

L'ARTICULATION DES POUVOIRS  
DANS LES DÉMOCRATIES  
PARLEMENTAIRES  
EUROPÉENNES :  
FUSION ET MITIGATION

123

La « séparation des pouvoirs » constitue le plus formidable « casse-tête » intellectuel posé aux analystes de la chose constitutionnelle. Aucun thème n'est plus central que celui-ci dans l'étude du droit et des constitutions politiques. Aucun, pourtant, n'offre davantage d'incertitudes sur le plan des concepts, des théories et des discours. Multiplicité des interprétations, des couches de raisonnement, des perspectives d'analyse, variété du vocabulaire... tout concourt à obscurcir chaque propos sur la « séparation des pouvoirs ».

La difficulté redouble lorsqu'il s'agit d'examiner la question à propos des démocraties parlementaires, c'est-à-dire ce groupe de pays pratiquant un système de gouvernement, où le cabinet est politiquement responsable devant le Parlement – ce qui est le cas de tous les pays européens<sup>1</sup> à l'exception de la Suisse, de Monaco, de Chypre et, bien sûr, du Vatican –, réputé pour unir intimement les deux organes. Deux idées reçues, diamétralement opposées, se partagent à ce sujet, et depuis longtemps, la littérature constitutionnelle. Certains, comme Adhémar Esmein, affirment que le système parlementaire laisse subsister la séparation des pouvoirs, mais sous une forme élastique ou

---

1. Y compris la République de Saint-Marin, la principauté d'Andorre et, sous une forme authentiquement dualiste très originale, la principauté du Liechtenstein.

souple<sup>2</sup>. Il est suivi, pour l'essentiel, par une large majorité de juristes contemporains. D'autres, qu'il s'agisse des détracteurs conservateurs du parlementarisme, au XIX<sup>e</sup> siècle, ou, plus tard de constitutionnalistes et surtout de politistes délaissant l'approche théorique pour l'empirie, prétendent à l'inverse que le gouvernement parlementaire est « la négation même de la séparation des pouvoirs<sup>3</sup> ».

Il y a là comme une sorte d'énigme permanente, qui n'a pas été résolue de manière satisfaisante par la doctrine constitutionnelle. Dès lors, prétendre exposer – fût-ce sommairement, comme ici – un tableau de la « séparation des pouvoirs » dans les démocraties parlementaires européennes suppose de préciser rapidement, au préalable, ce dont on parle ou ce dont on est censé parler<sup>4</sup>.

124 Sans doute peut-on 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 à l'excès, 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

La séparation des pouvoirs présente en apparence toutes les caractéristiques d'une formule magique, inlassablement invoquée parce que considérée comme inhérente à tout régime de liberté politique, toute démocratie constitutionnelle. Pourtant, les spécialistes un peu attentifs sont contraints de la décliner en plusieurs sens, fort différents les uns des autres : ainsi,

2. *Éléments de droit constitutionnel*, Paris, Larose, 1896, p. 292. Voir Armel Le Divellec, « Adhémar Esmein et les théories du gouvernement parlementaire », in Stéphane Pinon et Pierre-Henri Prétot (dir.), *Le Droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, Montchrestien, 2009, p. 149-182.

3. Léon Duguit, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 », *Revue d'économie politique*, 1883, p. 357. Pour d'autres références, voir notre étude, *Le Gouvernement parlementaire en Allemagne*, Paris, LGDJ, 2004.

4. On écartera ici, faute de place, la question de la séparation du pouvoir constituant et du pouvoir législatif, bien qu'il s'agisse de l'un des aspects de cette problématique, comme l'a montré Carlos-Miguel Pimentel (« Le sanctuaire vide : la séparation des pouvoirs comme superstition juridique ? », *Pouvoirs*, n° 102, *La Police*, septembre 2002, p. 119-131).

par exemple, Michel Troper en a-t-il récemment présenté pas moins de six<sup>5</sup>. Sans doute pourrait-on allonger encore la liste en déconstruisant les innombrables discours académiques, scientifiques, juristes, politistes, philosophiques, ou tout simplement communs. À ce niveau-là, il ne s'agit plus de plasticité mais bien de confusion dans les idées. La séparation des pouvoirs est une sorte d'énigme diabolique : on ne peut – ni ne devrait – l'écarter, mais il est impossible d'échapper à la confusion lorsqu'on en parle. Il faut pourtant tenter de briser le cercle maléfique.

*Séparation des pouvoirs  
mais confusion des idées et des 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 marque le pluriel : 125

– *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>6</sup> ;

– *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.

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

*Confusion des formules des textes constitutionnels*

Si l'on se penche sur les constitutions écrites dont sont pourvus tous les États européens (hors le Royaume-Uni, du moins au sens formel), l'incertitude règne.

Si certains pays ne mentionnent pas un quelconque principe de séparation des pouvoirs<sup>7</sup>, d'autres, souvent ceux qui ont accédé récemment

5. « Les nouvelles séparations des pouvoirs », in Sandrine Baume et Biancamaria Fontana (dir.), *Les Usages de la séparation des pouvoirs*, Paris, Michel Houdiard Éditeur, 2008, p. 17-18. De même, Mauro Barberis, « La séparation des pouvoirs », in Michel Troper et Dominique Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. I, *Théorie de la Constitution*, Paris, Dalloz, 2012, p. 706-732.

6. Ainsi les auteurs germaniques utilisent bien plutôt *Gewaltenteilung* (partage ou division des pouvoirs) que *Gewaltentrennung* (séparation des pouvoirs).

7. Andorre, Autriche, Espagne, Italie, Liechtenstein, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, ainsi que la Suède (où il est question du « pouvoir public », non des pouvoirs). En France, la référence n'existe qu'à l'article 16 de la Déclaration de 1789, non dans le corps même de la Constitution

à la démocratie libérale, le mettent en avant parmi les principes constitutifs de leur système constitutionnel<sup>8</sup>, parfois en lui adjoignant la précision du mot « équilibre » (ainsi en Estonie, Pologne, Roumanie et Serbie) ou « interdépendance » (Portugal).

D'autres encore, sans parler de « séparation » ou de « division » des pouvoirs, énoncent la tripartition classique entre les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire<sup>9</sup>.

D'autres, enfin, emploient le terme de fonctions et précisent la répartition de leur exercice par des organes désignés, ainsi la Constitution grecque de 1975 (art. 26): « 1. La fonction législative est exercée par la Chambre des députés et le président de la République. 2. La fonction exécutive est exercée par le président de la République et le gouvernement. 3. La fonction juridictionnelle est exercée par les tribunaux [...]»<sup>10</sup>.

126 Certaines constitutions ne mentionnent pas de fonction exécutive mais seulement la fonction législative ou de législation, tantôt attribuée au Parlement seul (Italie, Suède, Malte, Andorre, Bulgarie, Estonie, République tchèque, Slovaquie), tantôt partagée entre le gouvernement (ou le chef de l'État) et les chambres (Pays-Bas, Liechtenstein). La situation du pouvoir juridictionnel est, généralement, moins confuse – on y reviendra.

Au reste, les textes font rarement preuve d'originalité et aucun n'a repris, par exemple, de la Charte du royaume du Portugal de Don Pedro de 1826, la mention d'un quatrième pouvoir, le pouvoir modérateur, emprunté à Benjamin Constant<sup>11</sup>. Pour ce qui est des contours du principe, on signalera l'article 4 de la Constitution de Croatie (1990, complétée en 2010), qui, après l'invocation classique du principe de séparation, précise (al. 2): « Le principe de la séparation des pouvoirs englobe des formes

---

initiale de 1958 et ce, alors même que ses rédacteurs affectaient de la restaurer (voir le point 2 de la loi constitutionnelle du 3 juin 1958).

8. Portugal, Bulgarie, Slovénie, Estonie, Ukraine, Pologne, Finlande, Croatie, Roumanie, Serbie. Il faudrait toutefois faire une étude linguistique rigoureuse, car les versions françaises et anglaises de certains textes reprennent sans précaution le mot « séparation » même là où l'original semble être un autre mot.

9. Irlande, Islande, Allemagne, Danemark, République tchèque.

10. De même, avec des formules comparables, en Belgique (avec « pouvoir » au lieu de « fonction »), Islande, Danemark, Pologne et Finlande.

11. Article 71: « Le pouvoir modérateur est la clé de toute l'organisation politique, et appartient exclusivement au roi, comme chef suprême de la nation, pour qu'il veille incessamment à la conservation de l'indépendance, de l'équilibre et de l'harmonie des autres pouvoirs politiques. » Il s'agissait toutefois d'un faux-semblant: à côté de ses compétences d'arbitrage (art. 74), le roi était désigné par ailleurs comme le chef du pouvoir exécutif et doté de compétences en conséquence (art. 75), il est vrai soumises à contresens ministériel (art. 102).

de coopération mutuelle, ainsi que les freins et contrepoids inscrits dans la Constitution et dans la loi. »

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

Si l'on analyse sobrement 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 les inévitables variations ponctuelles et secondaires. Voilà qui facilite grandement la tentative, même élémentaire, de mise au point conceptuelle.

### *Organes et fonctions*

127

En premier lieu, la « séparation des pouvoirs » recouvre deux séparations, celle des organes et celles des 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>12</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. La liberté serait alors ruinée puisque l'exercice de toutes les fonctions étatiques serait réuni dans les mêmes mains.

12. Aussi est-ce à juste titre que ce terme (*Gewaltenunterscheidung* en allemand) est employé par Carl Schmitt (*Théorie de la Constitution*, Paris, PUF, 1993, chap. 15, p. 321 *sq.*), qui, ensuite, utilise aussi *Gewaltenteilung* (division des pouvoirs).

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>13</sup>.

128 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 État 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 exemple le partage d'exercice d'une même fonction entre plusieurs organes), et présente un sens relativement précis dans un État 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'État 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.

---

13. 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.

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 l'organe est temporairement suspendu par la décision d'un autre (exemple de la motion de censure parlementaire à l'égard des membres du gouvernement, du droit de dissolution d'une assemblée par l'exécutif ou d'un référendum sur la destitution d'un chef de l'État). 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 États-Unis, de Suisse ou Chypre).

129

*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'État. 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>14</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, ses contours en effet n'ayant jamais pu être fixés avec rigueur.

Les incertitudes sur les définitions des fonctions juridiques elles-mêmes permettent de déplacer le regard et de considérer que tout organe

14. Elle peut toutefois être relativisée si l'on considère, selon des vues réalistes, qu'ils participent à la production des normes juridiques. Voir la contribution d'Isabelle Boucobza dans ce numéro, « Un concept erroné, celui de l'existence d'un pouvoir judiciaire », p. 73-87.

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>15</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, et 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, Michel 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 pré-supposés, confrontée aux mêmes difficultés et exerçant une influence analogue sur les autres théories de l'État. C'est le même souci d'éviter la concentration du pouvoir politique [...] »<sup>16</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

15. 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*, Tübingen, Mohr, 2005).

16. « Les nouvelles séparations des pouvoirs », art. cité, p. 35.



rigueur – d'appeler « séparation des pouvoirs ». Cela tient, 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 n'entraîne aucune conséquence juridique pratique et directe et, d'autre part, à 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 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 donc un principe général d'articulation de pouvoirs (organes et fonctions) qui est au fondement des régimes libéraux. Et il se trouve que ce principe est, dans le cas du parlementarisme, *asymétrique*, en ce qu'il institue un groupe d'organes liés pour gouverner, tandis que les autres organes remplissent d'autres rôles que celui-là. Les démocraties parlementaires (européennes) reposent ainsi toutes sur la coexistence de deux logiques générales, l'une d'unité, l'autre de mitigation.

131

UNE LOGIQUE D'UNITÉ COMPLEXE :  
LA FUSION DES POUVOIRS DE GOUVERNEMENT  
ET SES IMPLICATIONS

Toutes les démocraties parlementaires d'Europe reposent, par-delà les spécificités juridiques, politiques et culturelles nationales, sur le même principe de gouvernement. La logique du parlementarisme moderne est celle de l'unité – mais une unité complexe.

*De la balance à la fusion des pouvoirs*

Le propre des systèmes parlementaires de gouvernement est la solidarité juridique et politique<sup>17</sup> entre le gouvernement et les assemblées représentatives, ce que l'Anglais Walter Bagehot, cela est notoire, a nommé la fusion des pouvoirs – pour se démarquer des caricaturales théories rabâchées sur la séparation des pouvoirs<sup>18</sup>. Le principe de responsabilité politique du cabinet devant le Parlement crée en effet une dynamique dont l'expérience nous confirme qu'elle est à peu près irrésistible et qui

17. Le Petit Robert définit ainsi le terme « Solidaire » : « 3. Se dit de choses qui dépendent l'une de l'autre, vont, fonctionnent ensemble dans une action, un processus ; 4. Se dit de pièces liées dans un même mouvement par contact direct, par engrenage ou par intermédiaire. » Le premier sens correspond à la solidarité politique, le second à la solidarité juridique.

18. Walter Bagehot, *La Constitution anglaise* [1867], trad. M. Gaulhiac, Paris, Germer Bailière, 1869.

est venue modifier en pratique la substance de la structure de balance des pouvoirs instaurée au début du constitutionnalisme libéral, en particulier dans les monarchies limitées ou dualistes. Dès lors, par-delà la continuité, à bien des égards, des formes juridiques conçues pour une dualité entre l'exécutif monarchique et les assemblées comme représentants de la société civile, un équilibre nouveau a émergé, rapprochant encore ces deux organes dans une formule spécifique de gouvernement. Le principe démocratique a conforté cette logique d'unité en lui donnant une assise de légitimité plus profonde. Le développement des partis politiques modernes consécutif à l'avènement du suffrage universel a également renforcé la solidarité et l'entrelacement juridique des pouvoirs.

### *Fusion organique du gouvernement et du Parlement*

132 La parlementarisation de l'exécutif s'est historiquement effectuée aux XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles par une série de glissements dans les monarchies fondées sur le principe de la balance des pouvoirs (Royaume-Uni, pays nordiques et du Benelux). Sans doute le droit strict demeurerait-il inchangé, mais ce sont des conventions et des pratiques qui ont modifié fortement l'équilibre entre le chef de l'État, le cabinet et les chambres. Cette évolution a été imitée ou transposée de manière un peu plus formalisée dans les républiques (à partir de 1875 en France), avant qu'un vaste mouvement ne tente de « rationaliser » les principes et mécanismes du gouvernement parlementaire après 1918 – tout en conservant pour l'essentiel une structure organique formelle du type de la balance des pouvoirs pré-parlementaire. Cette histoire et les rythmes différents de la parlementarisation contribuent à expliquer la diversité des solutions techniques contenues dans les constitutions des pays européens aujourd'hui. Il est pourtant frappant de constater la grande cohérence pratique obtenue<sup>19</sup>.

En premier lieu, loin de se limiter à la possibilité pour les chambres de forcer les ministres à démissionner, le principe du gouvernement parlementaire conduit en droit (par une procédure formalisée<sup>20</sup>) ou en

19. Armel Le Divellec, « Le gouvernement, portion dirigeante du Parlement. Quelques aspects de la réception juridique hésitante du modèle de Westminster dans les États européens », *Jus Politicum*, n° 1, 2009, p. 185-225.

20. Ainsi Allemagne (art. 63 et 67), Andorre (art. 68), Bulgarie (art. 84-6), Estonie (art. 89-5), Finlande (art. 61), Hongrie (art. 16), Irlande (art. 13), Pologne, Serbie (2006, art. 99, 105 et 127), Slovénie (art. 111), Suède (art. VI-2-4). Plutôt qu'une élection *stricto sensu*, certains pays rendent obligatoire un vote de confiance initial – Croatie (art. 97 et 109), Espagne, Grèce, Italie, Lituanie, Roumanie, République tchèque, Slovaquie – ou une présentation (Liechtenstein, art. 79, al. 2).

fait (par les conventions et pratiques) le Parlement (ou sa partie issue directement du suffrage universel) à désigner la personnalité placée à la tête du cabinet – ce que Bagehot a appelé la fonction élective –, ce qui revient simultanément à déterminer l'orientation politique générale de celui-ci. Ce principe fondamental infirme évidemment l'idée d'une indépendance structurelle du gouvernement vis-à-vis du Parlement dans les théories classiques de la séparation des pouvoirs.

Ensuite, la fusion organique est prolongée, dans une majorité de pays, par l'identité personnelle entre ministres et parlementaires: soit qu'il soit obligatoire d'être parlementaire pour devenir ou rester ministre<sup>21</sup>, soit qu'il s'agisse d'une faculté permise par la Constitution<sup>22</sup> et qui est très largement pratiquée car elle est dans la logique même de ce système de gouvernement. Un nombre important de pays, en revanche, ont édicté une incompatibilité (temporaire<sup>23</sup>), ce qui s'analyse en un reliquat de l'idéologie séparatiste dans l'organisation des pouvoirs. De toute manière, cela est compensé par les droits d'entrée et de parole des ministres devant les chambres, indispensables pour les relations intimes entre les deux organes.

133

Ces mécanismes de la fusion organique conduisent en pratique à une symbiose politique entre le cabinet et la majorité (essentiellement fixe) parlementaire, renforcée par le phénomène partisan<sup>24</sup>. Dans les faits, la qualité de l'entente entre cabinet et majorité varie selon la situation politique, sur laquelle le droit est sans prise.

### *La fusion au plan fonctionnel*

On affirme souvent que le système parlementaire, s'il ne respecte pas la règle de l'indépendance des organes, se ramène à l'application d'un principe de spécialisation fonctionnelle. Ce point doit être nuancé. Il est en effet évident que le gouvernement participe en droit et en fait à la fonction législative (non seulement au stade de l'initiative mais également à tous les stades de la discussion au sein des chambres), que son rôle y est même prépondérant. Les assemblées, quant à elles, ne sont pas cantonnées à la législation mais participent pour une bonne part à la

21. Par convention au Royaume-Uni, formalisée en Irlande et Malte.

22. Allemagne, Andorre, Autriche, Croatie, Danemark, Espagne, Finlande, Grèce, Italie, Hongrie, Islande, Lettonie, Lituanie, Pologne, Roumanie, République tchèque, Slovaquie, Slovénie.

23. Belgique, Bulgarie, Estonie, France, Liechtenstein, Luxembourg, Norvège, Pays-Bas, Portugal, Serbie, Slovaquie, Suède.

24. Les exceptions à cette dynamique (exemple des cabinets de « techniciens ») peuvent exister, mais n'aboutissent pas à infirmer durablement le principe décrit ici.

fonction exécutive; elles détiennent quantité de moyens pour discuter, influencer, prendre position, parfois donner des autorisations sur la majeure partie des sujets relevant de la fonction exécutive *lato sensu*, y compris en matière diplomatique (autorisation à ratifier les traités) et militaire (autorisation d'engagement des forces armées par exemple).

Le problème est donc ailleurs. Le principe d'articulation des pouvoirs conduit inévitablement à ce que chaque organe exerce des compétences dont certaines sont exclusives – en particulier, dans le cas du gouvernement, des compétences qui relèvent de ce que John Stuart Mill appelait le « pouvoir immédiat<sup>25</sup> » (par exemple le pilotage direct de l'administration). C'est en cela que l'on peut considérer que subsiste en principe une certaine spécialisation « fonctionnelle », mais, il faut y insister, elle est relative.

134 Les assemblées ne « gouvernent » pas à la place du cabinet, même si cette tentation peut sporadiquement exister. C'est surtout par leur emprise politique sur le cabinet (le droit de vie et de mort) qu'elles déterminent – ou, parfois, légitimement après coup – l'orientation générale de son action, parviennent à influencer de manière continue sur la conduite des affaires et qu'ainsi « les fonctions exécutive et législative sont essentiellement dans les mêmes mains<sup>26</sup> ».

### *Fusion mais non confusion*

La fusion des pouvoirs, l'entrelacement organique et fonctionnel du gouvernement et du Parlement ne signifie pas pour autant, en droit comme en fait, la confusion. Cette nuance, de taille, n'a pas toujours été perçue par les (nombreux) lecteurs superficiels de Bagehot. Il est excessivement réducteur et, au fond, faux d'affirmer qu'il n'existe qu'un seul « pouvoir ». L'étroite union entre le cabinet et le Parlement (spécialement la majorité) laisse, en réalité, subsister une dualité technique entre ces deux organes, qui ne saurait être sous-estimée. Le fait qu'ils demeurent techniquement distincts emporte bien entendu de multiples implications juridiques et politiques concrètes sur leur vie respective et sur leurs relations<sup>27</sup>. Nier cette dualité technique interdirait de comprendre le fonctionnement pratique des systèmes parlementaires, par exemple pourquoi un cabinet en principe homogène et majoritaire rencontre parfois des difficultés pour obtenir l'approbation du Parlement à ses projets, ou pourquoi la

25. *Considérations sur le gouvernement représentatif* [1861], trad. Patrick Savidan, Paris, Gallimard, 2009, p. 72.

26. Lord Grey, *Parliamentary Government*, Londres, Bentley, 1858, p. 4.

27. Et cela, indépendamment de l'existence fréquente (partout sauf en Norvège) du droit de dissolution – dont le rôle est souvent surévalué, y compris par Bagehot.

majorité exerce, en dépit des apparences, aussi un certain contrôle sur le gouvernement qu'elle soutient.

Dans cette optique, si parler de « séparation » entre deux « pouvoirs » est essentiellement inadéquat, l'invocation (notamment par les juges) d'un « principe » gouvernant leur articulation signifie autre chose, à savoir : le respect de l'autonomie juridique de chaque institution dans son organisation et ses compétences formelles, telles qu'encadrées par le droit de la Constitution.

Lorsqu'ils sont confrontés à des litiges et contentieux entre gouvernement et assemblées, les juges constitutionnels des pays européens opèrent sur un registre très formel : le respect des compétences respectives, des règles de procédure constitutionnelle ou parlementaire, qui, par exemple, aboutissent aussi bien à reconnaître un « noyau dur » (de compétences) au gouvernement qu'à imposer au Parlement d'exercer pleinement sa compétence législative (jurisprudence de l'incompétence négative et ses équivalents)<sup>28</sup> ou d'imposer des éléments de contrôle parlementaire suffisants comme l'a fait la Cour constitutionnelle allemande en 2009. Les juridictions font prévaloir une lecture formelle, même si elle est parfois sous-tendue par une conception substantielle où affleure encore l'illusion selon laquelle le respect de la « séparation des pouvoirs » est bon en soi et procure la meilleure légitimation démocratique.

135

Pareille attitude n'est peut-être pas critiquable (le passage formel au Parlement préserve au moins la place de la minorité), mais elle est tout de même porteuse d'illusions. Il serait largement vain de rechercher une logique de *checks and balance* entre gouvernement et Parlement dans un système parlementaire moderne. Le pouvoir constitutionnel peut se partager mais non point à la manière d'un gâteau, avec des parts plus ou moins égales : il existe une asymétrie entre les organes de gouvernement (le cabinet et la chambre devant laquelle il est responsable) et les autres. À l'inverse des systèmes présidentiel et directorial, le système parlementaire réalise une solidarité structurelle (juridique et, en principe, politique) entre gouvernement et Parlement. Dans ce contexte, les éléments de partage véritable du pouvoir sont nécessairement d'une autre nature ; ils doivent être recherchés à l'extérieur des réseaux de gouvernement. Ce n'est qu'à partir du moment où la Constitution institue, par le jeu du principe du parlementarisme, une unité complexe de « pouvoirs », que peuvent se développer, ce que, faute d'un meilleur terme, on peut appeler des contre-pouvoirs. Ceux-ci n'ont pas pour objet d'empêcher

28. Armel Le Divellec, *Le Gouvernement parlementaire en Allemagne*, op. cit., n° 78-79.

le couple cabinet-Parlement de gouverner mais peuvent l'assujettir à des tempéraments de nature très diverse qui donnent corps à une logique de mitigation dans l'esprit de l'idée initiale de la séparation des pouvoirs.

UNE LOGIQUE DE MITIGATION :  
LES PRINCIPAUX « CONTRE-POUVOIRS »

La logique d'unité – qui est antinomique d'une logique de séparation – condamne-t-elle toutes les démocraties parlementaires à une pure concentration du pouvoir ? Certes non. Dans tous ces pays, l'existence de la fusion des pouvoirs trouve de forts éléments de mitigation par l'application d'une logique séparatiste qui s'applique en dehors de la sphère de gouvernement proprement dite.

136 Il est évidemment impossible de donner ici un tableau exhaustif de ces éléments dans la trentaine d'États européens actuels ; tout au plus seront énumérés les principaux d'entre eux, en laissant de côté ici notamment la question de ce qu'Olivier Beaud appelle les « séparations faibles<sup>29</sup> ».

*Une véritable séparation :  
la place du (contre-) pouvoir juridictionnel*

Bien qu'elle pose des questions théoriques particulièrement graves, et notamment celle de sa compatibilité principielle avec la reconnaissance simultanée du principe démocratique, l'existence d'un « pouvoir juridictionnel » paraît difficile à nier dans les démocraties libérales aujourd'hui. Par comparaison, il s'agit là sans doute du plus indépendant des pouvoirs. L'idée littérale (et donc le terme) de séparation des pouvoirs (une indépendance organique forte et une nette spécialisation) s'applique bien à lui. Et même si c'est au prix de sacrifices dans la rigueur théorique, il faut se résoudre à admettre que, dans le contexte général contemporain de valorisation idéologique du droit et des juridictions, il existe dans tous les pays européens quelque chose comme un pouvoir juridictionnel. Presque toutes les constitutions écrites européennes consacrent un chapitre spécifique à ce « pouvoir », mentionnent explicitement les principes d'indépendance des juridictions et d'inamovibilité des juges ou autres garanties (notamment par la mise en place, assez répandue, d'institutions de type du Conseil supérieur de la magistrature). L'existence

---

29. Deuxièmes Entretiens du Jeu de Paume, *La Séparation des pouvoirs. Efficacité, vertus, intérêts*, Olivier Beaud et Michel Troper, « Séparations fortes/séparations faibles », à paraître.

de juridictions administratives est reconnue dans une majorité de pays<sup>30</sup>, de même que l'existence d'une Cour constitutionnelle spécifique<sup>31</sup>. L'articulation de cette dernière avec le corps juridictionnel ordinaire varie selon les pays mais l'exceptionnel développement de la justice constitutionnelle depuis soixante ans en Europe participe en tout état de cause du mouvement général de promotion de l'État de droit comme principe justificatif de l'équilibre des pouvoirs dans les démocraties.

Que l'on soit en pratique loin, en dépit de tous les discours classiques, d'un ensemble d'organes complètement « neutres » et appliquant des règles de droit préalablement posées par le peuple souverain et (surtout) ses représentants ne change rien à l'affaire. C'est d'ailleurs précisément parce qu'ils n'ont pas pour fonction d'appliquer mécaniquement la loi et le droit mais qu'ils contribuent en fait à l'énoncer et à le (re)créer que les organes juridictionnels peuvent être considérés comme des contre-pouvoirs. Qu'il s'agisse du contrôle des décisions individuelles ou des normes générales, le pouvoir de gouvernement formé par le couple cabinet-Parlement trouve ici une limite considérable, avec des degrés divers mais guère contestables, dans toutes les démocraties européennes. Pour autant, il est absurde de parler de « gouvernement des juges », formule par trop simpliste. Les juridictions ne sont pas un pouvoir actif, qui se meut de lui-même. Leur sphère d'intervention n'embrasse pas toute la direction de l'État et ils n'exercent pas le pouvoir immédiat.

137

### *Les degrés de la séparation verticale*

Pour la distinguer de la séparation classique dont il a été question jusqu'ici et appelée parfois « horizontale », la séparation « verticale » envisage la question de l'organisation du pouvoir d'un point de vue spatial, en distinguant au sein d'un même corps politique des niveaux, celui du centre et ceux de la périphérie. Sous ce rapport, un large dégradé de solutions est possible et, en l'occurrence, pratiqué en Europe. La structure fédérale d'un État (Allemagne, Autriche, Belgique) constitue bien sûr, en principe, le moyen le plus abouti de limiter la concentration du pouvoir, encore que la vigueur de ce fédéralisme varie considérablement selon les cas. Un niveau intermédiaire peut être vu dans les « États régionalistes », tels que l'Italie et l'Espagne, auxquels on pourrait rattacher le

30. Sauf Chypre, Danemark, Irlande, Malte, Royaume-Uni et Slovénie. Un groupe de pays attribue le contentieux administratif à des sections spécialisées des juridictions ordinaires (modèle espagnol).

31. Les exceptions se raréfient : Royaume-Uni, Grèce, Pays-Bas et pays nordiques.

Royaume-Uni depuis la dévolution adoptée depuis 1998<sup>32</sup>. Restent les différents degrés de décentralisation des États « unitaires », qui forment la grande majorité des démocraties parlementaires européennes. Elle peut être plutôt forte, comme en France, relativement faible dans des pays de petite taille (Danemark, Pays-Bas, Portugal, Luxembourg). En tout état de cause, les situations sont variées, l'aspect financier jouant pratiquement un rôle essentiel (ce qui fait la force de certaines communautés autonomes en Espagne), mais la logique d'atténuation de la concentration du pouvoir existe et peut être considérable.

### *La mitigation par d'autres institutions*

138 La structure bicamérale du Parlement, existant dans 14 États<sup>33</sup> (contre 22 monocaméraux, souvent les plus petits), était jadis un élément essentiel de la doctrine de la balance des pouvoirs et a décliné à mesure de la consécration du primat du principe électif et du suffrage universel. Elle peut encore être vue aujourd'hui comme un élément de mitigation, même si un seul pays, l'Italie, est resté fidèle à l'égalité des deux chambres et que, là encore, le degré pratique de mitigation varie considérablement (par exemple, Bundesrat fort en Allemagne, Sénat faible en Irlande).

Dans le contexte de prédominance de l'équilibre moniste du parlementarisme qui s'est imposé dans la très grande majorité des pays européens, les chefs d'État ont, sauf exception (avant tout celle, notable car sans équivalent, de la France), perdu leur place centrale dans le jeu des pouvoirs. Si bien que, en dépit d'une certaine continuité formelle, il n'est plus pertinent de parler de « gouvernement du président » comme on parlait naguère de « gouvernement du roi ». Généralement relégués dans le rôle de magistrature morale, ils peuvent être vus aujourd'hui comme des contre-pouvoirs, extérieurs au couple cabinet-Parlement. Parfois dotés de moyens ponctuels d'intervention dans les processus de décision politique, ils peuvent jouer un rôle modérateur ou un rôle ponctuel de frein (cas du président Klaus en République tchèque). Plus vivace dans les républiques que dans les monarchies, cette possibilité d'action va rarement jusqu'à la résolution active des crises, comme le président italien notamment depuis vingt ans. Si de telles situations arrivent (notamment dans les jeunes démocraties de l'Est, souvent peu

32. Par le *Scotland Act* du 19 novembre 1998, le Parlement du Royaume-Uni a conféré des compétences propres au Parlement d'Écosse nouvellement créé.

33. Allemagne, Autriche, Belgique, Espagne, France, Irlande, Italie, Pays-Bas, Pologne, République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni, Slovénie et Bosnie-Herzégovine.



stabilisées), elles sont surtout la conséquence de dysfonctionnements du jeu parlementaire, c'est-à-dire essentiellement des forces politiques.

L'opposition (parlementaire) peut-elle être considérée comme un contre-pouvoir ? Il ne s'agit, certes, pas d'un organe de l'État mais peut-on dire qu'elle se réduit à une agrégation momentanée de députés défaits lors d'un vote au Parlement ? À l'évidence, la théorie constitutionnelle moderne n'est pas parvenue à conceptualiser de manière satisfaisante le phénomène de l'opposition, dont il serait absurde de nier l'importance consubstantielle au système parlementaire de gouvernement. On sait que, comme pour le phénomène pareillement délicat à cerner des partis politiques, le droit a laborieusement tenté, dans de quelques trop rares pays, de reconnaître et d'encadrer quelque peu l'opposition<sup>34</sup>. Quoi qu'il en soit de la netteté de son identification en situation de multipartisme (ce qui est la règle dans tous les pays européens), la place concrète de l'opposition dépend largement des moyens concrets mis à sa disposition – ou au moins à la disposition de la minorité – par le droit. Sous ce rapport, c'est l'étude minutieuse des réglementations sur le financement de l'activité politique, l'expression dans les médias, et les règlements des assemblées qui permet d'évaluer les possibilités offertes à l'opposition de jouer un rôle de vigie démocratique dans le débat public.

139

Enfin, sans revenir sur le rôle spécifique (mais bien connu dans son principe) des Cours constitutionnelles, il est d'autres institutions qui ont fait peu à peu leur entrée dans les constitutions européennes. Elles tendent à se généraliser et s'insèrent dans cette logique de mitigation complémentaire de la fusion des pouvoirs de gouvernement : citons ici l'Ombudsman suédois, modèle transposé *mutatis mutandis* dans tous les États européens sous les formes de Médiateur de la République ou de Défenseur des citoyens ; de même, les nombreuses autorités administratives indépendantes et autorités de régulation. Par-delà leur grande diversité, ces institutions remplissent, à leur manière, un rôle de mitigation, dans une position intermédiaire entre pouvoir administratif, juridictionnel et parlementaire.

La liste n'est pas exhaustive. On pourrait s'interroger sur la forme de mitigation que peut produire l'intervention institutionnalisée du pouvoir de suffrage, autrement dit les instruments de démocratie participative (référendum mais surtout initiative populaire).

---

34. La Constitution de Malte est la seule à donner un statut au leader de l'opposition (art. 90).

R É S U M É

---

*Si elle reste un mythe célébré encore aujourd'hui, la séparation des pouvoirs n'existe pas en tant que principe juridique univoque qui serait opératoire dans le constitutionnalisme libéral et démocratique. En revanche, les régimes politiques contemporains reposent tous sur un principe constitutionnel de distinction d'organes et de fonctions dont l'articulation, selon des schémas variés, est structurante pour eux. Toutes les démocraties parlementaires européennes connaissent, dans des termes essentiellement voisins, la même coexistence de deux logiques, l'une de fusion organique et fonctionnelle des pouvoirs de gouvernement (cabinet et Parlement), l'autre, de mitigation à travers des contre-pouvoirs extérieurs au couple cabinet-Parlement.*