Olivier Beaud

LA MULTIPLICATION DES POUVOIRS

Quand on définit largement le pouvoir, on le décrit comme « un phénomène de commandement et d'obéissance, faisant naître une relation inégalitaire (asymétrique) entre les gouvernants et les gouvernés[1] ». Quand le droit constitutionnel tente de saisir cette notion, il considère que ce terme de *pouvoir* « renvoie plus précisément à l'exercice de la souveraineté et présente un caractère originel : le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, dont sont investis certains organes, qui constituent les pouvoirs publics[2] ». Mais on imagine aisément que la définition n'est pas univoque chez les juristes de droit constitutionnel qui ont aussi tendance à opposer le « pouvoir-organe » au « pouvoir-fonction », la fonction se référant à l'usage d'une prérogative juridique (exemple : le pouvoir législatif, c'est le pouvoir d'édicter un acte juridique appelé loi), tandis que l'organe se réfère à l'autorité chargée de cette fonction (on dira, par exemple, que le Parlement est l'organe législatif). Cette ambivalence du mot de pouvoir – fonction ou bien organe – est à l'origine d'une multitude de malentendus, notamment à propos de la signification exacte du concept de « séparation des pouvoirs », objet de la présente livraison.

Une chose est implicitement commune à toutes ces acceptions du terme de pouvoir : elles présupposent qu'il est affecté à l'État et qu'il est de nature politique. Voilà très schématiquement exposée ce qu'on pourrait appeler, sans acception péjorative, la vulgate constitutionnaliste. En nous invitant à traiter de « la multiplication des pouvoirs », la revue *Pouvoirs* nous suggère de prendre quelque liberté à l'égard de cette façon

1. Armel Le Divellec et Michel de Villiers, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, 8e éd., Paris, Sirey, 2011.

2. Pierre Avril et Jean Gicquel, *Lexique de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2011, p. 97.

traditionnelle de présenter les pouvoirs en droit constitutionnel. On ne va pas s'en priver en montrant, d'une part, que Maurice Hauriou, en réfléchissant à une formulation hétérodoxe de la séparation des pouvoirs, avait été précurseur en matière d'invention de pouvoirs inédits, et, d'autre part, qu'il est possible, de nos jours, d'inventorier quelques pouvoirs susceptibles de concurrencer le pouvoir politique.

Une tentative ancienne de penser la multiplication des pouvoirs : Hauriou et la séparation des pouvoirs

Dans *Principes de droit public*[3], son grand ouvrage de théorie de l'État parfois cité, mais rarement lu, Maurice Hauriou envisage une théorie
48 de la séparation *matérielle* des pouvoirs dans ses développements sur le « régime civil de l'État » qu'il définit comme « le régime de liberté et d'égalité institué par l'organisme politique afin que l'automatisme de la société économique puisse jouer à l'intérieur de l'État »[4].

Séparation des pouvoirs économique et politique

Ce régime repose sur une série de séparations dont certaines portent sur une grande variété de pouvoirs qui ont pour caractéristiques de ne pas toujours être des pouvoirs étatiques. On le comprend vite quand on examine la première de ces séparations, celle entre le pouvoir économique et le pouvoir politique. Dans la préface à la seconde édition de ces *Principes*, Hauriou écrit que « le phénomène de l'État doit être considéré comme spécial, déterminé et limité, toutes les organisations politiques des nations ne méritent pas le nom d'État. *Il n'y a État, au sens propre du mot, que lorsque, dans une nation, s'est instauré le régime civil*, c'est-à-dire, *lorsque le pouvoir politique de domination s'est séparé de la propriété privée*, a revêtu l'aspect d'une puissance publique[5] ». Autrement dit, l'État moderne, constitué à l'occidentale, repose sur la « séparation fondamentale entre le pouvoir politique et le pouvoir économique » qui est fondé sur le principe suivant : « *aucun mélange de*

3. Il n'y a plus d'excuse à ne pas le connaître car la première édition (1910) vient d'être rééditée chez Dalloz, 2010, ici cité, *PdP1*. On citera aussi la seconde édition *Principes de droit public*, 2e éd., Sirey, 1916, *PdP2*. Toutes les citations suivantes sont tirées de cet ouvrage. Nous soulignons.

4. *PdP2*, p. 381.

5. *PdP2*, p. VII.

propriété et de souveraineté[6] ». Hauriou a exposé cette distinction dans un chapitre fondamental de ce livre qui s'intitule « L'équilibre politico-économique »[7] dans lequel il décrit la coexistence des deux pouvoirs. Le « pouvoir économique réside dans la faculté de procurer autour de soi la subsistance », tandis que « le pouvoir politique consiste dans la faculté de créer des situations juridiques avantageuses qui ensuite fournissent à l'occupant des ressources alimentaires ». Dans ce qu'il appelle le régime d'État, qui n'est ni communiste (collectiviste) ni féodal, « le pouvoir économique et le pouvoir politique sont séparables et généralement séparés ». Certes, les capitalistes détiennent le pouvoir économique car ils disposent de la propriété et de l'argent, « ils font travailler et salarient le travail », mais ils n'ont pas nécessairement le pouvoir politique qui peut appartenir à d'autres hommes, les gouvernants. Il en résulte que « les uns profiteront des capitalistes, les autres des hommes politiques, le reste bénéficiera des mesures générales qui auront été prises, des lois protectrices qui auront été votées. Dans cet état d'équilibre, une certaine liberté peut s'établir pour la majorité des individus, et il peut se constituer une classe moyenne ». Mais « au contraire, hors du régime d'État, aussi bien dans les institutions patrimoniales qui l'ont précédé, que dans la société collectiviste qui menace de le suivre, ces garanties de liberté disparaissent parce que le pouvoir politique et le pouvoir économique retombent dans les mêmes mains. Sous le régime féodal, c'est une observation classique que propriété et souveraineté sont confondues. Or, propriété signifiant pouvoir économique et souveraineté pouvoir politique, cela revient à dire que le même homme puissant dispose à la fois de la terre, qui est la richesse du moment, et des situations juridiques ». Selon Hauriou, la première des séparations, cette séparation fondamentale qui repose sur l'opposition entre propriété et souveraineté, a permis de sortir de la féodalité, d'un côté, mais, de l'autre, elle permet de tracer une ligne de démarcation entre l'État capitaliste et l'État collectiviste.

Si l'on devait actualiser cette pensée, on pourrait examiner le destin des nationalisations sous les différentes Républiques, que ce soit en 1936 ou en 1982. Acte de souveraineté, la nationalisation est un acte d'intrusion du pouvoir politique dans le domaine de l'économie. On pourrait penser, à première vue, qu'elle illustre la concentration des pouvoirs politiques et économiques – si l'on veut l'absorption du pouvoir économique par le pouvoir politique – et qu'elle serait un contre-exemple à la thèse

6. *PdP2*, p. 438-439.
7. *PdP2*, p. 294-296 pour ce qui suit.

de la séparation. Mais une telle interprétation ne vaudrait que pour le cas, qui s'est révélé historiquement, d'une nationalisation intégrale de la propriété individuelle et des moyens de production, comme cela s'est produit en Union soviétique et dans les régimes communistes. Toutefois, dans le cas de plusieurs démocraties occidentales, l'Angleterre et la France d'après-guerre par exemple, la nationalisation est limitée et partielle ; elle ne couvre pas tout le champ de l'économie et ne menace donc pas le principe de séparation ici évoqué. D'une certaine manière, on pourrait relire les décisions du Conseil constitutionnel de 1982 (sur les nationalisations) et de 1986 (sur les privatisations) à la lumière de ce principe de séparation de ces deux types de pouvoir.

Les contre-forces

Cette séparation architectonique entre les deux puissances politique et économique doit être fortifiée, selon Hauriou, par d'autres séparations, qualifiées métaphoriquement de « contre-forces ». Parmi ces autres « séparations », le juriste toulousain considère que les plus importantes pour le droit public sont « la séparation du pouvoir militaire et du pouvoir civil, du pouvoir religieux et du pouvoir civil, la séparation des pouvoirs constitutionnels, la séparation du gouvernement et de l'administration, la séparation de l'individu et de l'État[8] ». Ainsi, à côté de la séparation classique, la « séparation des pouvoirs constitutionnels » entre le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire, s'en ajoute une autre : une séparation matérielle qui a pour effet d'inclure d'autres pouvoirs dans l'analyse juridique. Si l'on devait effectuer la généalogie de cette conception matérielle, il ne serait pas très difficile de montrer que Maurice Hauriou a tout simplement repris beaucoup des intuitions de Montesquieu.

La séparation des pouvoirs administratif et gouvernemental

La première extension des pouvoirs résulte de la nouvelle conception des fonctions de l'État. À l'instar de maints autres auteurs, Hauriou distingue entre la *fonction gouvernementale* et la *fonction administrative*. Une telle distinction, fréquente en doctrine, a pour objet de dédoubler le pouvoir exécutif dont l'unité a paru problématique à beaucoup de juristes et qui souffre de l'équivocité remarquable du terme d'exécution en droit public[9]. « La fonction gouvernementale – écrit-il – se caractérise

8. *PdP1*, p. 368.

9. Sur ce point, voir le numéro spécial sur *L'Exécution dans l'histoire constitutionnelle française*, de la *Revue française d'histoire des idées politiques*, n° 34, 2e semestre, 2011.

par son but, qui est de veiller au salut de l'État. Administrer, c'est assurer la marche des services publics régulièrement organisés, y compris les services de la police. Il y a, entre le gouvernement et l'administration, la différence de ce qui est nouveau, imprévu, accidentel, avec ce qui est déjà vu, prévu et habituel. Les services administratifs parent aux besoins habituels du pays, le gouvernement aux besoins accidentels ; l'administration représente la routine de la conduite, le gouvernement, les grandes affaires exceptionnelles[10]. » On sait que d'autres auteurs, notamment Georges Burdeau et René Capitant[11], ont donné une autre signification à cette distinction, mais ce qui compte ici, c'est l'intuition selon laquelle la distinction entre le gouvernement et l'administration recouvre une distinction entre deux pouvoirs. On songe évidemment à l'existence du pouvoir gouvernemental, pouvoir politique par essence, mais il serait judicieux de se rappeler que, dès le début du XXe siècle, des praticiens éclairés – Henri Chardon par exemple – ont noté l'émergence d'un véritable « pouvoir administratif ». Un tel pouvoir est nié par le droit constitutionnel qui enseigne la subordination théorique de l'administration au gouvernement. L'article 20, alinéa 2 dispose de façon très emphatique que « [le gouvernement] dispose de l'administration […] ». Mais on sait que le pouvoir administratif existe et que les bureaux obéissent plus souvent aux circulaires qu'aux décrets ou aux lois. On le sait tellement bien qu'une science, dite la science administrative, a pour principal objet d'étudier les manifestations particulières de ce pouvoir spécifique dont dispose l'administration qui, surtout en France, s'introduit dans les interstices du maillage législatif et réglementaire pour imposer son point de vue aux administrés, véritables sujets de l'administration. Même si les choses ont évolué, et que l'on peut se féliciter de l'avènement de la citoyenneté administrative[12], visant à dégager l'administré du seul statut de « sujet », il reste néanmoins plausible de parler d'un « pouvoir administratif » qui apparaît souvent comme le concurrent du pouvoir politique. Les universitaires sont bien placés pour le savoir, eux qui se sont vu imposer la réforme dite du « LMD » (licence, master, doctorat) par le ministère de l'Enseignement supérieur à coups de circulaires, sans jamais que ni le gouvernement ni le Parlement ne se fussent prononcés.

10. *PdP2*, p. 716.

11. Voir les nombreux exemples dans la riche synthèse de Pierre Serrand, « Administrer et gouverner. Histoire d'une distinction », *Jus Politicum*, n° 4.

12. Voir le jugement nuancé de Véronique Champeil-Desplats, « La citoyenneté administrative », *in* Pascale Gonod, Fabrice Melleray et Philippe Yolka (dir.), *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, 2011, p. 398-432.

La séparation des pouvoirs civil et militaire

L'autre extension résulte d'une autre séparation interne à l'État, entre le pouvoir civil et le pouvoir militaire. Cette séparation joue un rôle fondamental dans l'histoire du constitutionnalisme européen car elle se décline sous la forme du principe de subordination du pouvoir militaire au pouvoir civil. Il ne suffit pas, écrit Hauriou, d'avoir une force organisée pour protéger et défendre la société civile, « il s'agit de la maintenir dans son rôle et de l'empêcher de devenir un instrument d'oppression[13] ». Il faut domestiquer cette puissance matérielle qu'est la force militaire et faire en sorte, d'une part, que « le gouvernement de la société civile » soit civil, et, d'autre part, que « la force armée soit à la disposition du gouvernement civil, qu'elle lui soit subordonnée et obéissante, que celui-ci dispose librement de son emploi »[14]. Parmi les subtilités que les juristes ont réussi à inventer pour limiter le pouvoir militaire, conformément à l'adage romain, *cedant arma togae*, il y en a deux que Maurice Hauriou met en valeur, le cantonnement territorial à Rome et le « cantonnement juridique » du pouvoir militaire qui l'enserre dans un certain cercle d'activités. Le juriste insiste sur le fait que « la force armée ne se met jamais en mouvement elle-même » et que, « si elle est mue par le pouvoir civil, ce n'est que sur réquisition écrite d'autorités ayant qualité à cet effet »[15]. La prédominance du pouvoir militaire sur le pouvoir civil ne peut intervenir qu'à titre d'exception et en cas de guerre ou de troubles : tel est précisément le cas de l'état de siège. L'exception ici confirme la règle.

Certes, il n'y a rien dans la Constitution de la Ve République qui, explicitement, reconnaît cette séparation du pouvoir civil et du pouvoir militaire. Mais ce principe n'en existe pas moins et détermine la pratique constitutionnelle. La subordination du second au premier se lit non seulement dans la disposition classique selon laquelle le président de la République nomme aux emplois militaires (art. 13), mais surtout dans la formule de l'article 20 (al. 2) : « [le gouvernement] dispose […] de la force armée. » Par ailleurs, c'est le gouvernement qui déclare l'état de siège, et c'est le Parlement qui le proroge (art. 36), ce qui confirme l'idée selon laquelle la force militaire ne peut être mue que par ordre du gouvernement civil. Il s'agit désormais d'un principe constitutionnel non écrit, au sens où il ne figure pas, *expressis verbis*, dans la Constitution de

13. *PdP1*, p. 370.
14. *PdP1*, p. 370-371.
15. *PdP1*, p. 384.

1958. On en trouve cependant l'origine dans cette superbe disposition de la Constitution de 1791 aux termes de laquelle « la force publique est essentiellement obéissante : nul corps armé ne peut délibérer » (art. 12, titre IV, « De la force publique »). Le constitutionnalisme est donc né de la reconnaissance de l'existence d'un pouvoir militaire, d'une force armée, qu'il faut subordonner au pouvoir civil[16].

La séparation des pouvoirs civil et religieux [ou temporel et spirituel]

Tout aussi instructives sont les remarques de Maurice Hauriou sur la séparation entre pouvoir civil et pouvoir religieux[17]. Il soutient que, dans le cas de la rivalité entre l'État et l'Église, la solution du concordat serait vouée à l'échec en raison de l'égale prétention des deux parties à la centralisation absolue. Mais surtout, explique-t-il, « il ne s'agit pas seulement d'une rivalité de pouvoir entre deux gouvernements, mais aussi et surtout d'une différence d'esprit et d'une véritable incompatibilité du régime civil avec le christianisme ». En effet, si la loi de 1905 a dégradé l'Église en pouvoir privé, « qui cesse d'être un pouvoir officiel dans l'État » l'important est ailleurs : ces deux sociétés sont incompatibles : « L'une s'oriente de plus en plus vers la jouissance des biens de ce monde, et […] l'autre reste fidèle à l'ascétisme chrétien. » Si l'on devait poursuivre la démonstration, la question de la laïcité est une suite logique de cette séparation fondamentale entre le pouvoir temporel et le pouvoir spirituel. Le problème est de savoir d'ailleurs comment se matérialise aujourd'hui le pouvoir spirituel. Le déclin du catholicisme et de l'Église catholique, en tant qu'institution, apparaît comme une évidence, mais on sait qu'il existe aujourd'hui diverses puissances religieuses qui, alliées à des formes de communautarisme, menacent la laïcité. Il serait bien imprudent de penser que la question de la séparation entre pouvoir temporel et pouvoir spirituel ne serait plus d'actualité. Elle s'est déplacée en France et ne se limite plus à l'affrontement traditionnel entre l'État et l'Église dès lors que le pluralisme religieux est un fait acquis ayant des traductions institutionnelles en raison de la représentation des autres religions (protestante, juive et musulmane).

Il ressort de ce qui précède que la conception matérielle de la séparation

16. Les contre-exemples sont légion car toutes les formes de dictature militaire témoignent justement d'une concentration des pouvoirs, de la domination du pouvoir militaire sur le pouvoir civil.

17. *PdP1*, p. 390-391 pour ce qui suit.

des pouvoirs promue par Hauriou a pour principal intérêt de réintroduire, dans l'analyse constitutionnelle, des pouvoirs traditionnellement écartés. Écartés soit parce qu'on les considère comme des puissances « privées » – c'est le cas des forces économiques –, soit parce qu'on les considère comme des puissances « sociales » – les syndicats ou les partis politiques, ou l'Église –, soit enfin parce que ces pouvoirs, bien que relevant de l'État, ne sont pas perçus comme étant *stricto sensu* « constitutionnels » : on songe ici au pouvoir militaire ou au pouvoir de l'administration. Cette extension des pouvoirs a pour corollaire celle de la notion de Constitution qui, de strictement politique, devient chez Hauriou et d'autres auteurs, la Constitution sociale, voire la Constitution économique de la France.

Penser aujourd'hui
la multiplication des pouvoirs

On pourrait cependant reprocher à notre propos d'être gravement inactuel car la première édition des *Principes de droit public* remonte à 1910. Il est vrai, certes, qu'Hauriou ne pouvait imaginer l'émergence ni des puissances transnationales – les entreprises multinationales qui font leur apparition dans les années 1950 et 1960 –, ni celle des fameuses ONG, ni celle plus récente encore de la puissance du réseau internet, qui semblent toutes attester de l'effritement du pouvoir étatique.

L'émergence d'un pouvoir financier ?

Ces importantes évolutions ne remettent pas en cause l'actualité du cadre global de la réflexion d'Hauriou dans la mesure où celui-ci repose sur la distinction entre État et société telle qu'elle résulte de l'avènement du capitalisme. Que l'on sache, ce dernier est toujours bien vivant. Il est même triomphant dans une certaine mesure puisque ses excès, révélés par la crise économique de 2008, ont signalé à ceux qui l'avaient oublié l'existence du pouvoir de la finance, qu'on appellera ici conventionnellement « pouvoir financier ». Au début du XXe siècle, Hauriou ne pouvait évidemment pas penser un tel « pouvoir financier », résultante impressionnante d'un monde économique, globalisé et numérique. On objectera, bien sûr, que ce terme peut paraître vague, voire ambigu car on connaît le succès rencontré, entre-deux-guerres, par le thème du complot de la finance contre les citoyens.

Il s'agit plus sérieusement d'inviter à penser la concurrence que subit la puissance de l'État de la part des « forces du marché » en tentant de tracer

seulement quelques pistes pour le décrire comme étant l'un des « *pouvoirs de fait* » repérés jadis par Georges Burdeau. Il s'agirait, autrement dit, de saisir comment les « forces du marché », véhiculées par les banques et la Bourse, défient la souveraineté de l'État ou, si l'on veut, de comprendre comment le pouvoir financier, entendu comme un pouvoir à la fois privé et transnational, a pu s'opposer victorieusement à la puissance publique. C'est l'ampleur de la crise qui a appris aux citoyens du monde occidental que les finances publiques sont désormais soumises aux diktats des banques privées. En effet, les États ont désormais recours à celles-ci pour financer leurs dettes publiques galopantes et elles y empruntent à des taux d'intérêt fixés par le « marché ». Le pouvoir financier apparaît alors comme étant l'équivalent du pouvoir que détient tout créancier vis-à-vis de son débiteur ; le spectre de la faillite des États met à mal l'un des adages les plus anciens du droit public français : « L'État ne fait pas faillite. »

Le pouvoir financier semble donc en mesure d'imposer aux États le paiement de ses dettes. Mais, inversement, la puissance des banques apparaît de façon paradoxale, en creux, car lorsqu'elles sont elles-mêmes près de faire faillite, elles paraissent en mesure d'imposer le secours de l'État. En effet, on peut interpréter de cette façon les différentes lois de sauvegarde des banques que de nombreux États ont été obligés d'édicter à l'automne 2008 pour éviter la contagion de la faillite de la banque Lehmann Brothers (jugée pourtant en bonne santé par les agences de notation). Les économistes nous ont doctement expliqué que les États ont racheté des créances toxiques pour solvabiliser les établissements financiers. C'est une autre manière de dire que les États ont en effet sauvé certaines banques dont la gestion a été follement imprudente. Le pouvoir financier revêt ici la forme d'un acteur irresponsable qui s'avère incapable de gérer son patrimoine et qui doit être mis sous tutelle par l'État. En France, « la loi de finances rectificative pour le financement de l'économie » en date du 16 octobre 2008, a donc prescrit que, pour « garantir la stabilité du système financier français », l'État devait apporter sa garantie aux établissements financiers levant des fonds ou aux sociétés de refinancement. On peut certes interpréter une telle loi comme témoignant d'une réserve ultime de souveraineté car l'État est le garant en dernier ressort du bon fonctionnement du système économique, mais on peut tout aussi bien l'interpréter comme une loi prise sous contrainte (un cas de nécessité, un *Notfall* disent les Allemands), dictée par les forces aveugles du marché. En d'autres termes, le pouvoir financier se manifeste négativement, mais il se manifeste quand même.

L'apparition de nouveaux pouvoirs territoriaux ?
En outre, la multiplication des pouvoirs résulte d'un phénomène bien connu qui est celui de l'encerclement de l'État unitaire par le double phénomène de la construction européenne et de la décentralisation.

L'émergence d'un pouvoir supranational [ou européen]
L'observateur éclairé sait bien qu'on ne peut pas aujourd'hui considérer que le siège du pouvoir se situe uniquement au sommet de l'État. Il suffit de voir que la première chose que doit faire le président de la République française, nouvellement élu, c'est d'aller rendre visite au chancelier allemand pour la bonne et simple raison que l'Allemagne représente le principal partenaire de la France dans le cadre de l'Union

européenne. La seule question qui se pose est de savoir si les prérogatives exercées par les instances de l'Union sont, juridiquement parlant, des « pouvoirs », étant entendu cependant qu'il s'agit de prérogatives « conjointement » exercées par les représentants des États membres de l'UE. Or, lorsqu'on dispose d'enquêtes détaillées sur l'emprise du droit communautaire, désormais appelé droit de l'Union européenne, sur le droit national, les leçons sont claires. La construction européenne a affecté les prérogatives du Parlement tout en renforçant, paradoxalement, la domination du pouvoir exécutif dans le cadre de la Ve République[18]. On sait désormais que la loi française peut être définie, au regard du droit de l'UE comme étant à la fois « contestable », et donc non souveraine, ou encore que le mécanisme de transposition des directives de l'UE se fait au détriment du domaine de la loi (art. 34), et que la législation nationale est largement d'origine « européenne ». Ceci est fort connu, mais cela signifie surtout que l'État français est devenu aussi un État-membre de l'Union européenne. Si l'on reprend la définition donnée par Charles Eisenmann du pouvoir politique, à savoir « un pouvoir de prendre des décisions libres à portée collective[19] », on voit mal comment ne pas appliquer ce concept aux organes de l'UE. Pour prouver le contraire, il faudrait faire la démonstration selon laquelle les décisions ne sont pas libres et qu'elles seraient dictées par les États membres selon une sorte de mandat impératif. La multiplication des cas où les instances dirigeantes

18. Alice Fuchs-Cessot, *Le Parlement à l'épreuve de l'Europe et de la Ve République*, Paris, LGDJ, 2004.
19. Charles Eisenmann, « La justice dans l'État » [1961], *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Panthéon-Assas, 2002, p. 161.

de l'Union, conformément aux traités, prennent des décisions à la majorité, infirme une telle hypothèse. Par voie de conséquence, il faut penser cette imbrication des ordres juridiques comme une coexistence de pouvoirs, le pouvoir européen d'un côté et le pouvoir étatique de l'autre. C'est en ce sens que l'européanisation de la politique s'inscrit nécessairement dans le cadre ici fixé de la « multiplication des pouvoirs ».

L'émergence d'un pouvoir local ?

Quant au pouvoir « local », il désigne celui désormais détenu par les collectivités territoriales en vertu des lois de décentralisation (1982, 1983) et de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 modifiant l'article 72 de la Constitution et étendant leurs compétences. Ce qu'on a appelé la constitutionnalisation de la décentralisation signifie, sans conteste, un renforcement de la puissance des collectivités territoriales vis-à-vis de la puissance de l'État dans la mesure où elles sont mieux protégées contre l'immixtion normative de l'État et où l'on peut soutenir que leur puissance n'est plus la puissance dérivée et « secondaire » dont parlait Raymond Carré de Malberg[20]. Mais, d'un autre côté, quand on passe des principes constitutionnels à la mise en œuvre concrète du pouvoir local, cette puissance des collectivités territoriales reste limitée et bornée. L'étude de la répartition des compétences entre État et collectivités locales montre une véritable fragilité vis-à-vis de la puissance de l'État et une incontestable dépendance vis-à-vis de la puissance centrale, même si le principe de libre administration des collectivités territoriales constitue une véritable « liberté politique[21] ». Si l'on devait rechercher les manifestations de pouvoir local, il faudrait davantage s'orienter en direction de la constitution de certaines baronnies où de puissants féodaux ont réussi à se doter d'une clientèle et ont été en mesure de résister à toute immixtion d'instances centralisatrices, qu'elles émanent de l'État ou du parti. Le cas de Georges Frêche à Montpellier constituerait à cet égard une sorte de cas d'école.

La justice, un contre-pouvoir ou un pouvoir ?

Dans un plaidoyer en faveur du « retour de l'État régulateur », un économiste influent écrivait : « Un État moderne, c'est tout d'abord un

20. Raymond Carré de Malberg, *La Loi, expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931, Paris, Economica, 1984.

21. Je résume le sens de la thèse de Guillaume Protière, « La puissance territoriale. Contribution à l'étude du droit constitutionnel local », Lyon-II, 2007.

État qui garantit l'existence de contre-pouvoirs démocratiques, qu'il s'agisse de l'institution judiciaire aussi bien que des médias[22]. »

Pourtant selon la conception initiale de la justice figurant dans la Constitution de 1958 de la Ve République, il s'agissait d'un « pouvoir refusé[23] ». Depuis lors, les choses ont bien changé si l'on en juge par l'émergence récente d'un véritable pouvoir judiciaire sous la Ve République. À cet égard, on songe immédiatement aux révisions constitutionnelles, et notamment à celles relatives à la réforme du Conseil supérieur de la magistrature (1993 et 2008). Mais tout autant que les changements formels du texte constitutionnel, c'est la pratique judiciaire qui a changé. De ce point de vue, le phénomène qui atteste le mieux de cette fin de la mise sous tutelle de la justice est la prise de conscience, par les magistrats du siège, de leur indépendance. Ceux-ci disposaient déjà,
58 *de jure,* de l'indépendance. Il leur a suffi, note Guy Carcassonne, de l'avoir pratiquée *de facto*[24]. Ainsi, c'est autant la pratique judiciaire que les textes constitutionnels ou organiques qui permettent d'évoquer l'existence d'un pouvoir judiciaire. Enfin et surtout, la justice – et il faut ici entendre la justice pénale – s'est saisie, dans les vingt dernières années, de la prérogative essentielle de contrôler les gouvernants. Là réside, à notre avis, le pouvoir « inédit » de la justice. Elle ne se contente plus de vérifier la régularité des actes – et l'on sait la révolution que constitue la transformation du Conseil constitutionnel en juridiction chargé de décider *a posteriori* si une disposition de loi est ou non contraire à la Constitution –, mais elle examine la licéité de la conduite des gouvernants au regard du droit pénal. Comme en Italie, cette nouvelle forme de contrôle judiciaire prend la forme d'un « contrôle de la vertu ». Comme l'a bien expliqué Alessandro Pizzorno, auteur de cette belle formule, c'est l'absence de grande alternative politique et le déclin du Parlement comme forum d'espace public qui ont conduit à accorder une telle attention à la « moralité » des hommes politiques. Ainsi, cette ascension de la justice, née du « sentiment [des citoyens] de ne pouvoir peser sur l'État, a conduit à la crise morale et à la stratégie de la victime. Et *la justice est apparue comme le moyen détourné d'une action politique efficace*[25] ».

---

22. Philippe Aghion, *Le Monde*, 6 juillet 2000.

23. Expression utilisée par Jean Foyer, « Le pouvoir refusé », *Pouvoirs*, n° 16, *La Justice*, février 1981.

24. Guy Carcassonne, *La Constitution*, 10e éd., Paris, Seuil, 2011, p. 306-308.

25. Lucien Karpik, « Nouvelle justice, nouvelle démocratie », *in* Hubert Dalle et Daniel Soulez-Larivière (dir.), *Notre justice*, Paris, Robert Laffont, 2002, p. 418. Nous soulignons.

Il faut donc bien comprendre que la promotion de la justice sous la Ve comme pouvoir politique, d'ailleurs relayée par la presse qui joue ici un rôle d'adjuvant[26], est le résultat mécanique de la concentration des pouvoirs opérée par un système institutionnel et par la loi d'airain du fait majoritaire dont l'effet déterminant est de réduire grandement la portée de contrôle parlementaire des gouvernants. Jusqu'à preuve du contraire, la révision de 2008 n'a pas encore modifié sur ce point la situation antérieure[27]. Rien d'étonnant alors que les citoyens, désemparés et impuissants, s'adressent à la justice pour tenter de rééquilibrer un système foncièrement déséquilibré.

26. Le thème récemment avancé du « *Léviathan* médiatique » (Henri Hude, *Démocratie durable*, Paris, Éditions Monceau, 2010, cité dans *Commentaire*, n° 133, printemps 2011) mériterait d'être sérieusement discuté. Que la liberté de la presse aboutisse à des excès, c'est certain, mais prétendre que la régulation de la presse serait l'urgence absolue est un peu exagéré. Sans la presse, en France, et compte tenu de l'invraisemblable concentration des pouvoirs autorisée par la Constitution de la Ve République, les citoyens auraient du souci à se faire pour leur liberté politique.

27. Une lueur d'espoir existe peut-être avec le nouveau Comité d'évaluation des politiques publiques si l'on en croit Pierre Avril, « Le contrôle. Exemple du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques », in *Le Parlement français et le Nouveau Droit parlementaire après la réforme de 2008*, *Jus Politicum*, n° 6.

RÉSUMÉ

La science du droit constitutionnel appréhende la séparation des pouvoirs de façon formelle en considérant qu'il s'agit des fonctions juridiques créatrices de règles de droit exercées par des organes de l'État. Or, la conception matérielle de la séparation des pouvoirs proposée par Hauriou et la prise en compte de nouveaux pouvoirs matériellement importants (comme le pouvoir financier, les pouvoirs territoriaux) et la redécouverte de la justice invitent à penser autrement la séparation des pouvoirs.