

UN CONCEPT MODERNE :
SÉPARATION DES POUVOIRS
ET CONTRÔLE DE LA LOI

Traiter de la séparation des pouvoirs en tant que « concept moderne », alors que les pages qui précèdent l'ont tantôt envisagée comme un concept « dépassé », puis « renouvelé » tout en étant partiellement « erroné », peut paraître iconoclaste, comme s'il fallait « re-sacraliser » une théorie par trop démystifiée. Le fait même de revendiquer la modernité de la séparation des pouvoirs sous-entend qu'elle a été un concept passé de mode, ringard dirait-on trivialement, dont l'actualité serait aujourd'hui dévoilée grâce au contrôle de la loi.

À l'évidence, le contrôle de la loi, quel qu'il soit, rencontre la problématique de la séparation des pouvoirs. On s'en tiendra toutefois ici au contrôle de nature juridictionnelle dès lors que la question du contrôle politique de la loi a déjà fait l'objet de nombreuses analyses, tant dans ce numéro de *Pouvoirs* qu'ailleurs. C'est donc essentiellement à la question de la confrontation du contrôle de la constitutionnalité des lois au concept de séparation des pouvoirs que seront consacrées les lignes qui vont suivre.

L'existence même du Conseil constitutionnel se justifie principalement, à l'origine, par la volonté de préserver une certaine conception de la séparation des pouvoirs, conception orchestrée par la Constitution du 4 octobre 1958 : sa mission essentielle était en effet de réguler l'activité des pouvoirs publics et particulièrement leur activité normative dans le cadre du parlementarisme rationalisé. Mais l'extension des normes de référence du contrôle de constitutionnalité aux droits fondamentaux comme l'extension des autorités habilitées à le saisir – qu'elles soient parlementaires en 1974 ou juridictionnelles en 2010 – ont eu pour

conséquence de renforcer le rôle du Conseil constitutionnel dans les relations entre les pouvoirs publics et de modifier sa place en leur sein. De fait, le « principe de la séparation des pouvoirs » est régulièrement invoqué devant le Conseil et celui-ci l'intègre parmi les normes de référence de son contrôle. Pour cela, il se fonde sur la seule disposition constitutionnelle qui en fasse état, l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789. Car, bien que le principe d'une séparation des pouvoirs législatif et exécutif fût imposé par la loi constitutionnelle du 3 juin 1958, l'expression ne figure ni dans le préambule, ni dans les articles de la Constitution.

90 L'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme affirme, on le sait, que « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Sur le fondement de cette disposition, la séparation des pouvoirs a été qualifiée de « principe constitutionnel » : dans la jurisprudence du Conseil en effet, il ne s'agit pas d'une théorie mais d'un principe dont la valeur est constitutionnelle. Ce n'est donc pas tant à une construction intellectuelle qu'il se réfère, mais bien à un principe normatif dont il tire certaines implications touchant aux rapports entre les institutions. Si la théorie est ancienne et a fait l'objet de diverses interprétations, le principe de la séparation des pouvoirs est, quant à lui, un principe de droit positif dont le contenu actuel peut être identifié à travers des décisions du Conseil constitutionnel. Aussi l'actualité du concept s'exprime-t-elle, au moins partiellement, dans la jurisprudence constitutionnelle. Garant du respect des normes constitutionnelles, le Conseil est ainsi gardien de la séparation des pouvoirs ou, du moins, de ce qu'il estime être inhérent à ce concept.

L'expression « séparation des pouvoirs » ne figure que dans des décisions DC (déclaration de conformité) ou QPC (question prioritaire de constitutionnalité), à l'exclusion notable des décisions FNR (fin de non-recevoir) ou L (déclassement législatif) aux termes desquelles le Conseil statue sur la question de la répartition des compétences entre la loi et le règlement. Si le contrôle de l'activité normative du Parlement n'est pas sans rapport avec le concept de séparation des pouvoirs, cette absence de référence au principe dans les décisions portant sur le respect des articles 34 et 37 de la Constitution témoigne de ce que, dans la jurisprudence constitutionnelle, la question de la séparation des pouvoirs ne se confond pas avec celle de la répartition des compétences normatives. Autrement dit, le principe de la séparation des pouvoirs ne vise pas à faire respecter la répartition des compétences normatives : l'intervention du

législateur dans le domaine réglementaire n'est pas analysée comme une atteinte au principe et n'est pas constitutive d'une inconstitutionnalité¹.

C'est donc essentiellement dans le cadre du contrôle, *a priori* et *a posteriori*, de la constitutionnalité des lois que se pose la question de la modernité du concept de séparation des pouvoirs. Ce contrôle œuvre-t-il dans le sens d'une modernisation, d'une actualisation de cette théorie ancienne, pour ne pas dire vieillissante ? Conduit-il à « dépolvériser² » le concept de séparation des pouvoirs ? Sans aucun doute, mais c'est au prix d'une lecture contentieuse de la séparation des pouvoirs qui paradoxalement constitue une sorte de retour aux origines de la théorie.

Il faut bien reconnaître en effet que le contrôle de la constitutionnalité de la loi a redonné, à sa manière, des « lettres de modernité » au concept de séparation des pouvoirs. Or c'est là une situation bien paradoxale car pendant longtemps, en France, la séparation des pouvoirs semblait faire obstacle au contrôle de la loi par le juge. Alors que pour les Américains – particulièrement à la suite de l'arrêt *Marbury v. Madison* – le contrôle de la loi ne contrevient pas à la séparation des pouvoirs et y participe au contraire tout en permettant de faire respecter la volonté suprême du peuple exprimée dans la Constitution, pour les révolutionnaires français, le contrôle de la loi par un juge – personnage dont on se méfie – est perçu comme attentatoire à la séparation des pouvoirs : seul le contrôle par un organe politique est alors envisagé, à l'image du droit de veto royal de la Constitution de 1791 ou du Sénat conservateur de l'Empire. Mais ces formes de contrôle par des organes politiques ont fait preuve de leurs insuffisances tandis qu'il apparaissait clairement que la loi, expression de la volonté générale, n'est pas infaillible. L'acceptation d'un contrôle de constitutionnalité de nature juridictionnelle s'est faite au terme d'une lente progression et selon des modalités qui illustrent bien les réticences à reconnaître, en France, qu'un juge puisse devenir le censeur de la loi en dépit de son inconstitutionnalité : sans parler du Comité constitutionnel de la IV^e République, l'illustrent parfaitement les modes de saisine initiaux d'un Conseil constitutionnel conçu, à l'origine, comme un simple organe régulateur des pouvoirs publics. Il n'en demeure pas moins que le pouvoir juridictionnel a su devenir une composante

1. CC n° 82-143 DC, 30 juillet 2012, Loi sur les prix et les revenus, *Blocage des prix et des revenus*, *Rec.*, p. 57. Solution récemment confirmée par CC n° 2012-249 DC, 15 mars 2012, Loi relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, cons. 10.

2. Carlos-Miguel Pimentel, « De l'État de droit à l'État de jurisprudence ? Le juge de l'habilitation et la séparation des pouvoirs », in *La Séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2007, p. 9.

de la séparation des pouvoirs et que l'on peut aujourd'hui affirmer que le contrôle juridictionnel de constitutionnalité de la loi, tant redouté, a été un vecteur de modernisation du concept de séparation des pouvoirs.

Ainsi, alors qu'il fut longtemps perçu en France comme attentatoire à la séparation des pouvoirs, le contrôle de la loi par le juge semble aujourd'hui porteur d'une rénovation, d'une actualisation du concept lui-même. Utilisée à des fins contentieuses, la séparation des pouvoirs se trouve redéfinie : principe de droit positif, invocable devant le juge, elle n'est pas seulement une représentation conceptuelle de l'organisation des pouvoirs qui serait indispensable à la liberté, elle tend aussi à devenir un droit à la séparation des pouvoirs garanti par la Constitution.

92 LE CONTRÔLE DE LA LOI : MISE EN CAUSE OU MISE EN ŒUVRE DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS ?

À l'origine de l'opposition à l'établissement d'un contrôle juridictionnel de la loi se trouve une certaine conception française de la séparation des pouvoirs reposant sur une lecture particulière de la théorie. Considérant qu'il ne saurait gêner l'action législative sans par là même méconnaître la séparation entre la fonction législative et la fonction juridictionnelle, le juge français a pleinement intégré cette interdiction de contrôler la loi. Apparaissant aujourd'hui comme indispensable dans un État de droit, le contrôle de la constitutionnalité des lois s'insère en réalité parfaitement dans une théorie de la séparation des pouvoirs revisitée et, en fin de compte, plus conforme à sa signification originelle de limitation du pouvoir par le pouvoir.

Une mise en cause dans la conception française de la séparation des pouvoirs

L'interprétation française de la séparation des pouvoirs est marquée par une certaine méfiance à l'égard des juges, méfiance héritée des excès des Parlements de l'Ancien Régime, qui explique qu'ait été posé, en 1790, le principe de l'interdiction faite au juge d'intervenir dans le processus législatif et d'interpréter les lois³. Dans cet esprit, le juge ne peut être que la bouche qui prononce les paroles de la loi. Aussi la séparation des pouvoirs est-elle, en France, à l'origine de l'interdiction qui lui est faite tant de s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif en devenant contrôleur de la loi que de s'immiscer dans l'exercice du

3. Articles 10 et 12 de la loi des 16-24 août 1790.

pouvoir exécutif en contrôlant la légalité des actes de l'exécutif. À bien des égards, la conception française de la séparation des pouvoirs fait d'elle une « théorie anti-juge » marquée à la fois par l'opposition traditionnelle à la mise en place d'un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois et par le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires. Et c'est d'ailleurs après s'être référé à la « conception française de la séparation des pouvoirs » que le Conseil constitutionnel a dégagé le « principe fondamental reconnu par les lois de la République » de la compétence du juge administratif pour l'annulation et la réformation des décisions prises par les autorités administratives⁴.

De cette conception française et d'une certaine idée de la loi – acte souverain et expression de la volonté générale – viennent les réticences des juridictions françaises à contrôler la loi. Si l'arrêt *Arrighi* de 1936 du Conseil d'État se contente d'affirmer que, « en l'état actuel du droit public français⁵ », il n'appartient pas au juge administratif de contrôler la constitutionnalité des lois, les conclusions du commissaire du gouvernement Latournerie montrent bien que le juge administratif n'a souhaité ni prendre le risque de mettre à mal la souveraineté de la loi, ni outrepasser ses fonctions et usurper sa place dans la théorie de la séparation des pouvoirs⁶. La doctrine de l'époque soulignera d'ailleurs que si la logique juridique invitait à l'examen de la constitutionnalité de la loi, des arguments d'ordre politique expliquent que le juge n'ait pas eu le courage d'apparaître comme le censeur de la loi⁷. C'est donc bien « le fétichisme de la loi écrite » et « une conception de la séparation des pouvoirs tout entière dirigée contre le juge⁸ » qui se trouve à l'origine du refus des juridictions françaises de contrôler les lois, et donc de la théorie de la « loi-écran ».

Pourtant, la référence à « l'état du droit public français » révèle que la résignation du Conseil d'État n'est pas irrémédiable et qu'elle appelle au contraire une évolution⁹ : le juge attend une habilitation en ce sens.

4. CC n° 86-224 DC, 23 janvier 1987, Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, *Rec.*, p. 8, cons. 15.

5. CE, sect., 6 novembre 1936, *Arrighi, Leb.*, p. 966.

6. Dalloz, 1938, III, p. 1, concl. Latournerie et note Eisenmann. Sur ce point, Ariane Vidal-Naquet, « Abandonner la jurisprudence du Conseil d'État *Arrighi* ? », in Guillaume Drago (dir), *L'Application de la Constitution par les Cours suprêmes*, Paris, Dalloz, 2007, p. 143.

7. Paul Duez, « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France », in *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, Sirey, 1929, p. 213 ; Gaston Jèze, « Le contrôle juridictionnel des lois », *RDP*, 1924, p. 399.

8. Pierre Laroque, « Les juges français et le contrôle de la loi », *RDP*, 1926, p. 722 et 736.

9. Ariane Vidal-Naquet (art. cité) souligne, à cet égard, que la formulation de l'arrêt *Arrighi* « sonne [...] comme un constat désappointé, voire comme un regret ».

94 Celle-ci tardera à venir et finalement écartera largement les juridictions administratives et judiciaires du contrôle de la loi puisque sera privilégiée la création d'une institution spécialisée, le Conseil constitutionnel, dont les caractéristiques sont révélatrices de la crainte que suscite encore ce contrôle. Cette attente d'une habilitation constitutionnelle est à nouveau nettement exprimée dans l'arrêt du 5 janvier 2005, *Deprez et Baillard*, à propos de l'exception d'inconstitutionnalité de la loi¹⁰ : parce qu'il considère que l'article 61 de la Constitution a confié au seul Conseil constitutionnel le soin d'apprécier la conformité d'une loi à la Constitution, l'arrêt du Conseil d'État implique que seule une révision constitutionnelle est susceptible de permettre aux juridictions administratives et judiciaires de contrôler la constitutionnalité de la loi au stade de son application. Dans le même esprit, c'est bien parce qu'il s'est estimé habilité à contrôler la conventionnalité des lois que le juge dit « ordinaire » a accepté d'y procéder : l'habilitation constitutionnelle venait de l'article 55 de la Constitution et de l'interprétation qu'en a donnée le Conseil dans sa décision 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Interruption volontaire de grossesse* ; et c'est donc sur le fondement de cette disposition constitutionnelle que la Cour de cassation, puis le Conseil d'État contrôlent le respect du principe de supériorité des traités sur les lois.

Reste que cette habilitation ne modifie en rien la portée du contrôle de la loi au regard de la séparation des pouvoirs : autorisé à contrôler la loi, le juge – qu'il soit constitutionnel, administratif ou judiciaire, qu'il opère un contrôle *a priori* ou *a posteriori*, qu'il en examine la constitutionnalité ou la conventionnalité – se trouve investi d'une « faculté d'empêcher », lorsqu'il s'oppose à son entrée en vigueur ou à son application au cas d'espèce ou lorsqu'il prononce son abrogation. Cette faculté est une forme de participation du juge à l'exercice de la fonction législative. Sans aller jusqu'à en déduire, comme certains, que le juge se transforme en co-législateur, à tout le moins peut-on constater que cette participation est simplement conforme à la théorie de la séparation des pouvoirs, telle qu'envisagée par Montesquieu.

Une mise en œuvre de la signification originelle de la séparation des pouvoirs

La rhétorique du juge français, hors des habilitations, plus ou moins explicites, dont il fait l'objet, reste celle d'une certaine déférence à l'égard de

10. CE, 5 janvier 2005, *Deprez et Baillard*, *Leb.*, p. 1.

la loi qui ne cache qu'imparfaitement la participation du juge, contrôleur de la loi, à la fonction tant législative qu'exécutive.

Au titre d'un discours révérencieux à l'égard de la loi, on peut mentionner le fait que le Conseil constitutionnel rappelle à l'envi qu'il ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que le Parlement¹¹. Il entend ainsi indiquer qu'il ne lui appartient pas de s'immiscer dans les choix politiques que seul le Parlement peut faire – ce qui est une manière de légitimer sa mission –, mais seulement de juger de la constitutionnalité de la loi parce que la loi votée « n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution¹² ». Sous cet angle, le Conseil constitutionnel ne ferait pas la loi, mais se contenterait d'en contrôler la constitutionnalité : parodiant une formule usitée en droit administratif, on serait tenté d'affirmer que, dans l'esprit du juge constitutionnel, « contrôler la loi, ce n'est pas encore légiférer ».

95

La jurisprudence *Blocage des prix et des revenus*, en vertu de laquelle l'empiétement de la loi dans le domaine réglementaire n'est pas constitutif d'une inconstitutionnalité, en est une autre illustration. En considérant que le législateur peut faire le choix d'intervenir dans le domaine réglementaire et le gouvernement celui d'accepter une telle intervention sans user des prérogatives que lui confère la Constitution, telles la procédure de l'irrecevabilité ou celle du déclassement, le Conseil décide de ne pas s'immiscer dans les rapports entre les organes législatif et exécutif. Le récent renoncement au déclassement préventif des dispositions législatives ressortissant du domaine réglementaire confirme cette analyse¹³.

Dans un registre différent, pourraient également être rattachées à cette idée les décisions par lesquelles le Conseil constitutionnel décide de moduler dans le temps les effets de ses décisions QPC. Constatant l'inconstitutionnalité d'une disposition législative dans le cadre d'un contrôle exercé *a posteriori*, le Conseil opte parfois pour l'effet différé de sorte que soit laissé au législateur le temps nécessaire à l'adoption d'une loi nouvelle plus conforme à la Constitution. Ce report de la date de l'abrogation est justifié par le fait qu'il n'appartient pas aux Sages « d'indiquer les modifications des règles [...] qui doivent être choisies pour qu'il soit remédié à l'inconstitutionnalité constatée¹⁴ ». Juge de la loi,

11. CC n° 74-75 DC, 15 janvier 1975, *Interruption volontaire de grossesse*, Rec., p. 19.

12. CC n° 85-197 DC, 23 août 1985, Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie, Rec., p. 70, cons. 27.

13. CC n° 2012-649 DC, 15 mars 2012, Loi de simplification du droit, cons. 10.

14. Par exemple, CC n° 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010, *Daniel W.* [Garde-à-vue], Rec., p. 179, cons. 30.

mais pas législateur, le Conseil constitutionnel affirme vouloir s'abstenir d'une immixtion trop prégnante dans l'exercice de la fonction législative.

Pourtant, au-delà du discours, la jurisprudence constitutionnelle témoigne d'une participation du juge à la fonction législative. La formulation de réserves d'interprétation est une manière de réécrire la loi, à tout le moins de participer à la confection de la norme législative. L'accroissement de l'intensité du contrôle de constitutionnalité jusqu'à l'exercice d'un contrôle de proportionnalité des mesures législatives resserre la contrainte sur les choix politiques du législateur qui ne dispose plus, dans ces conditions, d'un pouvoir discrétionnaire¹⁵. La sanction d'une inconstitutionnalité conduit parfois le juge à désigner, lui-même, la règle de droit applicable en procédant par voie de substitution comme dans la décision n° 2010-10 QPC du 2 juillet 2010 sur les tribunaux maritimes commerciaux¹⁶. Les déclarations d'inconstitutionnalité avec effet différé enfin peuvent s'analyser comme l'exercice d'un pouvoir d'injonction implicite à l'adresse du législateur qui devra, dans un délai déterminé, adopter une loi nouvelle plus conforme aux exigences constitutionnelles. En témoignent notamment les nombreuses décisions QPC dans lesquelles le Conseil constitutionnel exige du législateur l'adoption de mesures législatives conformes à la Constitution dans un délai qu'il détermine. On notera néanmoins que le juge constitutionnel dispose de peu de moyens pour contraindre le législateur à respecter le délai qu'il tente d'imposer : l'unique sanction est celle de l'abrogation de la loi.

Participant à la fonction législative en contrôlant la loi, le Conseil constitutionnel participe également à la fonction exécutive, ainsi d'ailleurs qu'à la fonction de juger des litiges concrets. En effet, en formulant des réserves d'interprétation, il s'adresse aux autorités exécutives : si on a vu que de telles réserves postulent une participation à l'élaboration de la norme législative, elles ont surtout vocation à indiquer aux autorités exécutives la manière dont la loi doit être appliquée pour être conforme à la Constitution. Indirectement la réserve d'interprétation est également adressée aux juges qui auront à appliquer la loi pour résoudre des litiges concrets et à apprécier son exacte application.

Loin de considérer que cette immixtion du juge constitutionnel dans

15. Notamment CC n° 2008-562 DC, 21 février 2008, Loi relative à la rétention de sûreté, *Rec.*, p. 89, cons. 13.

16. Particulièrement CC n° 2010-10 QPC du 2 juillet 2010, *Consorts C. et autres* [Tribunaux maritimes commerciaux], *Rec.*, p. 131.

l'exercice des diverses fonctions de l'État est une atteinte à la séparation des pouvoirs, il faut au contraire l'analyser comme une application de celle-ci. On sait en effet que, par-delà l'interprétation dont elle a fait l'objet en France, particulièrement au XVIII^e siècle, la théorie de la séparation des pouvoirs ne doit pas être comprise comme une séparation absolue, caractérisée à la fois par la spécialisation des fonctions et l'indépendance des organes. Elle est porteuse au contraire d'un principe négatif, d'une règle de non-cumul, qui interdit qu'un même organe exerce seul plus d'une fonction de l'État et qui invite à la division des fonctions entre différents organes. Aussi la garantie de la séparation des pouvoirs réside-t-elle dans un mécanisme distributif qui aménage la participation d'organes indépendants à l'exercice des différentes fonctions étatiques et qui crée l'équilibre des pouvoirs.

Sous cet angle, le contrôle de la loi participe de l'équilibre des pouvoirs, en ce qu'il confère au juge une faculté d'empêcher limitant la puissance législative, mais aussi la puissance exécutive, voire juridictionnelle.

97

Respectueux de la théorie de la séparation des pouvoirs, le contrôle de la constitutionnalité de la loi s'opère à l'aune du principe qui l'énonce. Il contribue à raviver ce concept qui fait l'objet d'une application contentieuse régulière et qui, en conséquence, se trouve rénové sous l'impulsion du juge constitutionnel.

LE CONTRÔLE DE LA LOI :

MODERNISATION OU RETOUR AUX FONDAMENTAUX DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS ?

Parce qu'il a inclus le principe de séparation des pouvoirs parmi les normes de référence de son contrôle, le Conseil constitutionnel est conduit à en déterminer certes le fondement constitutionnel, mais également les implications en fonction de l'organisation des pouvoirs publics mise en place par la Constitution. Il œuvre ainsi en faveur d'une actualisation du concept de séparation des pouvoirs, sa jurisprudence permettant d'en identifier le contenu, les effets et la portée. Aux termes de cette jurisprudence, le principe de séparation des pouvoirs, principe constitutionnel s'imposant au législateur, tend à devenir la source d'un droit fondamental : le droit à la séparation des pouvoirs.

*La séparation des pouvoirs : un principe actualisé et éclairé
par la jurisprudence constitutionnelle*

Le principe de séparation des pouvoirs fait son apparition parmi les normes de référence du contrôle de constitutionnalité des lois dans la décision n° 79-104 DC du 23 mai 1979 dans laquelle le Conseil constitutionnel juge que le législateur, « n'ayant fait qu'user des pouvoirs qui lui appartiennent de fixer les conditions de mise en vigueur des règles qu'il édicte, n'a méconnu ni le principe de la séparation des pouvoirs ni les dispositions constitutionnelles qui le mettent en œuvre¹⁷ ». La rédaction de la décision illustre la manière dont le Conseil conçoit son rôle de gardien de la séparation des pouvoirs. Si le principe est bien une norme de référence de son contrôle, son contenu est fonction des dispositions constitutionnelles : le juge sanctionne comme une atteinte à la séparation des pouvoirs les intrusions, non prévues par la Constitution, d'un pouvoir dans l'exercice des fonctions d'un autre, même si, on le sait, il ne sanctionne pas l'intrusion de la loi dans le domaine réglementaire. En d'autres termes, invoquant le principe de la séparation des pouvoirs, le Conseil cherche à maintenir les équilibres mis en place par la Constitution, quitte parfois à opter pour une conception très rigide du principe qui privilégie la spécialisation des fonctions à la répartition de celles-ci.

Ainsi, quant aux rapports entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, le législateur ne saurait, sans méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs, adresser des injonctions au gouvernement tendant à ce qu'il consulte une commission parlementaire¹⁸ ; de même, ce principe interdit qu'un organe d'une des assemblées parlementaires chargé de l'évaluation des politiques publiques puisse bénéficier du concours d'experts placés sous la responsabilité du gouvernement¹⁹ ou qu'une commission parlementaire puisse bénéficier d'un droit de veto en dehors des cas strictement prévus par la Constitution, alors même que la reconnaissance d'un tel droit avait vocation à renforcer l'indépendance

17. CC n° 79-104 DC, 23 mai 1979, Loi modifiant les modes d'élection de l'Assemblée territoriale et du Conseil de gouvernement du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et définissant les règles générales de l'aide technique et financière contractuelle de l'État, *Rec.*, p. 27.

18. CC n° 70-41 DC, 30 décembre 1970, Loi de finances rectificative pour 1970, *Rec.*, p. 29 ; CC n° 2009-577 DC, 3 mars 2009, Loi relative à la communication audiovisuelle, *Rec.*, p. 64, cons. 29 à 31 ; CC n° 2009-581 DC, 25 juin 2009, Résolution tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale, *Rec.*, p. 120, cons. 62.

19. CC n° 2009-581 DC préc., cons. 59, 61 et 62.

des médias²⁰. Le principe de séparation des pouvoirs suppose également que soit sauvegardée l'autonomie financière des pouvoirs publics²¹. En revanche, il ne fait pas obstacle à ce que la loi confère à une autorité administrative un pouvoir de sanction, à condition que l'exercice de ce dernier soit assorti de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis et ne puisse donner lieu à une privation de liberté²².

Quant aux rapports entre le pouvoir législatif et le pouvoir juridictionnel, le Conseil constitutionnel reconnaît qu'il est de l'essence même d'une mesure d'amnistie d'apporter une « dérogation » – le terme est non équivoque – au principe de la séparation des pouvoirs, mais qu'elle trouve son fondement dans les dispositions de l'article 34 de la Constitution qui font figurer au nombre des matières qui relèvent de la loi la fixation des règles concernant l'amnistie²³. Mais c'est surtout à propos des lois de validation que le Conseil constitutionnel a développé une jurisprudence protectrice du principe de la séparation des pouvoirs législatif et juridictionnel à travers l'un de ses éléments : l'indépendance des juridictions. Dans sa décision du 22 juillet 1980, il avait constitutionnalisé l'indépendance de la juridiction administrative en dégagant un principe fondamental reconnu par les lois de la République, reflet de l'indépendance de l'autorité judiciaire énoncée à l'article 64 de la Constitution²⁴. Derrière l'indépendance des juridictions et « le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le gouvernement », c'est bien la séparation des pouvoirs que le Conseil constitutionnel entend garantir comme en atteste l'affirmation selon laquelle « il n'appartient pas au législateur de censurer les décisions des juridictions et d'enfreindre par là même le principe de séparation des

20. CC n° 2009-577 DC préc. : prévu par l'article 13 de la Constitution pour les nominations présidentielles, ce droit de veto ne peut être étendu aux mesures de révocation sans méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs.

21. Notamment CC n° 2001-448 DC, 25 juillet 2001, Loi organique relative aux lois de finances, *Rec.*, p. 99, cons. 25 ; CC n° 2001-456 DC, 27 décembre 2001, Loi de finances pour 2002, *Rec.*, p. 180, cons. 47.

22. Le Conseil constitutionnel en a jugé ainsi, en ce qui concerne tant les autorités administratives indépendantes agissant dans la limite nécessaire à l'accomplissement de leur mission (notamment CC 88-248 DC, 17 janvier 1989, dite Liberté de communication, *Rec.*, p. 18, cons. 27 à 32) que les autorités administratives agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique (CC n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, *Rec.*, p. 71).

23. CC n° 89-258 DC, 8 juillet 1989, Loi d'amnistie, *Rec.*, p. 48, cons. 8.

24. CC n° 80-119 DC, 22 juillet 1980, Loi portant validation d'actes administratifs, *Rec.*, p. 46.

pouvoirs²⁵ », ni à des commissions parlementaires d'enquêter sur des faits donnant lieu à des poursuites judiciaires²⁶. Sous la bannière de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, le Conseil constitutionnel a aujourd'hui clairement rattaché l'indépendance des juridictions au principe de séparation des pouvoirs²⁷.

La jurisprudence constitutionnelle protège également l'indépendance des juridictions à l'égard du pouvoir exécutif : est inconstitutionnelle la loi qui confère à une autorité administrative, fût-elle indépendante, des prérogatives lui permettant d'interférer dans le fonctionnement de la justice²⁸ ; sont contraires au principe de la séparation des pouvoirs des dispositions législatives qui placeraient sous la seule responsabilité du pouvoir exécutif des réquisitions de données qui ne servent pas seulement à la prévention des actes de terrorisme, mais également à la répression de ceux-ci par la police judiciaire²⁹ ; enfin, est inconstitutionnelle une disposition législative qui soumet à l'avis d'une commission administrative le pouvoir conféré au juge de l'application des peines d'accorder une libération conditionnelle³⁰.

Cette jurisprudence constitutionnelle qui révèle toute l'actualité du principe de séparation des pouvoirs lui donne également une lecture renouvelée en l'associant à l'exigence de « garantie des droits » énoncée à l'article 16 de la Déclaration des droits de 1789.

25. CC n° 87-228 DC, 26 juin 1987, Loi organique relative à la situation des magistrats nommés à des fonctions du premier grade, *Rec.*, p. 38, cons. 8, et CC n° 96-375 DC, 9 avril 1996, Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, *Rec.*, p. 60, cons. 8. Voir également CC n° 2005-531 DC, 29 décembre 2005, Loi de finances rectificative pour 2005, *Rec.*, p. 186.

26. CC n° 2009-582 DC, 25 juin 2009, Résolution tendant à modifier le règlement du Sénat, *Rec.*, p. 132, cons. 4 à 6.

27. Initiée par diverses décisions DC dans lesquelles le Conseil constitutionnel se réfère à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et/ou mentionne le principe de la séparation des pouvoirs, la décision n° 2010-10 QPC du 2 juillet 2010 confirme ce rattachement de l'indépendance des juridictions audit principe et à l'article qui l'énonce (cf. *infra*).

28. CC n° 2007-551 DC, 1^{er} mars 2007, Loi organique relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats, *Rec.*, p. 86, cons. 10 et 11 : à propos de prérogatives reconnues par la loi au Médiateur de la République, telles que la possibilité de solliciter des informations sur le comportement d'un magistrat susceptible de constituer une faute disciplinaire, ou celle de transmettre au garde des Sceaux une réclamation critiquant ledit comportement et d'établir un rapport spécial publié au *Journal officiel* en l'absence de poursuite disciplinaire.

29. CC. n° 2005-532 DC, 19 janvier 2006, Loi relative à la lutte contre le terrorisme, *Rec.*, p. 31, cons. 2 à 6.

30. CC. n° 2008-562 DC préc., cons. 32 à 34.

La séparation des pouvoirs: un principe rénové et érigé en un droit par le juge constitutionnel

La séparation des pouvoirs a toujours connu une dimension autre que purement institutionnelle: le principe n'est pas seulement un principe d'organisation des pouvoirs publics, il est aussi et avant tout un principe protecteur des citoyens. La finalité de la théorie de la séparation des pouvoirs est bien celle-là: préserver la liberté des individus en luttant contre les tendances naturellement despotiques du pouvoir.

La jurisprudence constitutionnelle cherche à sublimer cette dimension de la théorie de la séparation des pouvoirs: le Conseil constitutionnel l'applique en effet en suivant non une logique uniquement institutionnelle, qui n'est certes pas absente, mais également avec un objectif de protection des droits des citoyens³¹. L'illustrent parfaitement les décisions qui tendent à protéger les juridictions et qui ont pour finalité essentielle les justiciables. Ainsi le Conseil a-t-il pu affirmer que le principe de séparation des pouvoirs a pour corollaire le recours à la force publique, dûment requise, pour prêter main-forte à l'exécution des décisions de justice³². À cet égard, on notera que ce corollaire de la séparation des pouvoirs est, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, un élément du droit au procès équitable³³. Ce n'est là qu'une illustration du lien qui s'établit entre la séparation des pouvoirs et la garantie des droits: la première apparaît consubstantielle à la seconde car aucun droit ne peut être garanti si la séparation des pouvoirs n'est pas effective.

101

C'est pourquoi les deux éléments de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme que sont la garantie des droits et la séparation des pouvoirs, tous deux indispensables à l'existence même d'une Constitution, apparaissent imbriqués, voire inséparables, dans la jurisprudence constitutionnelle. La rédaction de l'article et la volonté d'en faire l'étendard d'intégration en droit constitutionnel des exigences européennes de protection des droits procéduraux ne sont pas étrangères à l'association de ces deux éléments fondamentaux. Certes, le droit européen n'énonce pas le principe de séparation des pouvoirs, mais il intègre, dans la garantie des droits, des exigences qui peuvent se rattacher à cette notion, comme l'exigence d'indépendance du juge.

31. Dans le même sens, cf. Thierry Renoux et Michel de Villiers, *Code constitutionnel*, Paris, Litec, 2011, p. 212.

32. CC n° 98-403 DC, 29 juillet 1998, Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, *Rec.*, p. 276, cons. 46.

33. CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby c/ Grèce*, *Rec.*, 1997-I-495.

Reste que le principe de séparation des pouvoirs est utilisé de manière ambivalente par le juge constitutionnel. Garantie de l'effectivité des droits fondamentaux, il est parfois invoqué pour justifier des limitations aux droits : ainsi, en tant qu'il fonde l'autonomie normative des assemblées parlementaires, ce principe doit être concilié avec le droit à un recours juridictionnel effectif³⁴. Mais il est aussi, en lui-même, porteur de droits ; nombreux sont en effet ceux qui peuvent se déduire dudit principe : le droit d'être jugé par un tribunal impartial et indépendant, le droit à l'exécution des décisions de justice avec recours à la force publique si nécessaire ou le droit de ne pas voir le législateur remettre en cause des décisions de justice passées en force de chose jugée.

102 C'est ce qui explique que le principe de séparation des pouvoirs puisse servir de fondement à l'appréciation de la constitutionnalité des lois dans des décisions QPC, alors que cette voie de droit vise la protection des seuls « droits et libertés que la Constitution garantit », à l'exclusion, en principe, des dispositions constitutionnelles relatives à l'organisation des pouvoirs publics. Est-ce à dire qu'il existe un droit à la séparation des pouvoirs invocable en justice ? Une évolution en ce sens semble se dessiner, comme en atteste une décision QPC considérant qu'une loi de validation méconnaît le principe de la séparation des pouvoirs et le droit à un recours juridictionnel effectif, distinguant ainsi et l'un et l'autre, de sorte que la séparation des pouvoirs fait figure de « droit » constitutionnellement garanti invocable au soutien d'une QPC³⁵.

Ne doit-on pas en déduire la consécration par le juge d'un droit à la séparation des pouvoirs, invocable par les citoyens ? Une telle reconnaissance permettrait d'identifier en quelque sorte le « noyau dur » d'un concept galvaudé, « noyau dur » qui n'est pas sans lien avec ses origines pénales³⁶. Le Conseil constitutionnel œuvrerait ainsi en faveur d'un retour à la substantifique essence du concept de séparation des pouvoirs. Paradoxalement, la modernité de ce concept naît d'un contrôle de la loi, qui a pu un temps sembler y contrevenir en son principe, et d'une jurisprudence qui revient aux origines mêmes de la théorie.

34. CC n° 2001-129 QPC, 13 mai 2011, *Syndicat des fonctionnaires du Sénat* [Actes internes des Assemblées parlementaires], cons. 4, et CC n° 2011-192 QPC, 10 novembre 2011, *Mme Ekaterina B., épouse D., et autres* [Secret défense], cons. 22.

35. Notamment CC n° 2010-100 QPC, 11 février 2011, *Alban Salim B.* [Concession du Stade de France] ; sur cette question, cf. Agnès Roblot-Troizier, « Quand le principe de séparation des pouvoirs devient un droit constitutionnellement garanti », *RFDA*, 2011, p. 614.

36. Sur ce point, voir Carlos-Miguel Pimentel, « De l'État de droit à l'État de jurisprudence ? Le juge de l'habilitation et la séparation des pouvoirs », art. cité.

R É S U M É

Traditionnellement perçu en France comme contrevenant à la théorie de la séparation des pouvoirs, le contrôle de la loi par le juge doit, au contraire, être considéré comme une application de celle-ci en ce qu'il confère au juge une « faculté d'empêcher » propice à l'équilibre des pouvoirs. Régulièrement appliqué par le juge constitutionnel qui en définit la signification actuelle, le principe de séparation des pouvoirs sort rénové de son interprétation jurisprudentielle, laquelle sublime une des dimensions pourtant fondamentales du concept : la protection des droits des citoyens.