvoir de faire la loi, il en résulte que le pouvoir exécu-

tif participe directement à l'exercice de la fonction législative<sup>2</sup>. Bien plus, chez Montesquieu, cette participation est la clé de voûte du système tout entier, puisque c'est seulement comme législateur négatif que le monarque est à même de préserver l'intégrité de la prérogative royale.

Ainsi la relecture d'Eisenmann permettait de fonder la légitimité d'une analyse assouplie de la séparation des pouvoirs : dès lors que l'indépendance des organes ne suppose pas une stricte spécialisation des fonctions, il est possible de multiplier les exceptions sans pour autant remettre en cause le principe même de la séparation des pouvoirs, devenu sacro-saint pour toute la tradition juridique libérale. À dire le vrai, l'idée d'une séparation souple était ancienne : elle permettait, pour l'essentiel, de justifier le fonctionnement du régime parlementaire, en légitimant l'existence d'un cabinet étroitement associé à l'exercice de

119

---

\* Carlos-Miguel Pimentel est professeur de droit public à l'université de Versailles-Saint Quentin.

1. Charles Eisenmann, « L'*Esprit des lois* et la séparation des pouvoirs », *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, 1933.

2. Voir à ce sujet les analyses désormais classiques de Michel Troper, *La Séparation des pouvoirs et l'Histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1980.

la fonction législative comme à celle du pouvoir exécutif. Au XVIII<sup>e</sup> siècle, Walpole avait déjà plaidé la cause d'une nécessaire souplesse dans la relation entre les pouvoirs publics, de façon à faire admettre les pratiques de corruption par lesquelles les ministres s'assuraient d'une majorité parlementaire stable<sup>3</sup>. Sous la monarchie de Juillet, Duvergier de Hauranne s'était lui aussi fait l'avocat d'une séparation souple des pouvoirs, afin de justifier l'existence d'un cabinet responsable, contre les partisans du pouvoir personnel qui protestaient contre la dépossession du roi par les ministres<sup>4</sup>. Aussi l'idée d'une séparation souple est-elle étroitement liée au développement du régime parlementaire, forme hybride de gouvernement qui cadrerait mal avec les théories antérieures de la monarchie mixte.

Il est quelque peu paradoxal de constater, en revanche, que les défenseurs

de la séparation stricte se recrutaient aux deux extrémités du spectre idéologique : il pouvait s'agir des partisans de l'omnipotence d'une assemblée unique, depuis les radicaux pennsylvaniens de 1776 jusqu'à la gauche française en 1848, pour lesquels l'objectif essentiel était de cantonner l'organe exécutif dans une position étroitement subordonnée. Mais la séparation stricte, depuis Royer-Collard jusqu'aux partisans du Second Empire, était également utilisée pour justifier la prépondérance du monarque, puis de l'empereur<sup>5</sup>. De façon révélatrice, le théoricien constitutionnel de Napoléon III, Granier de Cassagnac, voyait dans les institutions napoléoniennes une forme authentique de séparation des pouvoirs, dans laquelle l'empereur était à même de gouverner réellement, cependant que la chambre, cantonnée dans sa fonction législative, cesserait de prétendre renverser les ministres<sup>6</sup>. Le véri-

3. Sur les débats autour de l'influence de la Couronne, voir par exemple W. A. Speck, *Stability and Strife. England, 1714-1760*, p. 209-218 ; M. J. C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Oxford, Clarendon, 1967, p. 72-75.

4. Voir à ce sujet Prosper Duvergier de Hauranne, *Des principes du gouvernement représentatif et de leur application*, Paris, Just Tessier, 1838, dénonçant la séparation stricte : pour lui, toute spécialisation dans la fonction législative constitue « une idée fautive et incomplète des attributions de la chambre élective ; [...] cette chambre doit participer au gouvernement aussi bien qu'à la législation ». De là l'éloge du cabinet comme organe de liaison entre les pouvoirs publics : « un intermédiaire est nécessaire qui, participant à la fois des trois pouvoirs, emprunte à chacun une portion de sa vie propre » (p. 15).

5. Voir le discours de 1816 de Royer-Collard sur le renouvellement de la chambre par cinquièmes, dans Prosper de Barante, *La Vie de M. Royer-Collard. Ses discours, ses écrits*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Didier, 1863, t. 1, p. 216 : « chez nous, le Gouvernement tout entier est dans la main du Roi ; le Roi gouverne indépendamment des Chambres ; leur concours, toujours utile, n'est cependant indispensable que si le Roi reconnaît la nécessité d'une loi nouvelle ».

6. Voir à ce sujet Adolphe Granier de Cassagnac, *La Révision de la Constitution*, Paris, Plon, 1851, p. 37-38 : « quelle est la pensée des institutions napoléoniennes [...] ? C'est la division et l'indépendance des pouvoirs que Montesquieu appelle le principe même de la liberté ». Voir aussi p. 40-41 : « d'un côté, le gouvernement, occupé d'agir et non de parler, d'administrer et non de législater, peut consacrer tout son temps, toute sa pensée, toutes ses forces au bien public, au lieu de les user dans des agitations et des luttes misérables. De l'autre, le pouvoir législatif, n'ayant qu'à faire des lois, et non plus à faire ou défaire les ministres, se trouve enfin dans les conditions ordinaires de calme, de sagesse et de patriotisme que comporte un

table enjeu des débats autour de la séparation souple résidait donc dans l'existence d'un cabinet autonome ; pour le reste, les partisans de la séparation stricte pouvaient avoir des motivations politiques diamétralement opposées.

Mais quoi qu'il en soit de ces débats, il est révélateur de constater que les controverses portaient toujours sur les modalités d'aménagement de la séparation des pouvoirs, et nullement sur son principe même. Ce qu'on tentera d'établir ici, bien au-delà, c'est que le principe de séparation entre exécutif et législatif est en réalité *dénué de sens*, dans la mesure où, depuis le XVIII<sup>e</sup> siècle, il n'a cessé de se vider de sa substance jusqu'à devenir une sorte de relique conceptuelle désormais vide de tout contenu. Les révolutionnaires anglais du XVII<sup>e</sup> siècle, en inventant la séparation des pouvoirs, sont temporairement parvenus à opérer un tour de force conceptuel de premier ordre, en conciliant la toute-puissance du souverain, comme législateur, avec une limitation effective de son pouvoir, grâce à l'autonomie de l'exécutif. C'est à une telle conciliation d'objectifs absolument contradictoires que la notion de séparation des pouvoirs a dû son extraordinaire pouvoir de fascination : en affirmant à la fois la toute-puissance du souverain et sa limitation, l'idée fondait le plus grand mythe constitutionnel de notre modernité libérale.

Mais on tentera également de montrer que la notion de séparation des pouvoirs ainsi élaborée n'avait de cohérence que dans la mesure où elle recouvrait un contenu profondément différent de celui qu'elle a acquis depuis : ce que visaient

les révolutionnaires anglais des années 1640, à travers la notion d'exécutif, c'était essentiellement l'ensemble des cours ordinaires de justice qui, étant tenues d'appliquer la loi ancienne, permettaient d'assurer un minimum de stabilité juridique, et de garantir la permanence des libertés anglaises malgré la toute-puissance du Parlement. Au fur et à mesure que la notion d'exécutif prit une signification gouvernante, depuis Cromwell jusqu'à Montesquieu, le contenu même de la séparation des pouvoirs changea profondément de signification et se vida progressivement de sa substance : le sanctuaire de la séparation des pouvoirs demeurait formellement intact, puisqu'il était censé constituer le lieu même du mystère, de la conjonction entre la toute-puissance et la liberté. Mais cette conciliation des contraires perdit peu à peu tout contenu rationnel pour devenir une pure et simple superstition, vide de toute cohérence, dans la mesure où chacun des deux pouvoirs avait vu sa signification profondément modifiée par l'évolution des concepts juridiques. Dans un premier temps, Montesquieu avait forgé la notion nouvelle d'un pouvoir judiciaire, et avait ainsi achevé d'enlever à la notion d'exécutif toute signification juridictionnelle. Quelques décennies plus tard, l'idée nouvelle d'un pouvoir constituant venait à son tour bouleverser les conceptions antérieures sur le pouvoir législatif. Dans ce cadre nouveau, il était légitime de séparer le pouvoir judiciaire des pouvoirs politiques, ou de faire respecter une frontière infranchissable entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués ; mais

il n'y avait plus aucune raison, autre que politique, de prétendre maintenir une quelconque forme de séparation entre un législateur qui n'était plus souverain et un pouvoir exécutif désormais exclusivement gouvernant<sup>7</sup>.

#### LA CONJONCTION DE LA TOUTE-PUISSANCE ET DE LA LIBERTÉ

122 La première théorie de la séparation des pouvoirs fut inventée, pendant la première révolution anglaise, pour résister à la tyrannie du *Long Parliament*, entre 1645 et 1650. Pour la première fois, se trouvait énoncée la nécessité d'une indépendance mutuelle du législateur et de l'exécutif. Mais ce principe de séparation recouvrait un contenu profondément différent de sa signification contemporaine : il ne s'agissait nullement d'interdire au Parlement d'intervenir en matière gouvernante, mais de mettre le fonctionnement de la justice ordinaire à l'abri de tout empiètement parlementaire. Les radicaux *levellers*, persécutés par la majorité presbytérienne, entendaient proscrire toute intervention du législateur dans les procédures judiciaires intentées contre eux, de façon à bénéficier des garanties de la *common law*. Déjà, lors du procès de Strafford, en 1640-1641, s'était posée la question de l'étendue des pouvoirs du Parlement lorsqu'il jugeait un ministre : le Parlement, tout-puissant pour faire et défaire les lois, pouvait-il redéfinir la notion de haute trahison dans le cours même d'un

procès, et condamner un homme pour un crime dont il n'avait pas conscience au moment où il l'avait commis ? Fallait-il s'en tenir aux termes stricts du *statute* de 1352 sur la trahison, ou pouvait-on en faire une interprétation extensive, permettant de condamner en la personne de Strafford une tentative d'instaurer un gouvernement absolu<sup>8</sup> ? C'est au cours des années 1640 que prirent corps les notions centrales de légalité et de non-rétroactivité des délits et des peines. De là l'idée que le législateur, tout-puissant pour l'avenir, ne saurait en aucun cas intervenir rétroactivement en modifiant la norme pénale pour le passé. Les procès ordinaires ne peuvent être tranchés que dans le respect de la loi ancienne, seule valable au moment des faits.

C'est en extrapolant à partir du principe de légalité des délits et des peines que les opposants *levellers* parvinrent à énoncer la première théorie de la séparation des pouvoirs. Si le Parlement est seul compétent pour édicter la loi nouvelle, l'application de la loi ancienne dans les procès, quant à elle, doit être confiée à des organes spécialisés, les cours ordinaires de justice : tenues par la *common law*, elles sont seules à pouvoir statuer dans les litiges ordinaires. Et c'est dans la mesure où ces cours se bornent à appliquer la loi qu'elles peuvent être qualifiées d'exécutif. La pétition rédigée par les *levellers* en janvier 1648 témoigne éloquemment de cette signification d'abord exclusivement judiciaire de la séparation des pouvoirs : « nulle affaire particulière, qu'elle soit criminelle ou

7. Sur l'évolution de la théorie des pouvoirs, on se permettra de renvoyer à notre thèse, *L'Origine des trois pouvoirs et la Théorie des régimes politiques*, thèse dactylographiée, Paris II, 2000.

8. À ce sujet, voir Conrad Russel, « The theory of treason in the trial of Strafford », *English Historical Review*, n° 314, vol. LXXX, 1965.

autre, qui relève de la compétence des cours ordinaires de justice, ne peut être tranchée par cette Chambre, ou par aucune de ses commissions ; ni par personne d'autre que par ces cours dont le devoir est d'exécuter les lois que pourra édicter cette honorable Chambre<sup>9</sup> ». Dans le même esprit, Lilburne déclare : « il est déshonorant, et fort en dessous de la dignité des législateurs de s'abaisser à être les exécuteurs de la loi (*executors of law*), et il est injuste et parfaitement irrationnel qu'il en aille ainsi, car s'ils commettent une injustice manifeste à mon encontre, je me trouve privé de tout recours, et ne puis faire appel devant aucune cour, si ce n'est devant [les législateurs] eux-mêmes<sup>10</sup> ».

Pour comprendre pleinement la logique conceptuelle des inventeurs de la première théorie de la séparation des pouvoirs, il faut en réalité replacer leur pensée dans le contexte de ses origines médiévales : jusqu'aux guerres de religion, en effet, tout pouvoir politique est défini comme l'exercice d'une fonction de justice. La loi nouvelle elle-même n'est conçue que comme une solution jurisprudentielle nouvelle, qui permet de pallier les insuffisances du droit existant. Pour Charondas, par exemple, « la Justice est la première marque de souveraineté : car d'icelle dépend la puis-

sance de faire Loix et les casser pour le bien et salut de la République<sup>11</sup> ». La loi est en quelque sorte de la justice révélée : « la loy est l'œuvre de la Iustice, et par les loix saintement ordonnées Iustice se fait cognoistre<sup>12</sup> ». À cet égard, la doctrine anglaise va plus loin encore que les juristes français : non seulement la loi est un acte de justice, mais elle constitue un véritable jugement, rendu en Parlement<sup>13</sup>. C'est parce qu'il est le juge suprême que le Parlement possède le pouvoir de faire les lois, qui ne sont qu'une catégorie particulière de jugement en dernier ressort.

Aussi, dans le cadre de la pensée médiévale, il n'existe aucune distinction entre les pouvoirs ; l'opposition essentielle passe entre une fonction de justice supérieure, qui statue en équité et n'est pas tenue par le droit, et une fonction de justice ordinaire qui, au contraire, doit statuer dans le respect de la loi. Vers la fin du Moyen Âge, ces deux manières de juger prennent de plus en plus souvent le nom de « puissance absolue » et de « puissance ordonnée », dont la dualité permet de décrire l'ensemble des fonctions exercées par le pouvoir politique. Voilà pourquoi la loi nouvelle n'est qu'une portion de la fonction de justice : au même titre que l'équité, la dérogation, la grâce ou le changement de jurispriu-

123

9. Cité par W. B. Gwyn, « The meaning of the separation of powers », *Tulane Studies in Political Science*, vol. IX, New Orleans, Tulane University, 1965, p. 43.

10. John Lilburne, *A Defiance to Tyrants*, Londres, 2<sup>e</sup> éd., 1648, cité par W. B. Gwyn, *ibid.*, p. 41.

11. Charondas le Caron, *Pandectes, ou digestes de droit français*, Paris, 1637, p. 3, cité par William F. Church, *Constitutional Thought in Sixteenth Century France*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1941, p. 196.

12. Charondas le Caron, *Panégyrique ou Oraison de louange, au roy Charles VIII*, Paris, 1566, cité par W. F. Church, *ibid.*, p. 200.

13. Voir à ce sujet S. B. Chrimes, *Constitutional Ideas in the Fifteenth Century*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, p. 353 ; Charles H. Mac Ilwain, *The High Court of Parliament and its Supremacy*, New Haven, Yale University Press, 1910, p. 131.

dence, elle relève de la fonction de justice souveraine, qui transcende l'état du droit existant. Aussi, en termes organiques, la frontière ne passe pas entre les organes législatifs et les autres, mais entre les cours supérieures de justice et les tribunaux ordinaires, couramment qualifiés d'« exécutifs », dans la mesure où ils se bornent à appliquer la loi. Dès 1388, les *Parliament Rolls* déclarent que « courtes et places ne sont que exécuteurs d'anciens leys et custumes du roialme et ordinances et establishments de parlement<sup>14</sup> ». La conception du XVI<sup>e</sup> siècle français est exactement la même : pour Charondas, « garder et exécuter les lois » relève de « la science et [de] la puissance des juges »<sup>15</sup>. Pour Lalouette, les juges sont « les vrais exécuteurs des lois<sup>16</sup> ». En 1732, le Parlement de Paris ne disait pas autre chose lorsqu'il déclarait : « c'est au souverain à donner des lois, c'est aux magistrats à les faire exécuter avec toute l'autorité dont il les a rendus dépositaires à cet effet ». De même encore en 1753, cinq ans après la parution de l'*Esprit des lois*, le Parlement déclare au roi que « l'exé-

cution des lois » est « l'activité indispensable et continuelle de votre Parlement, qui en est le dépositaire et le ministre essentiel »<sup>17</sup>.

Aussi, lorsque Lilburne et ses compagnons *levellers* élaborent la doctrine de la séparation des pouvoirs pour faire pièce aux empiètements du Parlement, ils ne font que réactualiser et systématiser, sous une forme nouvelle, la vieille distinction entre puissance absolue et puissance ordonnée léguée par la pensée médiévale. Le pouvoir législatif n'est souverain que dans la mesure où la Haute Cour de Parlement se définit toujours comme la plus haute juridiction du royaume (on retrouve des vestiges d'une telle conception jusque chez Blackstone<sup>18</sup>). De son côté, le pouvoir d'application des lois reste pensé à partir des cours ordinaires de justice. La pierre de touche de la construction des *levellers* est le principe de non-rétroactivité, qui leur permet d'aller au-delà d'une simple *distinction* entre justice ordinaire et justice souveraine, et d'affirmer leur nécessaire *séparation* : en aucun cas la Haute Cour de Parlement ne saurait intervenir dans

14. *Rot. Parl.* III, 236, cité par S. B. Chrimes, *op. cit.*, p. 71.

15. Charondas le Caron, *op. cit.*, p. 6, cité par Marie-France Renoux-Zagame, « Royaume de la loi : équité et rigueur du droit selon la doctrine des parlements de la monarchie », *Justices*, n° 9, *Justice et Équité*, Paris, Dalloz, janvier-mars 1998, p. 23.

16. Lalouette, *Des affaires d'Etat...*, Metz, 1597, p. 96, cité par Marie-France Renoux-Zagame, « Du juge-prêtre au roi-idole. Droit divin et constitution de l'État dans la pensée juridique française à l'aube des temps modernes », in Jean-Louis Thireau (dir.), *Le Droit entre laïcisation et néo-sacralisation*, Paris, PUF, 1997, p. 163.

17. Jules Flammarion, *Remontrances du Parlement de Paris au XVIII<sup>e</sup> siècle*, in *Documents inédits de l'histoire de France*, Paris, Imprimerie nationale, 3 vol., 1888-1898, t. 1, p. 281-283 et 515.

18. « Toutes les plaintes et doléances, actions et voies de recours qui transcendent le cours ordinaire des lois sont de la compétence de ce tribunal extraordinaire. Il peut régler ou modifier la succession au trône... Il peut altérer la religion du pays... Il peut modifier et renouveler la constitution même du royaume et des Parlements eux-mêmes... Il peut, en un mot, faire tout ce qui n'est pas impossible par nature », William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, vol. I, *Of the Rights of Persons*, fac-similé de l'édition de 1765-1769, Chicago et Londres, University of Chicago Press, 1979, p. 156.

le règlement des procès ordinaires, qui doivent rester le monopole des tribunaux de *common law*. Monopole contre monopole : la vieille théorie médiévale de la hiérarchie des cours s'est adaptée pour faire pièce à la doctrine nouvelle de la souveraineté législative, inventée par Bodin. En redéfinissant les contours de la souveraineté, Bodin n'avait pas seulement substitué le pouvoir de faire la loi à la vieille idée de souveraineté justicière : il avait affirmé la nécessité d'un pouvoir à la fois infini et indivisible, tout entier concentré entre les mains du Prince. Dans un tel cadre, il n'existe plus aucun ordre juridique stable, puisque toute norme de droit peut sans cesse être remise en cause par la volonté toute-puissante du souverain. Les Grecs avaient constamment réaffirmé l'exigence d'un gouvernement des lois, et non des hommes ; mais si l'on pose l'idée d'un pouvoir législatif, ce n'est plus à la loi que je devrai obéissance, mais au pouvoir de faire la loi, c'est-à-dire au Prince même, dont je dois accepter par avance tout commandement. L'ordre juridique, en réalité, s'est personnifié en se réduisant tout entier à la volonté d'un homme<sup>19</sup>.

Voilà pourquoi le principe de non-rétroactivité revêt une importance aussi cruciale dans la première théorie de la séparation des pouvoirs : c'est lui qui, en délimitant l'espace propre des cours ordinaires de justice, permet de *donner corps* à l'application de la loi, qui à son tour deviendra un monopole distinct de celui du législateur. La nécessité *logique* du principe de légalité en matière pénale

suscitera dès lors une traduction *organique*, en donnant naissance à l'idée nouvelle d'un *pouvoir* exécutif au sens plein du terme. Notion éminemment paradoxale : le souverain est tout-puissant, mais il n'est pas *seul*. À côté du souverain, il faut désormais un *non-souverain*, qui ne fera qu'appliquer les décisions du premier, mais dont le monopole distinct est tout aussi impérieusement nécessaire à l'exercice du pouvoir politique. Le souverain est la personnification de la loi nouvelle ; l'exécutif sera la personnification de la loi ancienne. Dès cet instant, il devient seul garant des libertés anglaises et de *l'Ancienne Constitution* : face à l'arbitraire constitutif du pouvoir du législateur, les cours de *common law* deviennent, par vocation, les gardiennes des droits immémoriaux des sujets d'Angleterre. Aussi l'exécutif, loin d'être la traduction de la volonté capricieuse du gouvernant, est au contraire le garant des libertés.

Si la première théorie de la séparation des pouvoirs connut un si grand succès, c'est parce qu'elle permettait à la fois d'affirmer la toute-puissance du souverain et de la limiter, de respecter le cadre de la souveraineté dessiné par Bodin tout en lui adjoignant, sous la forme nouvelle du principe de non-rétroactivité, une version repensée de la vieille fonction inférieure de justice. On pourrait dire que, pendant un siècle, ce que l'on appelle aujourd'hui le constitutionnalisme résida tout entier dans l'idée de séparation des pouvoirs. La première séparation des pouvoirs est une théorie politique dans laquelle les droits des

19. C'est de là que date l'ambiguïté même de notre notion de pouvoir, dont on a si souvent remarqué qu'elle hésitait constamment entre l'organe et la fonction. Dès lors que la fonction de faire la loi est de l'essence du souverain, la loi et le législateur deviennent inséparables. Par hypothèse, la pensée fonctionnelle tendra toujours à confondre la fonction et l'organe.

citoyens sont préservés parce que, pourrait-on dire, le pouvoir légitime est *dénué de présent* : le pouvoir se trouve en quelque sorte *écartelé* entre l'avenir et le passé, entre le pouvoir de faire la loi nouvelle et celui d'appliquer la loi ancienne. Entre les deux, un espace reste vide, et cet espace est celui-là même du citoyen. L'instant fragile et impondérable dans lequel se rejoignent ce qui n'est pas encore et ce qui n'est déjà plus, le moment fugace d'une continuité entre passé et avenir qui se confond avec le souffle même de la vie, est le moment propre du citoyen, un espace vide d'autorité, un sanctuaire à l'intérieur duquel aucun pouvoir n'a le droit de pénétrer. Par la séparation des pouvoirs, le présent devient vide d'État, et c'est ce moment qui, ultimement, permet de garantir les libertés : mieux que par les dogmes toujours contestables de la loi naturelle, la liberté civile sera rendue effective par l'écartèlement du pouvoir dans l'échelle du temps.

#### SÉPARATION DES POUVOIRS ET ORDRE JURIDIQUE : LE DOGME VIDÉ DE SON CONTENU

Tel est donc le sens de la première théorie de la séparation des pouvoirs, qu'il faut comprendre comme une réonciation du vieux principe de la hiérarchie des cours, non comme une opposition entre la fonction gouvernante et la fonction législative. Ce n'est qu'à partir de la mort de Charles I<sup>er</sup> et de l'affirmation du pouvoir de Cromwell, dont l'autorité

apparaissait de plus en plus comme un contrepoids nécessaire à l'omnipotence du *Rump Parliament*, que le principe nouveau de séparation des pouvoirs commença à revêtir, de manière très progressive, une portée gouvernante qui jusque-là lui était restée entièrement étrangère. Lorsque Lilburne et les *levelers* avaient posé les bases de la notion, le roi Charles I<sup>er</sup> était de toute façon placé entièrement hors politique, puisqu'il faisait la guerre à son Parlement. Les partisans de Cromwell, en revanche, ne tardèrent pas à utiliser l'idée de séparation des pouvoirs pour promouvoir l'autonomie nécessaire du pouvoir gouvernant<sup>20</sup> : le Protecteur, comme plus tard le monarque de la Restauration, était le chef du pouvoir exécutif dans la mesure où les cours inférieures statuaient en son nom, le roi étant censé présider l'ensemble des tribunaux de son royaume. Aussi l'impératif de préservation de l'ordre juridique se mêlait intimement à une cause proprement politique : l'exécutif cromwellien deviendrait le meilleur défenseur des libertés anglaises face au pouvoir incontrôlable du législateur. Dans la notion d'exécutif, ce que nous appellerions aujourd'hui la fonction gouvernante est absolument indissociable de la fonction de justice. Pour Algernon Sidney, par exemple, « le glaive de la justice comprend le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif : le premier consiste à faire les lois, le second à trancher les litiges selon les lois déjà faites » ; de même, pour Milton, il faut distinguer le pouvoir législatif, et « l'exécution juri-

20. Voir à ce sujet les écrits d'Isaac Penington et de Marchamont Nedham, ce dernier déclarant par exemple qu'il faut confier l'exécution de la loi à une seule personne, « avec les mystères du gouvernement ». Sur ces points, voir W. B. Gwyn, *op. cit.*, p. 31-32, 56-58.



dictionnelle de ce pouvoir (*the judicial execution of that power*) »<sup>21</sup>.

Mais la doctrine de la séparation des pouvoirs, jusque-là pleinement cohérente, allait bientôt se trouver vidée de son contenu par l'apparition de deux notions entièrement nouvelles : celle d'un pouvoir judiciaire distinct de la fonction exécutive, d'une part, et celle d'un pouvoir constituant placé au-dessus du pouvoir législatif ordinaire, d'autre part. L'idée d'un pouvoir judiciaire spécifique n'apparaît qu'avec Montesquieu, et n'est pleinement reconnue que lors des révolutions américaine et française. Rousseau, par exemple, ne connaît qu'une séparation des *deux* pouvoirs, conforme dans sa structure à la théorie des *levellers* ; Blackstone, quant à lui, quoiqu'il s'inspire directement de Montesquieu, préfère le plus souvent revenir à l'analyse anglaise traditionnelle<sup>22</sup>. Car si Montesquieu éprouve le besoin d'isoler le pouvoir de juger, « si terrible parmi les hommes », c'est dans

le souci de forger une forme française de la doctrine de la séparation des pouvoirs : le roi de France étant législateur en même temps qu'il gouverne, la séparation législatif-exécutif n'y aurait aucun sens. Si, en revanche, la monarchie française est modérée, c'est parce que « le prince, qui a les deux premiers pouvoirs, laisse à ses sujets l'exercice du troisième », et s'abstient d'exercer des fonctions judiciaires<sup>23</sup>. Ce que Montesquieu vise ici, ce sont les Parlements, dont l'autorité permettra de modérer la monarchie, qui sans cela dégénérait en despotisme. De même que les cours ordinaires de justice, pour les révolutionnaires anglais, étaient les seuls garants de l'ordre juridique et des libertés anglaises, de même l'indépendance du pouvoir judiciaire, dans l'*Esprit des lois*, est le seul moyen de garantir la permanence de la constitution monarchique : si le roi jugeait lui-même, « la constitution seroit détruite... ; la crainte s'emparerait de tous les esprits... ; plus de

127

21. Algernon Sidney, *Discourses concerning Government*, Londres, 1698, III, 10, p. 295, cité par M. J. C. Vile, *op. cit.*, p. 29-30. John Milton, *Eikonoklastes*, Londres, 1649, p. 57, en trad. fr. dans *Écrits politiques*, Paris, Belin, coll. « Littérature et politique », 1993, p. 163. On considère généralement Locke comme le père de la séparation des pouvoirs ; mais il ne fit, à cet égard, que reprendre les théories élaborées lors de la révolution, en leur adjoignant un pouvoir fédératif qui resta sans postérité.

22. William Blackstone, *Commentaries of the Laws of England*, éd. citée, vol. I, livre I, chap. 2, p. 142. Paraphrasant les cas de cumul des trois pouvoirs évoqués par Montesquieu, Blackstone revient en fait aux deux pouvoirs traditionnels : pour lui, la confusion des pouvoirs se résume à un simple cumul du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, ce dernier englobant la fonction ordinaire de justice. « Le magistrat pourrait édicter des lois tyranniques et les exécuter tyranniquement, puisqu'il possède, en qualité de dispensateur de la justice, toute la puissance qu'il estime bon de s'attribuer comme législateur » (c'est nous qui soulignons). Pour Montesquieu, au contraire, trois cas de cumul sont possibles : législatif-exécutif (« on peut craindre que le même monarque ou le même Sénat ne fasse des lois tyranniques pour les exécuter tyranniquement »), législatif-judiciaire (« le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire : car le juge serait législateur »), exécutif-judiciaire (« le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur »). Voir Charles-Louis de Montesquieu, *De l'esprit des lois*, XI, 6, in *Œuvres complètes*, Roger Caillois (éd.), Paris, Gallimard, coll. « La Pléiade », t. 2, p. 397.

23. Montesquieu, *ibid.*

confiance, plus d'honneur, plus d'amour, plus de sûreté, *plus de monarchie*<sup>24</sup> ». Le souci de stabilité juridique est donc sensiblement le même chez Lilburne et chez Montesquieu ; mais, dans le premier cas, il s'énonce comme indépendance nécessaire de l'exécutif, tandis que, dans le second, il conduit à réclamer l'autonomie du pouvoir judiciaire.

128 L'approche comparative adoptée par Montesquieu le conduit donc à *juxtaposer* deux formes de séparation des pouvoirs : une forme traditionnelle, pour le régime anglais, la séparation législatif-exécutif se suffisant à elle-même<sup>25</sup> ; une forme nouvelle pour la monarchie française, dans laquelle un pouvoir judiciaire autonome s'oppose au pouvoir politique *indivis* du monarque. Mais le redécoupage ainsi effectué conduit à modifier profondément la consistance de la notion d'exécutif : loin d'être le garant de la stabilité juridique, l'exécutif, désormais exclusivement gouvernant, devient chez Montesquieu l'expression même de la volonté « momentanée et capricieuse » du monarque, qui tendrait toujours au despotisme, si le pouvoir judiciaire, « dépôt des lois fondamentales », ne venait sans cesse rappeler le roi au respect de la constitution monarchique. La version française de la séparation des pouvoirs conduit donc à sacrifier la cohérence de la version anglaise : dès lors que le pouvoir exécutif n'a plus aucune part dans la puissance de juger, son autonomie par rapport au législateur n'est plus qu'une question de pure opportunité

politique. La couronne peut-elle, et doit-elle, s'assurer le concours permanent d'une majorité parlementaire, au risque de compromettre l'indépendance des chambres, ou faut-il au contraire, comme l'affirme alors l'opposition par la voix de Bolingbroke, refuser toute forme de dépendance des parlementaires ? Le débat entre séparation souple et séparation stricte des pouvoirs est né, mais il n'a plus désormais aucune portée quant au maintien de l'ordre juridique. Si par exemple la chambre des Communes s'avisait de nommer elle-même les ambassadeurs, on pourrait considérer sa décision comme politiquement inopportune ; mais on voit mal en quoi l'ordre juridique s'en trouverait nécessairement anéanti.

La mutation de la notion d'exécutif a donc vidé la séparation des pouvoirs de l'essentiel de sa substance, et ce dès 1748. Mais la genèse du pouvoir constituant, pendant la révolution américaine, achève d'en épuiser la signification. Si la séparation des deux pouvoirs était cohérente, on l'a vu, c'est dans la mesure où le pouvoir législatif, pleinement souverain, remettait en cause l'ensemble de l'ordre juridique à chacune de ses interventions : comme l'avait fort bien dit Wildman, en 1648, si le Parlement persistait à trancher des litiges ordinaires, « il devrait se borner à statuer selon le cours ordinaire et légal, en appliquant (*executing*) au moins les lois pénales ; car s'il en allait autrement, il n'existerait plus de lois en Angleterre pendant les sessions du

24. *Ibid.*, II, 5, p. 314. C'est nous qui soulignons.

25. C'est pour cette raison que le troisième pouvoir est très vite écarté de l'analyse, étant « invisible et nul ». Il convient de noter que cette analyse du pouvoir de juger ne vaut que dans le cas de l'Angleterre et des régimes républicains ; dans une monarchie à la française, en revanche, la diversité des privilèges et des coutumes suppose un rôle actif des magistrats : voir à ce sujet *ibid.*, VI, 1 à 4.

Parlement<sup>26</sup> ». La souveraineté étant indivisible, aucune règle préexistante ne peut venir borner le pouvoir du législateur, qui reconstruit *ex nihilo* l'ensemble du droit chaque fois qu'il statue. Une telle *tabula rasa* juridique s'apparente beaucoup plus aux interventions de notre actuel pouvoir constituant originnaire qu'à l'exercice du pouvoir législatif tel que nous le concevons. En l'absence de toute constitution conçue comme norme suprême, on peut affirmer avec Delolme que « les lois n'ayant besoin, pour exister, que de sa volonté, [le pouvoir législatif] peut aussi les anéantir par sa volonté; et, si l'on veut me permettre l'expression, la puissance législative change la constitution comme Dieu créa la lumière<sup>27</sup> ». Dans ce cadre, l'omnipotence du législateur ne fait aucun doute: « quelques lois qu'il fasse pour se limiter lui-même, elles ne sont jamais, par rapport à lui, que de simples résolutions<sup>28</sup> ». De là l'importance vitale du pouvoir d'exécution des lois: l'*Ancienne Constitution*, les libertés anglaises ne valent pas comme règles supérieures, mais seulement comme lois préétablies; aussi le principe de non-rétroactivité peut apparaître, dans ce cadre, comme la clé de voûte de l'ordre

juridique tout entier. À défaut d'une hiérarchie *spatiale* des normes, la stabilité juridique réside tout entière dans un critère *temporel*, dans une frontière infranchissable érigée entre le passé et l'avenir.

Entre 1776 et 1787, les révolutionnaires américains élaborent la notion nouvelle d'un pouvoir constituant supérieur au pouvoir législatif ordinaire, non sans difficultés: les législatures d'États, tenants de la souveraineté parlementaire à l'anglaise, ont beau jeu de leur rétorquer qu'une telle distinction est impossible, dans la mesure où elle remet en cause le caractère nécessairement indivisible de la souveraineté<sup>29</sup>. Le souci politique est le même que celui des révolutionnaires anglais des années 1640-1650: il s'agit de limiter l'interventionnisme constant des législatures d'États. Mais sa traduction juridique est entièrement différente, dans la mesure où la notion de constitution est désormais profondément renouvelée: la constitution ne vaut plus dans l'ordre du temps, comme un ensemble de coutumes mémorielles. Depuis Bolingbroke, elle est de plus en plus souvent énoncée comme une règle supérieure à la loi ordinaire, valable dans l'espace<sup>30</sup>. Aussi le

129

26. John Wildman, *Truths Tryumph, or Treachery Anatomized*, Londres, 1648, cité par W. B. Gwyn, *op. cit.*, p. 41.

27. Jean Louis Delolme, *Constitution de l'Angleterre*, 2 vol., rééd., Genève et Paris, Duplain, 1788, t. 2, II, 3, p. 213.

28. *Ibid.*, p. 214.

29. Sur ce point, voir les précieuses notations de Gordon S. Wood, *The Creation of the American Republic*, rééd., New York, Norton, 1993, p. 273-280, et son chapitre sur l'essor des conventions constitutionnelles, p. 306-343.

30. Voir à ce sujet Henry St John Bolingbroke, *A Dissertation upon Parties*, in *Works*, vol. 2, Londres, Henry Bohn, 1844, p. 88-89 et 112. Bolingbroke oppose la Constitution, règle suprême et intangible du régime anglais, et le gouvernement, muable et contingent, qui doit agir en conformité avec la Constitution. L'essentiel est que la notion de gouvernement ne recouvre pas seulement les actes de l'exécutif, mais également les lois prises par le législateur, qui se trouvera donc également soumis à la Constitution (p. 89).

garant de l'ordre juridique ne sera plus le roi, en tant qu'il préside à l'application de la loi par les cours ordinaires, mais le peuple, en tant qu'il a rédigé une constitution dont la valeur normative est supérieure par essence à celle de la loi. Dès cet instant, l'exigence d'une séparation entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués vient se substituer à la séparation antérieure entre pouvoir législatif et pouvoir exécutif : si le maintien de l'ordre juridique peut effectivement être garanti, c'est dans la mesure où les pouvoirs constitués, tenus par la Constitution, ne prendront de décisions que dans le respect de la règle suprême, de la même façon que les cours ordinaires de justice, dans la version antérieure de la séparation des pouvoirs, se bornaient à statuer conformément à la loi<sup>31</sup>.

En définitive, si la validité de la doctrine traditionnelle de la séparation des pouvoirs s'est trouvée compromise, c'est parce que le contenu même des fonctions de l'État, loin de posséder une consistance autonome qui vaudrait de manière intemporelle, est en réalité étroitement tributaire d'une conception de l'ordre juridique qui seule lui donne son sens. Aussi toute mutation dans la notion d'ordre juridique ne pouvait qu'affecter profondément le contenu des pouvoirs. On pourrait à cet égard distinguer trois grandes phases historiques dans la conception du droit : un âge de la justice, dans lequel l'ordre juridique est essentiellement conçu comme hiérarchie des

cours, sans aucune distinction fonctionnelle autre que celle de la justice ordinaire et de la justice souveraine ; un âge de la souveraineté, dans lequel les révolutionnaires anglais rénoverent la vieille hiérarchie des cours pour en faire une hiérarchie des pouvoirs, législatif et exécutif ; un âge de la hiérarchie des normes, enfin, dans lequel la pyramide des règles de droit vint peu à peu se substituer à la hiérarchie des pouvoirs de la phase précédente. Dans ce cadre nouveau, l'idée même d'une distinction entre les pouvoirs n'a plus véritablement sa place : tirant toutes les conséquences de l'éclatement de la fonction normative commencé avec les révolutionnaires américains, Kelsen construisit une hiérarchie des normes dans laquelle législation et exécution deviennent des notions purement *relatives*. Le législateur, par exemple, n'est que l'exécutif de la constitution, puisqu'en exerçant son pouvoir normatif il ne fait qu'appliquer la norme supérieure. Aussi, pour Kelsen, « législation et exécution sont, non pas deux fonctions étatiques coordonnées, mais deux étapes hiérarchisées du procès de création et d'application du Droit » ; ou encore : « la plupart des actes qui interviennent dans le domaine du droit sont à la fois des actes de création et d'application de normes juridiques »<sup>32</sup>. Autrement dit, tout législateur est en même temps un exécutant, et le pouvoir d'État n'est plus que l'exercice d'une fonction normative indivise<sup>33</sup>.

31. Pour une systématisation doctrinale de la séparation entre pouvoirs constituants et pouvoirs constitués, voir les remarquables développements d'Élisabeth Zoller, *Droit constitutionnel*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 1999.

32. Hans Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la constitution », *RDP*, 1928, p. 199 ; *Théorie pure du droit*, trad. fr., 2<sup>e</sup> éd., Neuchâtel, La Baconnière, 1988, p. 137.

33. Voir aussi Hans Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État*, II, 3, trad. fr., Paris, Bruylant-LGDJ, p. 318-331. Pour Kelsen, on ne peut distinguer valablement que les actes de

Âge de la justice, centré sur les deux degrés de juridiction ; âge de la souveraineté, centré sur les deux, puis les trois pouvoirs ; âge de la hiérarchie des normes, centré sur une échelle des pouvoirs normatifs : dans ce contexte, la théorie des pouvoirs apparaît comme une période essentiellement *transitoire* de notre culture juridique, comme un maillon intermédiaire entre le modèle de la hiérarchie des cours et celui de la hiérarchie des normes. L'âge des pouvoirs peut être tout entier ramené à une phase de *personnification* de l'ordre juridique, qui, pendant toute cette période, se confond avec l'agencement des organes de gouvernement : c'est bien pour cette raison que les révolutionnaires français, en 1789 encore, affirment que la Constitution n'est autre chose que la distri-

bution des différents pouvoirs<sup>34</sup>. À l'orée de l'âge de la hiérarchie des normes, ils raisonnent encore selon les catégories de l'ère des pouvoirs qui s'achève. Mais une fois la mutation achevée, il ne restait plus rien de la doctrine originelle de la séparation des pouvoirs : le dogme de la frontière nécessaire entre pouvoir législatif et pouvoir exécutif s'était peu à peu vidé de son sens. L'exigence d'une séparation du pouvoir politique et du pouvoir judiciaire, ou celle du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués, avaient absorbé l'intégralité de son contenu juridique. Le lieu du mystère, de la conciliation quasi miraculeuse entre la toute-puissance du souverain et les libertés des sujets, n'était plus que le tabernacle vide d'un culte disparu.

131

---

création et d'application du droit. Or « il est impossible de confier la création du droit à tel organe et l'application (exécution) du droit à tel autre d'une manière si exclusive qu'aucun organe ne puisse exercer les deux fonctions simultanément » (p. 319). Aussi la séparation des pouvoirs est une tentative dénuée de sens, dont la valeur est purement historique, et se résume à une lutte politique contre la monarchie absolue. Dans un cadre démocratique, en revanche, la séparation des pouvoirs n'a plus lieu d'être : elle ne ferait qu'entraver l'expression de la volonté populaire (p. 330-331). On connaît par ailleurs le jugement très négatif que Kelsen porte sur la séparation stricte des pouvoirs à l'américaine. Au-delà, pour Kelsen, l'institution d'un contrôle de constitutionnalité des lois est incompatible avec la séparation des pouvoirs (p. 318). Plus globalement, « le contrôle des fonctions législative et exécutive par les tribunaux signifie que la compétence des tribunaux combine les fonctions législative, exécutive et judiciaire » (p. 330).

34. *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, art. 16 : « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution ».