

DE L'USAGE
DES POUVOIRS NEUTRES

Parmi les questions que la problématique de l'équilibre des pouvoirs soulève, celle de la possibilité d'un pouvoir neutre ou préservateur revient de manière récurrente. La division qui règne entre les pouvoirs avive le besoin d'une instance régulatrice. Ceci s'exprime distinctement sous la plume de Patrice Rolland, lorsqu'il affirme : « L'idée qu'il faille préserver les institutions est aussi ancienne que les institutions politiques elles-mêmes. Elle prend une tournure particulière dans le cas de pouvoirs séparés ou divisés¹. » La coloration donnée à un tel pouvoir neutre et la compréhension que l'on aurait de sa mission se trouvent très dépendantes de l'attribution de cette fonction à l'un ou l'autre organe étatique. Traditionnellement, et comme le rappelle Karl Doehring en 1964, deux institutions pouvaient prétendre à la fonction de pouvoir neutre : la présidence et la Cour constitutionnelle². Au xx^e siècle, cette alternative a été explorée et mise en relief par la controverse qui a opposé les juristes Hans Kelsen et Carl Schmitt, le premier confiant le pouvoir neutre à une Cour constitutionnelle et le second à la présidence. Comme nous l'examinerons ultérieurement, ces deux types de pouvoir neutre sont chacun l'incarnation d'une définition particulière de l'équilibre des pouvoirs et achoppent sur la définition même qu'il faut donner au terme de neutralité.

17

Qu'en est-il aujourd'hui de la réflexion sur ce sujet ? Il fait l'objet d'une interrogation persistante, relayée, à titre d'exemple, par Matthias Herdegen qui, en 2009, se demande si la possibilité d'un pouvoir neutre existe

1. Patrice Rolland, « Comment préserver les institutions politiques ? La théorie du pouvoir neutre chez B. Constant », *Revue française d'histoire des idées politiques*, n° 27, 2008, p. 44

2. Karl Doehring, « Der "Pouvoir neutre" und das Grundgesetz », *Der Staat*, n° 3, 1964, p. 201.

encore dans les États de droit démocratiques contemporains³. Peu avant, Patrice Rolland posait la même question : « L'idée d'un pouvoir préserveur des institutions est-elle définitivement impensable, du moins en démocratie, face à la volonté souveraine⁴ ? » Ce débat se trouve enrichi par l'émergence, depuis quelques décennies, d'un autre type de pouvoir neutre dans le paysage institutionnel, celui des autorités de régulation (ou autorités administratives indépendantes)⁵.

18 Nous nous proposons ici de revenir sur ces trois conceptions du pouvoir neutre incarnées par la présidence, la juridiction constitutionnelle et les autorités de régulation. Cet examen sera l'occasion de les interroger, premièrement, sur leur définition particulière de la neutralité ou de l'indépendance, deuxièmement sur le type de danger dont elles sont censées préserver les institutions (ce qui revient à poser la question de leur légitimité), et troisièmement sur le lien qu'elles entretiennent avec le principe de séparation des pouvoirs. Il faut souligner que ces trois différentes conceptions du pouvoir neutre interviennent toutes à leur manière dans l'équilibre des pouvoirs, le plus souvent pour en bousculer la compréhension, ce qui conséquemment les expose à de vives critiques.

DE LA NEUTRALITÉ

Avant d'en venir à la caractérisation de ces différents types de pouvoir neutre, il faut se pencher un instant sur la notion de neutralité et les sens qui peuvent lui être attachés. Un des mérites de Carl Schmitt est d'être parvenu à offrir une typologie satisfaisante, dont certes il tire profit pour appuyer ses propositions, mais qui n'en demeure pas moins utile pour caractériser les différents types de « neutralité » et, en dernier lieu, de pouvoir neutre. Dans un article paru en 1931⁶, Schmitt distingue deux compréhensions générales antagoniques du concept de neutralité. D'une part, les significations négatives du terme de neutralité ne requérant pas la décision, qui comprennent notamment la neutralité au sens de

3. Matthias Herdegen, « Verfassungsgerichtsbarkeit als *pouvoir neutre* », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, n° 69, 2009, p. 257.

4. Patrice Rolland, art. cit., p. 72.

5. Par commodité, nous utiliserons le terme d'« autorité de régulation » pour désigner des instances telles que le Conseil de la concurrence, le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) ou le Conseil national de l'informatique et des libertés (CNIL).

6. Carl Schmitt, « Exposé sommaire des différentes significations et fonctions du concept de neutralité de l'État en matière de politique intérieure » [1^{re} éd. 1931], in *La Notion de politique*, Paris, Calmann-Lévy, 1972, p. 159-164. Les citations qui suivent font référence à cet article.

non-intervention ou de tolérance passive. D'autre part, une seconde catégorie de neutralité permettant la décision, et dont nous détaillerons davantage les acceptions puisqu'elles rendent intelligible la notion de pouvoir neutre. Quelles sont-elles ? Premièrement, « la neutralité au sens d'objectivité et d'impartialité fondée sur une norme confirmée » : elle est caractéristique de la neutralité du juge, tributaire d'une loi dont le contenu est déterminé. Si ce type de neutralité aboutit à une décision, elle n'est toutefois pas de nature politique, selon Schmitt⁷. Deuxièmement, la neutralité « fondée sur une compétence libre de tous intérêts égoïstes » : elle est propre à l'expert, qui se détermine abstraction faite des intérêts en présence. Troisièmement, la « neutralité en tant qu'expression d'une totalité et d'une unité qui englobe tous les regroupements antagonistes, les relativisant de ce fait même » : « C'est la neutralité de la décision étatique qui, face au fractionnement et au partage de l'État en partis et en intérêts particuliers, tranche les conflits intra-étatiques, lorsque cette décision fait valoir l'intérêt de l'État en tant que totalité. » C'est la neutralité du président (en l'occurrence celui du Reich) qui est ici en vue. Quatrièmement, la « neutralité de l'État tiers qui prend une décision en vue de dissoudre les antagonismes internes ». Ce serait la particularité d'un pays protecteur à l'égard d'un pays sous protectorat, Schmitt évoque ici l'exemple de l'Inde sous domination britannique⁸. Dans notre argument, nous nous attarderons plus particulièrement sur les trois premières acceptions du terme, qui renvoient, à notre sens, à trois conceptions possibles du pouvoir neutre en démocratie, celui de la juridiction constitutionnelle, celui des autorités de régulation et celui de la présidence. Dès lors, examinons chacune d'entre elles pour saisir les enjeux politiques et institutionnels du type de neutralité qu'elles incarnent.

19

POUVOIR NEUTRE ET PRÉSIDENTE

Lorsque Schmitt insère sa typologie à la fois dans *La Notion de politique* et dans *Der Hüter der Verfassung*, c'est en vue d'exposer et de justifier la notion de pouvoir neutre qu'il confiera au président du Reich. Le sens de ce pouvoir est à rattacher à la troisième acception décrite précédemment, celui de la « neutralité en tant qu'expression d'une

7. En opposition à Schmitt, Kelsen considère que la décision du juge constitutionnel exerce aussi une fonction politique, cf. *infra* note 21.

8. On pourrait aujourd'hui mentionner les accords de Dayton, sous l'égide de la communauté internationale, visant à pacifier le conflit ethnique de Bosnie-Herzégovine et faisant de cet État un protectorat de fait.

totalité et d'une unité qui englobe tous les regroupements antagonistes, les relativisant de ce fait même ». La discussion menée par Schmitt sur l'attribution d'un pouvoir neutre à un organe particulier se réalise en référence explicite aux propositions de Benjamin Constant. Dans *Cours de politique constitutionnelle*, ce dernier affirme la nécessité d'une autorité désintéressée et indépendante des autres, confiée au monarque, qui soit en mesure de restaurer l'ordre et l'équilibre, lorsque les pouvoirs s'opposent sans conciliation possible :

20 « Les trois pouvoirs politiques, tels qu'on les a connus jusqu'ici, le pouvoir exécutif, législatif et judiciaire, sont trois ressorts qui doivent coopérer, chacun dans sa partie, au mouvement général; mais quand ces ressorts dérangés se croisent, s'entrechoquent et s'entravent, il faut une force qui les remette à leur place. Cette force ne peut être dans l'un de ces ressorts, car elle lui servirait à détruire les autres; il faut qu'elle soit en dehors, qu'elle soit neutre, en quelque sorte, pour que son action s'applique partout où il est nécessaire qu'elle soit appliquée, et pour qu'elle soit préservatrice et réparatrice, sans être hostile. Le roi est au milieu de ces trois pouvoirs, autorité neutre et intermédiaire, sans aucun intérêt bien entendu à déranger *l'équilibre*, et ayant, au contraire, tout intérêt à le maintenir⁹. »

Aussi, la question qui s'impose à Schmitt et à laquelle il est pressé de répondre est la suivante : comment réaliser une transposition du rôle du monarque – celui auquel Constant destine le pouvoir neutre¹⁰ et dont le juriste allemand s'inspire – à celui du président du Reich ? En d'autres termes, comment rendre consistante cette fonction préservatrice, et surtout en démontrer l'indépendance, lorsqu'elle est associée à la présidence dans un État démocratique ? Selon Schmitt, l'indépendance du président serait simultanément la condition et la conséquence d'une des tâches fondamentales qui lui sont confiées, en l'occurrence la représentation de l'unité et de la totalité constitutionnelle du peuple allemand¹¹. Mais de quelle unité s'agit-il et surtout qu'est-ce qui est en mesure de la menacer ? C'est dans la réponse donnée à cette dernière question que réside finalement le sens de la neutralité schmittienne. Selon le juriste, la division vient le plus souvent des arènes parlementaires, factieuses et acéphales, auxquelles il faut opposer un contrepoids. Neutre

9. Benjamin Constant, *Cours de politique constitutionnelle (1818-1820)*, Genève-Paris, Slatkine, 1982, p. 178; nous soulignons.

10. *Ibid.*, p. 181.

11. Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung* [1^{re} éd. 1931], Berlin, Duncker & Humblot, 1996, p. 136.

signifie donc ici libre des influences de l'arène parlementaire. Cette neutralité devient si active – elle est présentée comme un dispositif de limitation du pouvoir du Reichstag – qu'elle risque de se vider de son sens, ce que Kelsen ne tardera pas à relever. Une telle neutralité, que Schmitt souhaite voir se renforcer encore, a connu sa réalisation tragique dans l'épisode weimarien du cabinet présidentiel : en 1930, le gouvernement était pratiquement parvenu à exercer son pouvoir indépendamment du Reichstag, notamment par les ordonnances d'urgence¹².

Si Schmitt est un des juristes qui a défendu avec le plus de radicalisme le pouvoir neutre attribué au président du Reich, il se place dans la continuité d'autres auteurs allemands. Le président, dans sa fonction de représentant de l'unité, de contrepoids par rapport au Reichstag, émane de l'esprit même des constituants, notamment de celui de Hugo Preuss, comme Carl Schmitt le relève dans *Der Hüter der Verfassung*, en reprenant d'ailleurs ses propos : « Dans l'Assemblée constituante [...], Hugo Preuss affirme que le rôle de contrepoids au Reichstag n'était "que l'une des fonctions du président du Reich". "L'essentiel est autre : incarner une sorte de centre, un pôle stable dans la Constitution"¹³. »

21

Ce rôle de pouvoir « neutre-rassembleur » s'enracine aussi dans la doctrine wébérienne du président du Reich. Wolfgang Mommsen, dans son ouvrage intitulé *Max Weber et la Politique allemande*, atteste cette filiation : « Sa théorie [celle de Carl Schmitt] de l'autorité plébiscitaire du président du Reich comme représentant de la volonté collective du peuple, en opposition au pluralisme des partis, est un prolongement certes unilatéral, mais placé dans la mouvance des exigences wébériennes. Chez Weber également, le président du Reich était placé essentiellement comme contrepoids des errements mesquins des parlements acéphales et conçu comme soupape de la sélection des chefs dans une société bureaucratique tendant vers une polycratie acéphale¹⁴. » Selon Weber, la doctrine du président du Reich se présente comme un palliatif aux failles de la doctrine libérale de la balance des pouvoirs. Il s'agit de soustraire le rôle du chef d'État à la concurrence des organes étatiques, de s'assurer durablement d'un contrepoids par rapport à l'État de partis,

12. Charles Eisenmann, « Bonn et Weimar, deux Constitutions de l'Allemagne » [1^{re} éd. 1950], in Charles Leben (dir.), *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Panthéon-Assas, 2002, p. 483.

13. *Op. cit.*, p. 138, traduction reprise de l'introduction à Hans Kelsen, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, Paris, Michel Houdiard Éditeur, 2006, p. 33.

14. Wolfgang Mommsen, *Max Weber et la Politique allemande (1890-1920)* [1^{re} éd. 1959], PUF, 1985, p. 479.

au pluralisme et au parlementarisme. Cette préoccupation est particulièrement tangible dans l'article de Weber « Der Reichspräsident », paru en 1919¹⁵. Pour Weber, Preuss, mais également pour Schmitt, les points d'ancrage de l'équilibre politique résident dans la présidence, en tant qu'elle assure l'unité, c'est à ce titre que Schmitt lui confère explicitement la fonction de pouvoir neutre.

LE POUVOIR PRÉSERVATEUR DE LA JURIDICTION CONSTITUTIONNELLE

22 Comme examiné précédemment, l'idée même d'un pouvoir neutre ou préservateur se structure autour d'une conception – variable selon les auteurs – de l'équilibre des pouvoirs. La présidence comme incarnation de ce pouvoir régulateur, prétendue *überparteilich* (neutre, littéralement « au-dessus des partis »), entre en concurrence avec une conception rivale, défendue notamment par Hans Kelsen. Pour le juriste autrichien, ce n'est pas la fonction présidentielle mais la Constitution qui est le « principe où s'exprime *juridiquement l'équilibre des forces politiques*¹⁶ ». En 1931, l'année même de la parution de *Der Hüter der Verfassung*, Hans Kelsen réplique à Carl Schmitt, dans un ouvrage intitulé *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*. Il y défend âprement l'idée d'une Cour constitutionnelle et démontre ainsi les vices relatifs au projet de Carl Schmitt d'attribuer au président du Reich le rôle de pouvoir neutre.

Dans la discussion sur le pouvoir préservateur – qui se structure ici autour du terme de « gardien de la Constitution » –, un seul aspect, selon Kelsen, n'est pas sujet à débat : l'indépendance de celui qui est ou sera en charge de cette mission, ce qu'il résume dans cette formule laconique « on ne peut pas être juge de ses propres affaires¹⁷ ». Cet argument lui servira dans *Qui doit être le gardien de la Constitution ?* à réhabiliter la Cour constitutionnelle et à discréditer le président du Reich en tant que pouvoir neutre. Au sommet de l'exécutif, celui-ci ne peut en aucun cas prétendre à une quelconque indépendance, étant entendu qu'il peut prendre lui-même l'initiative de violer la Constitution. Les attributions gouvernementales, notamment celles qui relèvent du fameux article 48 de

15. Max Weber, « Der Reichspräsident », *Berliner Börsenzeitung*, 25 février 1919.

16. Hans Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *La Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1928, p. 8 ; nous soulignons.

17. Hans Kelsen, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, *op. cit.*, p. 65.

la Constitution de la République de Weimar¹⁸, doivent également pouvoir être examinées dans leur conformité à la Constitution. Cette évaluation ne peut pas, selon le principe d'indépendance, procéder de l'exécutif.

« La garantie de la Constitution suppose que les limites juridiques ne soient pas outrepassées. Si une chose n'est pas à mettre en doute, c'est qu'à une telle fonction aucune autre instance n'est moins appropriée que celle à laquelle la Constitution confère justement l'exercice du pouvoir – que ce soit en tout ou partie –, et qui a donc les moyens juridiques à portée de main, et peut prendre l'initiative politique de violer la Constitution. Car tout le monde s'accorde sur ce principe de technique juridique: personne ne peut être juge de ses propres affaires¹⁹. »

La notion de pouvoir régulateur apparaît donc intimement liée à une conception particulière de l'équilibre des pouvoirs. Pour Kelsen, la répartition de la puissance entre les différents organes permet non seulement d'empêcher la concentration d'un pouvoir entre les mains d'un seul organe, mais encore de garantir « la régularité du fonctionnement des différents organes²⁰ ». C'est à ce titre que la justice constitutionnelle devient « l'affirmation du principe de la séparation des pouvoirs²¹ » et donc le pouvoir préservateur.

23

Si Schmitt s'est totalement approprié le concept de pouvoir neutre, dans la tradition constantinienne dont il s'inspire, Kelsen semble plus réticent à utiliser cette même notion, très vraisemblablement parce qu'il voit dans le terme de neutralité une éventuelle fourberie intellectuelle. Tout pouvoir – plus particulièrement encore ceux qui participent au dispositif d'équilibrage – est politique. Si cela vaut pour la présidence ou les Assemblées, cela vaut également pour la juridiction constitutionnelle, dont Kelsen assume parfaitement le caractère politique:

« En autorisant le juge, à l'intérieur de certaines limites, à trancher entre des intérêts contradictoires et à résoudre un conflit au profit de l'un ou de l'autre, le législateur lui confère une compétence de création du droit et donc un pouvoir qui donne à la fonction judiciaire ce même caractère "politique" qu'au pouvoir législatif, même si celui-ci l'exerce dans une

18. Dans son alinéa 2, l'article 48 de la Constitution de Weimar prévoit: « Le président du Reich peut, lorsque la sûreté et l'ordre publics sont gravement troublés ou compromis dans le Reich allemand, prendre les mesures nécessaires à leur rétablissement; en cas de besoin, il peut recourir à la force armée. À cette fin, il peut suspendre totalement ou partiellement l'exercice des droits fondamentaux garantis aux articles 114, 115, 117, 118, 123, 124 et 153. »

19. Hans Kelsen, *Qui doit être le gardien de la Constitution?*, Michel Houdiard, 2006, p. 64-65.

20. Hans Kelsen, *La Garantie juridictionnelle de la Constitution?*, *op. cit.*, p. 29.

21. *Ibid.*

plus large mesure. Entre le caractère politique de la législation et celui de la justice, il n’y a qu’une différence quantitative et non qualitative²². »

La conception kelsénienne du pouvoir préservateur attribué à la juridiction constitutionnelle trouve aujourd’hui des appuis importants, dont celui de Patrice Rolland pour lequel le véritable gardien de la Constitution serait aujourd’hui le juge constitutionnel. À son sens, il est « le seul véritable pouvoir neutre au sens où il ne constitue pas un pouvoir “actif” et où on peut le tenir comme indépendant des deux autres²³ ». C’est bien dans ce rôle de modération et de gardien des libertés garanties constitutionnellement que se situe sa légitimité. Cette conception n’est toutefois pas dénuée de critiques, une part d’entre elles porte sur le fait qu’elle contreviendrait à la distribution classique des pouvoirs. En effet, autoriser la juridiction constitutionnelle à invalider une norme, c’est

24 lui permettre de se substituer au rôle du législateur et donc d’entraver le principe de la séparation des pouvoirs. Ce sera notamment l’objection de Schmitt. Dans « La garantie juridictionnelle de la Constitution », Kelsen réagit contre l’objection qui entrevoit dans les activités de la Cour constitutionnelle une entorse au principe de séparation des pouvoirs. Pour lui, le Tribunal constitutionnel n’intervient pas indûment dans la sphère du législatif, puisqu’il est lui-même dépositaire d’une fonction législative : « Un tribunal qui a le pouvoir d’annuler les lois est [...] un organe du pouvoir législatif²⁴. » C’est sa doctrine du législateur négatif qui est ici en vue, et qui sera précisée dans *Qui doit être le gardien de la Constitution ?* Ainsi, plutôt que de percevoir dans l’annulation d’une loi par une Cour constitutionnelle une interférence dans la fonction législative, Kelsen comprend cet état de choses comme l’attribution de la fonction législative à deux organes. Si l’on privilégie cette interprétation, il n’est plus possible de considérer l’annulation d’une loi par un Tribunal constitutionnel comme la violation du principe de séparation des pouvoirs, puisque celui-ci est également habilité à la fonction législative, même si c’est dans une moindre mesure que le Parlement.

LA NEUTRALITÉ PAR L’IMPARTIALITÉ DES AUTORITÉS DE RÉGULATION

Depuis quelques décennies, on assiste à l’émergence d’une nouvelle forme de pouvoir neutre que l’on qualifie diversement : « Au Royaume-Uni

22. Hans Kelsen, *Qui doit être le gardien de la Constitution ?*, op. cit., p. 75-76.

23. Patrice Rolland, art. cité, p. 72.

24. Hans Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », art. cité, p. 29.

de Non-departmental Public Bodies, ou encore de Quasi Autonomous non-governmental Organisations (Quangos), d'Independent Regulatory Agencies aux États-Unis, ou d'Autorités administratives indépendantes en France²⁵. » Cette forme récente bouscule également la compréhension conventionnelle que l'on peut avoir de la séparation des pouvoirs, d'abord en ceci que les autorités de régulation forment des organes administratifs bénéficiant d'une indépendance à l'égard de l'exécutif, tout en se trouvant dotées de compétences réglementaires, de sanction ou parfois même des deux. Comme le rappelle Jacques Chevallier, la fonction des autorités de régulation n'est pas celle de la gestion, mais bien celle de la régulation – selon leur propre qualification : elles encadrent « le développement d'un secteur de la vie sociale, en s'efforçant d'assurer le respect de certains *équilibres*²⁶ ».

L'irruption des autorités de régulation révèle un glissement dans la compréhension de la légitimité de l'autorité publique, comme l'analyse avec acuité Marie-Charlotte Roques-Bonnet, en examinant le cas français. Si, précédemment, la modération réciproque des pouvoirs constituait la garantie des libertés publiques (et des droits individuels), ce principe de légitimité semble s'épuiser ou à tout le moins s'émousser face au phénomène des autorités de régulation : « En basculant du pouvoir exécutif vers un réseau d'autorités administratives indépendantes, la France bascule de la République des mandats politiques à celle des experts techniques, d'une légitimité institutionnelle présupposée vers une compétence spéciale acquise²⁷. »

La légitimité des autorités de régulation repose sur deux exigences qui s'entrecroisent : d'une part, elles satisfont une demande accrue de compétence, d'expertise, le plus souvent pour enrichir et affiner « les capacités techniques des administrations publiques²⁸ » et, d'autre part, elles

25

25. Pierre Rosanvallon, *La Légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Seuil, 2008, p. 121.

26. Jacques Chevallier, « Réflexions sur l'institution des autorités administratives indépendantes », *La Semaine juridique, Juris-classeur périodique*, n° 30-32, 6 août 1986, I.3254, [8]; nous soulignons. Cette dimension de l'équilibre est également présente dans la définition de la régulation donnée par Nino Longobardini : « Par régulation, on entend la tâche qui consiste à assurer dans un certain domaine le type d'équilibre entre les intérêts voulu par la loi, et l'on souligne surtout le recours à des moyens préventifs et informels, ainsi que la nécessité d'une action d'arbitrage entre les intérêts en question », « Autorités administratives indépendantes et position institutionnelle de l'administration publique », *Revue française de droit administratif*, n° 2, 1995, p. 388-389.

27. Marie-Charlotte Roques-Bonnet, « Les blocs de pouvoirs “éclipsés” par les autorités administratives en réseau : vers la fin des contre-pouvoirs ? », *VII^e Congrès français de droit constitutionnel*, Congrès de Paris, 25-27 septembre 2008, p. 3.

28. *Ibid.*, p. 8.

répondent à une nouvelle demande sociale d'impartialité, dans ce sens-ci de neutralité²⁹. Comme le rappelle Pierre Rosanvallon, ce nouveau type de légitimité se trouve aujourd'hui porté par une « préférence sociale », qui a d'ailleurs pu être vérifiée par des enquêtes menées notamment par Nonna Meyer³⁰. Ces dernières démontrent en effet que lorsque l'on pose la question de l'instance qui devrait être en charge d'examiner les liens entre des problèmes de santé publique et le voisinage de centrales nucléaires, les personnes interrogées expriment une préférence marquée pour les associations scientifiques indépendantes, au détriment par exemple du ministère national de l'Industrie. C'est précisément dans cette indépendance – valorisée par le public – que se situe la particularité distinctive des autorités de régulation³¹. L'indépendance protège non seulement les citoyens de l'influence des groupes d'intérêts, mais également de celle des pouvoirs politiques, jugés trop sensibles aux considérations partisans. Selon Chevallier, « si l'insertion dans l'État, assortie du statut administratif, était censée satisfaire la première exigence, elle était insuffisante pour assurer l'émancipation politique de ces autorités, puisque, d'après les règles du droit public, l'administration est subordonnée au gouvernement en place³² ».

C'est dans la spécificité des autorités de régulation – leur indépendance – que réside l'ambivalence qu'elles suscitent. D'une part, une telle autonomie à l'égard de l'ensemble des pouvoirs étatiques peut être interprétée comme une forme de dépossession pour le politique. Les autorités de régulation échapperaient directement ou indirectement au contrôle des élus, qu'il s'agisse du Parlement ou du gouvernement. D'autre part, on peut considérer que cette indépendance, nécessairement associée à un déficit démocratique, constitue la condition de l'impartialité et de la neutralité et ultimement de la légitimité de ces autorités.

Les trois conceptions du pouvoir préservateur envisagées dans cet article sont dominées par une inquiétude distinctive qui suscite des réponses nécessairement variées. Carl Schmitt et une partie des constitutionnalistes de la République de Weimar se sont focalisés sur la menace que

29. Voir également Giandomenico Majone, « The Regulatory State and its Legitimacy Problems », *West European Politics*, vol. 22, n° 1, 1999, p. 1-24.

30. Nonna Mayer, « Les dimensions de la confiance », in Gérard Grunberg, Nonna Mayer et Paul M. Sniderman, *La Démocratie à l'épreuve*, Paris, Presses de Sciences Po, 2002, p. 87-107.

31. Jacques Chevallier, art. cité, [14].

32. *Ibid.*

représente le législatif dans l'équilibre constitutionnel. Selon Schmitt, à l'instar de Weber et Preuss, le déséquilibre viendrait d'un législatif hypertrophique, fragmenté et acéphale. En revanche, pour Kelsen (et les partisans de la juridiction constitutionnelle comme incarnation du pouvoir préservateur), si le législateur représente une menace possible dans son éventuel non-respect des dispositions constitutionnelles, l'exécutif présidentiel l'est tout autant. Il doit également être mis sous surveillance et évalué dans sa conformité à la Constitution. Finalement, les autorités de régulation émergent pour protéger la vie publique de deux périls : à la fois l'incompétence et l'esprit partisan, ce dernier préoccupait du reste également les constituants de la République de Weimar. Contre ces menaces, les instances que sont la présidence, la juridiction constitutionnelle et les autorités de régulation prétendent restaurer un équilibre, dont les points d'Archimède diffèrent substantiellement. Ces trois types de pouvoir neutre ont toutefois ceci de commun que les correctifs qu'ils réalisent agissent en profondeur sur le fonctionnement des démocraties : à ce titre ils n'ont de « neutre » que leur étiquette.

27

R É S U M É

La notion de pouvoir neutre a connu essentiellement trois traductions institutionnelles dans les régimes démocratiques : la présidence, la juridiction constitutionnelle et plus récemment les autorités de régulation. Ces instances se sont approprié d'une manière particulière le concept de neutralité et ont défini leur rôle en fonction d'un équilibre institutionnel à restaurer. C'est dans les correctifs que ces pouvoirs neutres réalisent que résident à la fois la légitimité de leur pouvoir, mais aussi les critiques très vives qu'ils inspirent.