

# POUVOIRS

---

REVUE FRANÇAISE D'ÉTUDES CONSTITUTIONNELLES ET POLITIQUES

## LA SÉPARATION DES POUVOIRS

N ° 1 4 3

MAURO BARBERIS Le futur passé de la séparation des pouvoirs	5
SANDRINE BAUME De l'usage des pouvoirs neutres	17
MATHIEU TOUZEIL-DIVINA Printemps & Révolutions arabes : un renouveau pour la séparation des pouvoirs ?	29
OLIVIER BEAUD La multiplication des pouvoirs	47
ÉRIC THIERS La majorité contrôlée par l'opposition : pierre philosophale de la nouvelle répartition des pouvoirs ?	61
ISABELLE BOUCOBZA Un concept erroné, celui de l'existence d'un pouvoir judiciaire	73
AGNÈS ROBLOT-TROIZIER Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi	89
DAVID KESSLER Les médias sont-ils un pouvoir ?	105

JULIEN BOUDON La séparation des pouvoirs aux États-Unis	113
ARMEL LE DIVELLEC L'articulation des pouvoirs dans les démocraties parlementaires européennes : fusion et mitigation	123
<b>CHRONIQUES</b>	
ANNE-CHLOÉ FOIRRY Lois mémorielles, normativité et liberté d'expression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel	143
<b>REPÈRES ÉTRANGERS</b> (1 <sup>er</sup> avril – 30 juin 2012)	
PIERRE ASTIÉ, DOMINIQUE BREILLAT ET CÉLINE LAGEOT	157
<b>CHRONIQUE CONSTITUTIONNELLE FRANÇAISE</b> (11 mai – 30 juin 2012)	
PIERRE AVRIL ET JEAN GICQUEL	173
Summaries	199

---

## LA SÉPARATION DES POUVOIRS EST ÉTUDIÉE PAR

MAURO BARBERIS, professeur de philosophie et théorie du droit à l'université de Trieste, est notamment l'auteur de *Etica para juristas* (Trota, 2008) et de *Europa del diritto* (Il Mulino, 2008) (barberis@units.it).

SANDRINE BAUME, professeure associée au Centre de droit public de l'université de Lausanne, est notamment l'auteur de *Hans Kelsen and the Case for Democracy* (ECPR Press, 2012) et *Carl Schmitt, penseur de l'État. Genèse d'une doctrine* (Presses de Sciences Po, 2008).

OLIVIER BEAUD, professeur de droit public de l'université Panthéon-Assas Paris-II, est directeur de l'Institut Michel-Villey et membre senior de l'Institut universitaire de France. Il est l'auteur notamment de *La Puissance de l'État* (PUF, coll. « Léviathan », 1994), de *Théorie de la Fédération* (PUF, 2007) et de *Les Libertés universitaires à l'abandon ?* (Dalloz, 2010).

ISABELLE BOUCOBZA, maître de conférences à l'université Paris-Ouest Nanterre La Défense et membre du Centre de théorie et analyse du droit (UMR CNRS 7074), a publié notamment *La Fonction juridictionnelle, contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie* (Dalloz, 2005).

JULIEN BOUDON, professeur de droit public à l'université de Reims, est notamment l'auteur de *Les Jacobins* (LGDJ, 2006), *Le Frein et la Balance. Études de droit constitutionnel américain* (Mare & Martin, 2010), avec Stéphane Rials, *Textes constitutionnels étrangers* (13<sup>e</sup> éd., PUF, 2009) (julienboudon@yahoo.fr).

DAVID KESSLER, conseiller d'État, a exercé diverses fonctions à la télévision et à la radio publiques. Il était jusque récemment directeur du magazine *Les Inrockuptibles* et du journal en ligne, *The Huffington Post*.

ARMEL LE DIVELLEC, professeur de droit public à l'université de Paris-II (Panthéon-Assas), est secrétaire de rédaction de la revue électronique *Jus Politicum* (www.jus-politicum.com). Il est notamment l'auteur de *Le Gouvernement parlementaire en Allemagne. Contribution à une théorie générale* (LGDJ, 2004) et du *Dictionnaire du droit constitutionnel* (8<sup>e</sup> éd., Sirey, 2011, avec Michel de Villiers).

AGNÈS ROBLOT-TROIZIER, professeur de droit public à l'université d'Évry et membre du Centre Léon-Duguit, est notamment l'un des auteurs de *Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence* (PUF, 2011) et l'auteur de *Contrôle de constitutionnalité et Normes visées par la Constitution française. Recherches sur la constitutionnalité par renvoi* (Dalloz, 2007). Elle est responsable de la chronique de jurisprudence constitutionnelle à la *Revue française de droit administratif*.

ÉRIC THIERS, cofondateur du GEVIPAR (Groupe d'études sur la vie et les institutions parlementaires – Sciences Po), chargé de cours à l'université Panthéon-Assas Paris-II.

MATHIEU TOUZEIL-DIVINA, professeur de droit public à l'université du Maine, codirige le laboratoire juridique Themis-Um. Président du collectif L'Unité du droit, il est également le fondateur du Laboratoire méditerranéen de droit public (mtd@lm-dp.org).

# LE FUTUR PASSÉ DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS

Depuis trois siècles, la séparation des pouvoirs joue un rôle important dans notre imaginaire politique et juridique. À vrai dire, personne ne s'est jamais fait trop d'illusions sur sa réalité : il s'agit bien d'une doctrine, non d'un fait ou d'une théorie scientifique. Après avoir analysé la formulation de la doctrine de la part de Montesquieu, l'intervention parlera du futur passé (all. *Vergangene Zukunft*, à la Reinhart Koselleck) de la séparation des pouvoirs. Son passé, traité dans un deuxième temps, paraîtra souvent semblable à son futur : comme si le temps historique de la séparation des pouvoirs n'était qu'un court intervalle entre un passé et un futur qui la négligent.

5

## LES SÉPARATIONS DES POUVOIRS

La doctrine exposée dans *De l'esprit des lois*<sup>1</sup> (XI, VI) se compose de trois thèses, chacune appelée ensuite séparation des pouvoirs bien que la dénomination ne convienne qu'à la troisième. La première, ici appelée distinction des pouvoirs, est une définition-classification des fonctions constitutionnelles : légiférer, exécuter, juger. Les deuxième et troisième thèses, ici appelées balance des pouvoirs et séparation des pouvoirs au sens strict, sont des règles techniques concernant la meilleure distribution des fonctions parmi les organes, bien entendu si l'on a pour but de garantir la liberté politique. En fait, Montesquieu distribue les fonctions politiques (législation et exécution) d'après la règle de la balance, et la seule juridiction d'après la règle de la séparation au sens strict.

---

1. On a utilisé Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Paris, Garnier-Flammarion, 1979, 2 vol.

### *La distinction des pouvoirs*

La *distinction des pouvoirs* est la définition-classification des fonctions constitutionnelles que l'on trouve au début de l'*Esprit des lois* (XI, vi) « Il y a, dans chaque État, trois sortes de pouvoirs [...] » : à quelques détails de terminologie près, législatif, exécutif et judiciaire. En utilisant « pouvoirs » au sens de fonctions, et « séparation » au sens de distinction, cette classification permet à Montesquieu, et permettra ensuite à la dogmatique du droit public française et allemande, de distinguer une fonction administrative et une judiciaire et de les subordonner à la législative. De façon inégale pourtant, on attribue à l'administration un pouvoir discrétionnaire qui sera toujours refusé à la juridiction.

- 6 Les critiques à cette classification sont connues : en théorie, il y a eu toujours plus de fonctions constitutionnelles qu'elle n'en retient, et en pratique elle est susceptible d'une application rigide, à trois organes ou groupes d'organes séparés entre eux. En réalité, la distinction en soi ne dicte aucune distribution des fonctions, ni rigide ni souple, parmi les organes constitutionnels ; la distribution, elle, ne relève que de deux règles différentes afin d'atteindre le même but : cette liberté politique qui est conçue par Montesquieu – différemment des républicains précédents et des libéraux suivants – comme sûreté de l'individu par rapport aux autres individus, soit particuliers soit gouvernants. Ces deux règles sont la balance des pouvoirs et la séparation des pouvoirs au sens strict.

### *La balance des pouvoirs*

La *balance des pouvoirs* règle l'attribution des deux fonctions politiques, légiférer et exécuter la loi, à des organes concourant à leur exercice : ici, « pouvoirs » signifie organes, et « séparation » balance. Cette doctrine est énoncée dans l'*Esprit des lois* (XI, iv et vi), où l'on affirme, respectivement, que seul le pouvoir peut arrêter le pouvoir, et que les fonctions législative et exécutive doivent être attribuées à des organes ni spécialisés ni indépendants<sup>2</sup>. En particulier, dans le chapitre iv, Montesquieu affirme : « C'est une expérience éternelle, que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser ; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites [...]. Pour

---

2. Voir Charles Eisenmann, *Écrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, réunis par Charles Leben, Paris, Panthéon-Assas, 2002, et Michel Troper, *La Séparation des pouvoirs et l'Histoire constitutionnelle française* [1973], Paris, LGDJ, 1980.

qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir<sup>3</sup>. »

Ensuite, dans tout le chapitre VI, Montesquieu applique l'idée de la balance des pouvoirs aux fonctions politiques; il suffira ici de souligner que dans la Constitution anglaise à l'exercice des deux fonctions concourraient, du moins dès le XVIII<sup>e</sup> siècle, trois organes ni spécialisés ni indépendants: la Chambre des communes, la Chambre des lords et le monarque. Ce dernier commençait alors à perdre son droit de veto et surtout le contrôle des ministres, qui allaient devenir politiquement responsables devant la majorité des Communes.

Ce que Montesquieu veut obtenir en attribuant les fonctions législative et exécutive à des organes de ce type n'est pas donc une séparation, moins que jamais rigide, mais une simple balance des pouvoirs: concourant à l'exercice de leurs fonctions, législatif et exécutif sont contraints d'aller de concert. Dit d'une autre manière, la doctrine de Montesquieu est purement négative; elle ne refuse que le monopole des trois pouvoirs, et ne prône que la séparation du judiciaire: ce pouvoir que l'auteur avait exercé lui-même, quand il s'ennuyait à Bordeaux, et dont la séparation, selon lui, est le caractère distinctif des États dits modérés au XVIII<sup>e</sup> et aujourd'hui libéraux.

7

### *La séparation des pouvoirs au sens strict*

*La séparation des pouvoirs au sens strict* – où « pouvoirs » signifie organes, et « séparation » spécialisation des fonctions et indépendance réciproques des organes – est proposée par Montesquieu dans les célèbres passages de l'*Esprit des lois* (XI, VI) sur la puissance de juger. Tandis que le législatif et l'exécutif anglais participent exceptionnellement à la fonction judiciaire, les juges ne participent jamais aux fonctions législatives et exécutives: ils sont donc organes spécialisés et indépendants par rapport aux autres. Du reste, la puissance de juger est la seule que l'auteur voudrait voir « séparée » des autres: tandis qu'il écrit que même en Angleterre les trois pouvoirs sont « distribués et fondus ».

C'est cependant ici, où les thèses de Montesquieu sont devenues un lieu commun, qu'elles pourraient paraître plus surprenantes. Au regard du contexte anglais, en effet, l'auteur néglige la production du droit par les juges de *common law*. Même par rapport au contexte continental, au

---

3. Voir Bernard Manin, « Les deux libéralismes. La règle et la balance », in Christian Biet et Irène Théry (dir.), *La Famille, la Loi, l'État. De la Révolution au Code civil*, Paris, Imprimerie nationale et Centre Pompidou, 1989, p. 372-389.

demeurant, il paraît ignorer la participation des juges à la production du droit sous la forme de l'*interpretatio* du *ius commune* : négligence et ignorance qui pourraient paraître curieuses à ceux qui ne voient en Montesquieu, à la Louis Althusser, que l'héritier d'une tradition nobiliaire et anti-absolutiste qui avait toujours tenu à l'autonomie des Parlements<sup>4</sup>.

8 En réalité, si la faveur de l'auteur pour les juges ne se manifeste que dans la qualification du judiciaire comme l'un des trois pouvoirs constitutionnels, jamais il ne considère ce pouvoir au même niveau que les autres : pour lui, au contraire, il doit être un pouvoir nul dès son attribution. On ne remarque jamais suffisamment, en effet, que Montesquieu attribue le pouvoir de juger à des jurés tirés au sort dans la même classe que les particuliers soumis au jugement ; les nobles, du moins, ne devraient être jugés que par leurs pairs, d'après cette inégalité devant la loi qui était constitutive de la société d'Ancien Régime et que l'auteur se garde bien de contester. Mais surtout, lorsqu'on cite Montesquieu à propos des juges, l'on suppose qu'il parle de juges permanents, tandis qu'il évoque des jurys.

C'est bien cela qui explique les passages de l'*Esprit des lois* (XI, VI) à la fois les plus connus et les plus équivoques. « De cette façon la puissance de juger, si terrible parmi les hommes, n'étant attachée ni à un certain état ni à une certaine profession, devient, pour ainsi dire, invisible et nulle. On n'a point continuellement des juges devant les yeux ; et l'on craint la magistrature. » Ensuite, ce sont bien les jugements prononcés par des jurés qui, l'optimisme aidant, pourraient être fixes « à un tel point, qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi ». Encore, ce sont justement les jurés qui sont présentés comme « la bouche qui prononce les paroles de la loi : des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur ». Enfin, dès la Révolution, on a demandé à des juges permanents ce que Montesquieu ne demandait qu'à des jurés.

#### LE PASSÉ DE LA DOCTRINE

Il y a des auteurs et des œuvres, comme le remarque Jorge Luis Borges, qui créent leurs précurseurs : c'est bien le cas de Montesquieu, et de ce texte inépuisable qu'est l'*Esprit des lois*. Ici on ne donnera que peu d'exemples, du reste assez connus, de précédents de la séparation des pouvoirs, en utilisant encore la grille de présentation des concepts de distinction, balance et séparation stricte, mais avec deux précisions. La première

---

4. Voir Louis Althusser, *Montesquieu. La politique et l'histoire*, Paris, PUF, 1959.

consiste à dire qu'il ne s'agit de précédents qu'à rebours, c'est-à-dire à la condition de relire des textes antérieurs à la lumière d'un ouvrage suivant. La deuxième précision, c'est que la sélection des précédents pourra être doublement anachronique : elle pourra servir à souligner les aspects du passé de la séparation des pouvoirs qui de quelque façon anticipent son futur.

### *La distinction des pouvoirs*

S'il est facile de retrouver des tripartitions des pouvoirs avant Montesquieu, le plus important précédent qui comprenne aussi le judiciaire n'est pas plus moderne que le livre IV de la *Politique* d'Aristote, où on lit : « Dans toute constitution, il y a trois parties [...]. La première, c'est l'assemblée générale délibérant sur les affaires publiques ; la deuxième, c'est le corps des magistrats [...], la troisième, c'est le corps judiciaire<sup>5</sup>. » C'est bien là, du reste, que la fonction de juger est exercée par des citoyens tirés au sort, choix démocratique par excellence : à ce sujet, en effet, Montesquieu cite en note Athènes et non l'Angleterre.

D'un pouvoir judiciaire ne parlent ni le *Defensor pacis* (1324) de Marsilio de Padoue, qui distingue la fonction législative attribuée à une assemblée populaire de la fonction exécutive confiée au prince, ni, à plus forte raison, les théoriciens modernes de la souveraineté, tels que Jean Bodin ou Thomas Hobbes ; le second, au contraire, assimile explicitement les juges à des fonctionnaires du souverain dans son *Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Law of England* (posthume, 1681). Le pouvoir judiciaire n'est pas non plus thématiquement par le théoricien de cette *Glorious Revolution* (1688) qui avait pourtant connu l'alliance entre Parlement et *common lawyers* : ce John Locke toujours estimé comme le précurseur direct de Montesquieu.

Dans le *Second Treatise of Government* (1690), en effet, Locke distingue une fonction législative, confiée au *King in Parliament*, et deux fonctions confiées au monarque seul et nommées exécutive et fédérative : qui ne sont que l'exécutif de Montesquieu dans les relations respectivement internes et externes à l'État<sup>6</sup>. L'indépendance du pouvoir judiciaire sera bientôt consacrée par l'*Act of Settlement* (1701) ; mais John Austin, au XIX<sup>e</sup> siècle, qualifiera les juges de délégués du monarque, à la Hobbes : tout en reconnaissant la qualité supérieure du *common law*,

5. Aristote, *La Politique*, 1297b 35-1298a.

6. John Locke, *Second Treatise on Government* (1690), Londres, JM Dent & Sons, 1924, p. 191 sq. (II, 12).

fait par les juges, par rapport au *statute law*, fait par les politiciens. Si Locke est un précurseur de Montesquieu, de toute façon, c'est moins en raison de sa distinction des pouvoirs que du rapport institué entre eux : la balance des pouvoirs.

### *La balance des pouvoirs*

Les précédents les plus anciens sont dans le *De republica* de Cicéron et dans les *Histoires* de Polybe<sup>7</sup> : où la République romaine est interprétée comme gouvernement mixte de monarchie (pour les deux consuls), d'aristocratie (pour le Sénat) et de démocratie (pour les comices)<sup>8</sup>. Dès alors, on reprendra cette idée d'un gouvernement mixte toutes les fois qu'on voudra louer un gouvernement pour sa modération : et ce sera notamment le cas de la monarchie constitutionnelle anglaise. 10 Montesquieu, lui, avait une autre idée de la modération : à son avis, les républiques d'Italie avaient été moins modérées que les monarchies contemporaines, justement parce que le judiciaire n'y était pas séparé des pouvoirs politiques.

Du reste, le passé de la balance des pouvoirs était bien dans cette dynamique féodale de classes, corporations, bourgs, églises, qui avait fini par se sédimenter dans la Constitution anglaise : où l'équilibre constitutionnel entre roi, Chambre des lords et Chambre des communes ne faisait que reproduire l'équilibre social entre Cour, noblesse et peuple. Pourtant le modèle anglais n'était pas simplement issu des nostalgies féodalistes de l'auteur ; il y avait là aussi le souvenir du Machiavel républicain et de son éloge du conflit, qui deviendra chez les économistes le jeu des intérêts et des passions humaines<sup>9</sup>.

Le penchant pour l'aristocratie, en effet, ne fut que trop facilement deviné dans l'œuvre de Montesquieu par les philosophes et les révolutionnaires ; en réalité, les plus éclairés d'entre eux n'ignoraient pas que la *balance of powers* américaine pouvait bien se passer de l'inégalité des rangs, et que la dynamique naturelle ou évolutive des *checks and balances* anglais pouvait être imitée par l'art social. « Art social » est une expression d'Emmanuel Sieyès<sup>10</sup>, qui sera pourtant l'ennemi le plus farouche de la

---

7. Voir, respectivement, Cicéron, *De republica*, I, 29 et 45, ainsi que Polybe, *Histoires*, VI, 10-18.

8. L'œuvre de référence, là, reste encore Maurice J. C. Vile, *Constitutionalism and Separation of Powers* (1967), Indianapolis, Liberty Fund, 1998.

9. Voir le classique Albert O. Hirschman, *Les Passions et les Intérêts* [1977], PUF, 1980.

10. Voir Pasquale Pasquino, *Sieyès et l'Invention de la constitution en France*, Paris, Odile Jacob, 1998.

balance mais aussi l'ingénieur ès constitutions le plus proche, en France, de la séparation des pouvoirs au sens strict.

*La séparation des pouvoirs,  
distinction entre gubernaculum et iurisdictio*

Ici, enfin, le seul précédent que j'invoquerai – faute de compétence médiévisite et de précédents plus spécifiques – sera la distinction entre *gubernaculum* et *iurisdictio* retrouvée par Charles McIlwain dans l'œuvre de Henry de Bracton *De Legibus et consuetudinibus Angliae* (à peu près 1260)<sup>11</sup>. McIlwain est le premier théoricien, entre les deux guerres mondiales, de ce *constitutionalism* qui va laisser la place au *new constitutionalism* après Auschwitz ; et c'est justement dans ce nouveau constitutionnalisme que, comme on verra dans la dernière partie, la *iurisdictio* jouera un rôle de plus en plus envahissant, au détriment de la séparation des pouvoirs au sens strict.

11

D'après Bracton-McIlwain, le monarque médiéval aurait eu deux fonctions, l'une étrangère au droit, l'autre nominalement soumise à celui-ci. La fonction étrangère au droit est justement le *gubernaculum* : fonction que l'on ne pourrait appeler exécutive parce qu'elle n'exécute ni le droit ni moins encore la loi mais, comme prérogative du roi, ne fait que pourvoir librement au salut de l'État. La fonction soumise au droit, par contre, est la *iurisdictio*, le *ius dicere* : la législation abstraite du roi ou du Parlement ainsi que la décision concrète du juge. La distinction, à vrai dire, montre surtout combien la tradition d'Ancien Régime était éloignée d'une quelconque séparation des pouvoirs. Le roi médiéval était considéré comme la source unique de toute justice : ce qui pour Montesquieu deviendra la définition même du despotisme.

Et pourtant cette même *iurisdictio* peut bien être vue comme le noyau originaire du constitutionnalisme anglo-américain. Le roi anglais, en fait, ne pourra faire autre chose que déléguer ce pouvoir aux juges ; les *common lawyers* tels qu'Edward Coke deviendront ensuite les plus puissants alliés du Parlement contre le roi : et le *common law* lui-même finira par être appelé par Jeremy Bentham *juge-made law*, droit fait par les juges. C'est là, peut-être, le véritable paradoxe du pouvoir judiciaire. Il n'a été reconnu comme pouvoir constitutionnel par Montesquieu qu'à la condition de le rendre nul, il sera organisé après la codification

---

11. Voir Charles McIlwain, *Constitutionalism. Ancient and Modern*, Ithaca (NY), Cornell University Press, 1947.

de manière à ne pouvoir qu'appliquer les codes napoléoniens ou la loi issue du législatif. Pourtant il a continué à participer à la production du droit, en devenant le véritable protagoniste du futur de la séparation des pouvoirs.

## LE FUTUR DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS

Les derniers trois siècles, il faut à peine le dire, ont tout changé; les derniers cinquante ans, en particulier, ont vu la métamorphose de l'État législatif (*Gesetzesstaat* en allemand), national, démocratique et légicentrique, en État constitutionnel (*Verfassungsstaat*), non seulement régi par cette source supérieure qu'est la Constitution, mais de plus en plus intégré dans les communautés européennes, internationale et globale<sup>12</sup>. Mais surtout le futur de la séparation des pouvoirs a pris souvent la forme d'un retour au passé; en particulier, le phénomène qu'une littérature toujours croissante appelle *judicialisation*, globalisation judiciaire ou même juristocratie<sup>13</sup> est assez analogue à la *iurisdictio* d'Ancien Régime pour s'autoriser à hasarder une hypothèse. Les juges ont toujours participé à la production du droit, à titre d'*interpretatio* ou de simple interprétation<sup>14</sup>; la séparation du judiciaire prônée par Montesquieu, donc, n'a été au plus qu'une exception, elle-même plus apparente que réelle.

### *La distinction des pouvoirs*

Dès le XIX<sup>e</sup> siècle la tendance a toujours été d'ajouter de nouveaux pouvoirs aux trois établis par Montesquieu. L'on avait à peine distingué les pouvoirs exécutif et royal que l'on a commencé à parler du pouvoir neutre du monarque constitutionnel ou de la plupart des présidents de la République. Ensuite est venu le pouvoir municipal des États fédérés, des Länder ou des régions autonomes, qui a fait parler d'une séparation verticale, entre État fédéral et ses parties, qui serait supplémentaire, voire complémentaire à la séparation traditionnelle, rebaptisée horizontale<sup>15</sup>. Et que dire de

12. Voir du moins Bruce Ackermann, « The New Separation of Powers », *Harvard Law Review*, n° 113, 2000, p. 633 sq.

13. Voir Ran Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2004.

14. Voir Giovanni Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*, Bologne, Il Mulino, 1976.

15. Voir déjà Carl Friedrich, *Constitutional Government and Democracy* [1937], Boston (UK), Ginn, 1949, p. 173, et aujourd'hui Giuseppe Bognetti, *La divisione dei poteri*, Milan, Giuffrè, 2001, p. 11-12.

cette constellation de pouvoirs publics et privés qui participent à la gouvernance administrative, communautaire ou internationale ?

Avec l'État constitutionnel, on a ajouté à la liste le contrôle de constitutionnalité, bien que le *judicial review* fût vieux de deux siècles aux États-Unis ; on a même essayé d'intégrer les pouvoirs étatiques dans ce réseau de pouvoirs globaux quelquefois favorables, quelquefois tout à fait contraires au but original de la séparation : la liberté, voire les droits individuels. Surtout, après le quatrième pouvoir, qui aurait été la presse, on a commencé à ajouter à la liste tous les pouvoirs sociaux (économiques, financiers, scientifiques, culturels, médiatiques...) qui, de quelque façon que ce soit, puissent l'emporter sur les pouvoirs politiques. Le pluralisme social devient alors l'horizon inévitable du futur de la séparation des pouvoirs, comme le particularisme des corps intermédiaires l'était de son passé.

13

### *La balance des pouvoirs*

Il faut aussi reconnaître le changement des équilibres entre les trois pouvoirs de Montesquieu. Le Parlement, à l'exception de Westminster, a presque partout perdu la centralité que lui attribuaient les doctrines modernes de la souveraineté et de la démocratie représentative, au profit du pouvoir d'orientation politique acquis par l'exécutif, et dans l'exécutif par un leader de plus en plus médiatique<sup>16</sup>. La tâche du législatif, aujourd'hui, est moins de faire les lois, fonction pour laquelle il se révèle de plus en plus inadéquat, que d'assurer le contrôle démocratique sur les décisions des gouvernements nationaux et, dans le cadre de l'Europe, des autorités de l'Union.

Surtout, il faut encore admettre que le pouvoir judiciaire n'a jamais fini d'accroître sa prise sur la vie sociale, à l'intérieur et à l'extérieur des États. À l'intérieur, le pouvoir nul de Montesquieu, loin d'être attribué à des jurys, est revenu à des juges permanents et il a crû toujours, aussi pour répondre aux attentes de justice que les autres pouvoirs n'arrivaient pas à satisfaire : croissance devenue incontestable – même pour les juristes français – après la diffusion planétaire du contrôle de constitutionnalité des lois dès la fin de la Seconde Guerre mondiale. À l'extérieur, l'intégration des systèmes juridiques a été favorisée moins par les pouvoirs politiques, sujets à un contrôle plus étroit de la part des opinions publiques nationales, que par ce qu'on appelle parfois le dialogue

---

16. Voir Bernard Manin, *Le Principe du gouvernement représentatif*, Paris, Calmann-Lévy, 1995.

transversal des cours<sup>17</sup> : bien que séparées, à plus fortes raisons si étrangères, ces dernières travaillent de plus en plus ensemble à la garantie des droits.

### *La séparation des pouvoirs*

C'est là que la doctrine de Montesquieu a remporté sa victoire à la Pyrrhus. Depuis la Révolution et la codification, en effet, on a donné à des juges permanents cette fonction de pouvoir nul que Montesquieu attribuait à des jurés ; en France, avec le style syllogistique de rédaction des sentences imposé par le contrôle de Cassation, on a même cru avoir déraciné le véritable ennemi : l'interprétation judiciaire, sinon le cauchemar du gouvernement des juges. En réalité, même au temps et sous les formes de la séparation des pouvoirs, les juges ont continué à faire ce qu'ils ont toujours fait : participer avec le législateur à ce que les Américains appellent *legal process*, c'est-à-dire à la production du droit par plusieurs organes.

La vérité c'est que la séparation des pouvoirs serait incompatible avec le gouvernement des juges, si celui-ci avait jamais existé, mais est parfaitement compatible avec la participation des juges à la production du droit ainsi qu'à la garantie des droits. La politique et le droit, la législation et la juridiction n'entrent pas nécessairement en conflit, non plus dans le cas du contrôle de constitutionnalité, parce qu'il s'agit de fonctions différentes et complémentaires : faire les lois d'un côté, les appliquer et même les annuler, sans pouvoir se passer de les interpréter, de l'autre<sup>18</sup>. Et là la tâche du théoricien ou de l'historien n'est pas de prophétiser quelque Moyen Âge à venir où les juges puissent enfin se substituer aux politiciens, mais de comprendre que le refus de la production judiciaire du droit n'a été qu'une exception dans l'histoire.

---

17. Voir la tétralogie de Mireille Delmas-Marty, *Les Forces imaginantes du droit*, Paris, Seuil, 2004-2011 ; Julie Allard et Antoine Garapon, *Les Juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Paris, Seuil, 2005.

18. Je me permets ici de renvoyer à Mauro Barberis, « Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione », *Analisi e diritto*, 2004, p. 1 *sq.*, ainsi qu'à « Séparation des pouvoirs », in Dominique Chagnollaud et Michel Troper (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. I, *Théorie de la Constitution*, Paris, Dalloz, 2012, p. 705 *sq.*

R É S U M É

---

*L'étiquette « séparation des pouvoirs », appliquée à la doctrine de Montesquieu, signifie trois choses : une distinction des fonctions constitutionnelles et deux règles différentes – balance et séparation des pouvoirs au sens strict – pour les distribuer entre les organes constitutionnels. En adoptant cette grille analytique, l'intervention constate que seul le judiciaire, d'après Montesquieu, devait être séparé des autres pouvoirs : mais en l'attribuant à des jurés et non à des juges permanents. De plus le travail montre que le temps historique de la séparation des pouvoirs – l'époque de l'État législatif, en tant qu'opposé à l'État constitutionnel – est suspendu entre un passé et un futur où, non seulement législatif et exécutif se sont toujours balancés entre eux, mais où les juges ont toujours participé à la production du droit.*



# 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 divisés<sup>1</sup>. » 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 constitutionnelle<sup>2</sup>. Au xx<sup>e</sup> 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 contemporains<sup>3</sup>. 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 souveraine<sup>4</sup> ? » 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)<sup>5</sup>.

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 1931<sup>6</sup>, 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<sup>re</sup> 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 Schmitt<sup>7</sup>. 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 britannique<sup>8</sup>. 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 maintenir<sup>9</sup>. »

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 neutre<sup>10</sup> 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 allemand<sup>11</sup>. 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<sup>re</sup> 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'urgence<sup>12</sup>.

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"<sup>13</sup>. »

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 acéphale<sup>14</sup>. » 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<sup>re</sup> 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<sup>re</sup> 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 1919<sup>15</sup>. 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*<sup>16</sup> ». 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 affaires<sup>17</sup> ». 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 Weimar<sup>18</sup>, 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 affaires<sup>19</sup>. »

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 organes<sup>20</sup> ». C'est à ce titre que la justice constitutionnelle devient « l'affirmation du principe de la séparation des pouvoirs<sup>21</sup> » 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 qualitative<sup>22</sup>. »

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 autres<sup>23</sup> ». 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 législatif<sup>24</sup>. » 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 France<sup>25</sup>. » 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<sup>26</sup> ».

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'éteindre 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 acquise<sup>27</sup>. »

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 publiques<sup>28</sup> » 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<sup>e</sup> 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 neutralité<sup>29</sup>. 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 Meyer<sup>30</sup>. 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 régulation<sup>31</sup>. 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 place<sup>32</sup> ».

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.*



---

MATHIEU TOUZEIL-DIVINA

PRINTEMPS & RÉVOLUTIONS  
ARABES : UN RENOUVEAU POUR  
LA SÉPARATION DES POUVOIRS ?

29

Article censuré de la Déclaration :  
chaque Homme a droit à une vie de rattrapage<sup>1</sup>.

Les constitutionnalistes qui, depuis plus d'un siècle, ont théorisé l'expression popularisée par le baron de Montesquieu de « séparation des pouvoirs » ont beaucoup dénoncé sa mythification<sup>2</sup>. À son égard, on pourrait du reste parler non pas de mythe mais de mythologies au pluriel tellement les idées reçues (et parfois fausses) sont nombreuses. Ainsi, certains ont-ils estimé que la critique de l'expression était récente alors que l'histoire nous montre, au contraire, que c'est très rapidement que la doctrine a su dénoncer un mythe<sup>3</sup>. De même, d'aucuns ont-ils affirmé ou mis en avant le caractère matériellement irréalisable et historiquement irréaliste de l'expression. De fait, certains considèrent désormais qu'elle n'aurait plus aucune utilité concrète et appellent à sa mise au rebut juridique<sup>4</sup>. Pourtant, affirmer cela revient à nier plusieurs

---

1. Abdellatif Laâbi, *Œuvre poétique II*, Paris, La Différence, 2010, p. 89. Le présent article est dédié à Wafa & Samira.

2. Voir René Capitant, « La réforme du parlementarisme », in René Capitant et Olivier Beaud, *Écrits d'entre-deux-guerres (1928-1940)*, Paris, Panthéon-Assas, 2004, p. 327 ; Michel Troper, *La Séparation des pouvoirs et l'Histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1973, et *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, 1994, p. 223 sq. ; et Maurice Duverger, *Les Partis politiques*, Armand Colin, 1976, et *Échec au roi*, Paris, Albin Michel, 1977. Ce dernier a présenté une très convaincante théorie d'opposition des pouvoirs majoritaire et tribunicien.

3. On pense notamment au doyen Foucart, voir Mathieu Touzeil-Divina, *Un père du droit administratif, le doyen Foucart (1799-1860)*, Paris, LGDJ, 2012 (en cours).

4. Marie-Claire Ponthoreau, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2011, p. 181.

éléments. D'abord, croire de façon *ultrapositiviste* que seul compte le droit en vigueur est à nos yeux une ineptie. Ensuite, même si la séparation des pouvoirs n'est qu'un des mythes du *démo-libéralisme*<sup>5</sup> triomphant et que celui-ci n'est qu'un idéal ou un objectif à atteindre<sup>6</sup>, il remplit en tant que tel un rôle. En outre, lorsque l'on constate que la très grande majorité des constitutionnalistes continue de professer de longs développements à cette théorie et à ses répercussions en tant que source de la principale classification des régimes constitutionnels<sup>7</sup>, il apparaît bien dommageable de vouloir balayer aussi vite l'expression mythique. Enfin, nos visions autocentrées du monde et des idées politiques nous font trop souvent oublier l'existence d'autres temps et d'autres sociétés. Or, le droit positif comparé nous permet précisément de nous interroger sur l'utilité renouvelée de la théorie de la séparation des pouvoirs au prisme du ou des Printemps arabe(s). Le mythe ne reprendrait-il pas du service dans son sens originel ? Pour s'en convaincre, on constatera d'abord que toutes les révolutions arabes contemporaines ont eu un point commun : la dénonciation de la concentration des pouvoirs. Partant, on se demandera comment quelques pays y ont répondu prenant alors les exemples égyptien, tunisien et marocain.

#### LE PRINTEMPS ARABE, *NAHDA* ET DÉNONCIATION DE LA NON-SÉPARATION DES POUVOIRS

La *Nahda*<sup>8</sup> ici évoquée et que le parti majoritaire tunisien a intégrée de façon éponyme en se qualifiant d'Ennahda (mouvement de la renaissance) exhorte l'idée d'un *risorgimento* : un renouveau que la Révolution porterait. Tel est bien l'objet premier d'une révolution : modifier les bases établies pour fonder ou refonder un socle ; renaître en dénonçant ce qui ne tenait plus ou ne pouvait plus tenir à l'instar d'une concentration des pouvoirs.

5. Tel que conçu et théorisé par le professeur Jean-Jacques Chevallier.

6. Armel Le Divellec évoque quant à lui un dogme, « une sorte d'esthétique de théorie constitutionnelle », dans *Le Gouvernement parlementaire en Allemagne*, Paris, LGDJ, 2004.

7. Pour un exemple des plus traditionnels : Thomas Goudou, *L'État, la Politique et le Droit parlementaire en Afrique*, Paris, Berger-Levrault, 1987, p. 113 sq.

8. Anne-Laure Dupont, « Nahda, la renaissance arabe », *Manière de voir*, n° 106, août 2009, p. 28 sq.

*Au sens premier de la séparation des pouvoirs*

Il y a presque autant d'interprétations du sens et de la réalité de l'expression de séparation des pouvoirs que de publicistes, mais il y a un dénominateur commun sur lequel chacun s'accordera : le fait que l'expression a d'abord eu comme sens celui de dénoncer la concentration des pouvoirs retenus entre les mains d'un seul corps. La séparation, afin de protéger droits fondamentaux et liberté politique, est un refus et non une injonction de séparation absolue. D'aucuns l'exposent d'ailleurs comme « une condition *sine qua non* de la liberté<sup>9</sup> », ce qu'avait avancé Benjamin Constant dans son *Cours de politique constitutionnelle* dès 1818. C'est en outre parce que Montesquieu était convaincu de ce que les normes écrites ne suffiraient formellement pas qu'il a mis en avant l'importance de contre-pouvoirs réels et mécaniques, de telle sorte que « le pouvoir arrête le pouvoir<sup>10</sup> ». Pour ce faire, la nécessité de diviser le pouvoir, par les deux règles bien connues de spécialisation et d'indépendance, s'impose : « Tout serait perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs : celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers<sup>11</sup>. » Autrement dit, il faut bien garder à l'esprit que cette première formulation est avant tout négative : elle éclaire ce qu'il faut éviter<sup>12</sup>. Or, aujourd'hui – en Europe en particulier – cet état d'esprit de lutte contre l'arbitraire nous semble heureusement bien loin et nous en avons oublié que lorsque Montesquieu et Rousseau<sup>13</sup> en France ou Locke<sup>14</sup> en Angleterre prônaient

31

9. Véronique Champeil-Desplats, « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Paris, Presses de Paris X, 2008, p. 19.

10. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1748, livre XI, chap. iv.

11. *Ibid.*, XI, vi.

12. Ainsi qu'on l'explique aux étudiants « la théorie de la séparation des pouvoirs n'a pas eu pour objet de nécessairement séparer les pouvoirs ». La tournure peut surprendre, mais elle permet au moins d'insister sur l'objet premier de la théorie : refuser la confusion des pouvoirs et l'arbitraire. Ce n'est qu'ensuite que les notions de séparations fonctionnelle et organique des pouvoirs entrent en jeu.

13. « Il n'est pas bon que celui qui fait les lois les exécute, ni que le corps du peuple détourne son attention des vues générales pour la donner aux objets particuliers », Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social*, Amsterdam, Marc-Michel Rey, 1762, livre III, chap. iv « De la démocratie ».

14. « La tentation de porter la main sur le pouvoir serait trop grande si les mêmes personnes qui ont le pouvoir de faire les lois avaient aussi entre les mains le pouvoir de les faire exécuter, car elles pourraient se dispenser d'obéir aux lois qu'elles font », écrit en ce sens Locke au chap. xii, sections 143 et 148 de son *Second Traité du gouvernement civil* (1690).

une telle théorie, il s'agissait de révolutions. Désormais, la séparation s'impose à nous naturellement alors que, précisément, elle n'est pas naturelle : elle est le fruit d'une démarche sociétale volontaire. Elle est le fruit de combats. Il ne faut pas non plus négliger une séparation que la laïcité française nous fait oublier : celle des pouvoirs spirituel et temporel.

*Parallèles méditerranéens : Basta & Kifaya*<sup>15</sup>

Ne peut-on donc pas tenter un parallèle entre cette période européenne des Lumières sortant de l'absolutisme royal de la concentration des pouvoirs (politique, législatif, judiciaire, exécutif, financier, religieux, etc.) et le(s) Printemps arabe(s) contemporain(s)<sup>16</sup> ? Dans les deux cas, ne sommes-nous pas en face de peuples révoltés qui refusent la concentration du ou des pouvoirs ?

Par « Printemps » et « Révolution » arabes, on fera référence aux événements du versant méridional de la Méditerranée ayant embrasé par ordre chronologique au moins les pays suivants : Tunisie, Algérie, Yémen, Jordanie, Mauritanie, Arabie Saoudite, Égypte, Syrie, Maroc et Libye et ce entre le 17 décembre 2010 (date de l'immolation de Mohamed Bouazizi à Sidi Bouzid) et le mois de juin 2012 (date d'écriture du présent article)<sup>17</sup>. Selon les pays et les moments de cette courte période, les événements ont été d'intensité très variable et nous ne disposons pas encore du recul nécessaire à un examen définitif. Toutefois, on peut déjà distinguer dans ces différents mouvements de contestation des points communs. D'abord, outre l'argument géographique, il s'agit dans toutes les hypothèses de révoltes populaires et non, comme en 1789 au début de la Révolution française, de révolutions d'une seule classe ou d'un seul groupe (en l'occurrence les bourgeois en 1789, rejoints seulement ensuite par le peuple). En outre, toutes ces révoltes ont eu deux objectifs essentiels : un refus de la misère et de conditions sociales désastreuses adossées à un climat généralisé de corruption ainsi qu'un désir ardent de changement

15. Dans les deux cas, en italien comme en arabe, l'expression signifie : « il suffit ! », « stop ! », « ras-le-bol ! ».

16. Mentionnons à cet égard la création récente, le 19 mars 2012 à l'Institut de France, d'un groupe de recherche : le Laboratoire méditerranéen de droit public (LM-DP) qui s'est donné pour objet de comparer les droits européens et maghrébins notamment autour du bassin méditerranéen ([www.lm-dp.org](http://www.lm-dp.org)).

17. Nous n'oublions pas pour autant les prémisses telles que la « poussée d'avril » jordanienne (1989) qui avait elle aussi désiré « le développement des libertés et la limitation des pouvoirs du roi » : Jamal Al Shalabi, « Jordan: Revolutionaries without a Revolution », *Révolutions arabes, premiers regards*, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 87 sq.

politique incarné sur les calicots par l'impératif « Dégage ! » adressé aux dirigeants en place au nom de libertés par trop niées. Précisément, ce « Dégage ! » (*Erhal* en arabe) est un refus de concentration des pouvoirs ainsi qu'un appel à la séparation de ceux-ci.

C'est un cri, interprété en Occident comme un appel au *démo-libéralisme* : il est avant tout un refus et une dénonciation de l'accaparement des richesses et des pouvoirs soit par un même groupe (comme l'armée en Égypte ou en Algérie<sup>18</sup>), soit par une même famille qu'incarne un chef. De fait, ont précisément quitté leurs fonctions Hosni Moubarak (en Égypte), Mouammar Kadhafi (en Libye suite à des circonstances certes différentes et notamment internationales), Ali Abdallah Saleh (au Yémen) ou encore Zine el-Abidine Ben Ali (en Tunisie). D'aucuns affirment ainsi que le « clan » Ben Ali aurait accumulé en vingt-trois ans de 5 à 10 milliards d'euros. Souvenons-nous, du reste, qu'en 1861 déjà, la première Constitution tunisienne avait été bâtie sur cette même revendication de non-concentration des pouvoirs<sup>19</sup>.

33

LES PRINTEMPS ÉGYPTIEN ET TUNISIEN,  
UNE TENTATIVE VOLONTAIRE MAIS FLOUE  
DE SÉPARATION DES POUVOIRS

« Comment organiser le pouvoir ? » Cette question est la question essentielle du droit constitutionnel et de l'histoire des idées politiques et ce, de façon universelle. Il s'y agit, résume Michel Troper, d'affirmer « la répartition des compétences la plus propre à garantir la liberté<sup>20</sup> ». La théorie de la séparation des pouvoirs apparaît alors comme une première clef pour répondre à cette question tout du moins lorsqu'un idéal démocratique se fait entendre. Si le peuple, et non simplement un groupe, entend gouverner, le pouvoir doit être aménagé en ce sens par le biais non seulement d'une représentation mais encore d'un partage *a priori* des fonctions. En outre, cet idéal posé et les modèles de concentration des pouvoirs exclus, la doctrine a envisagé différents modèles de séparation : le modèle dit présidentiel, rigide, et le modèle dit parlementaire, plus

18. Sur ce point : Tahar Ben Jelloun, *L'Étincelle*, Paris, Gallimard, 2011, p. 78, et Salim Chena, « L'Algérie dans le "printemps arabe" entre espoirs, initiatives et blocages », in *Révolutions arabes*, *op. cit.*, p. 101 *sq.*

19. M'hamed Oualdi, « D'où viennent les Révolutions arabes ? », *L'Histoire*, n° 52, septembre 2011.

20. Michel Troper, « Séparation des pouvoirs », *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, p. 900.

souple. Il ne s'agit toutefois pas ici de contester la pertinence de ces deux modèles, dont tout le monde convient aujourd'hui qu'aucun n'opère de véritable séparation stricte mais davantage une collaboration, voire, pour le cas parlementaire, une quasi-fusion de ceux-ci, ainsi que l'affirmait déjà Walter Bagehot il y a près d'un siècle et demi. Nous nous intéresserons en revanche à la mise en avant de la séparation des pouvoirs – dans son sens premier de refus de la concentration – au prisme des plus importantes manifestations du Printemps arabe.

### *Du Printemps tunisien*

34 Celle que certains ont qualifiée (en Occident) de « Révolution de jasmin » (mais davantage qualifiée de « Révolution pour la dignité » en Orient) a débuté en décembre 2010 à Sidi Bouzid. Les révoltes, dont une grande partie fut non violente, ont succédé au geste désespéré d'une immolation et ont ensuite contaminé l'ensemble du monde arabe. C'est en Tunisie que l'espoir est né.

Mais cet espoir vif et ces cris ne semblent-ils pas déjà s'essouffler ? Il y eut un élan et un appel à la démocratie : que s'est-il passé depuis ? Le dictateur a fui (14 janvier 2011), son parti, le Rassemblement constitutionnel démocratique (RCD), a été dissous (9 mars 2011) et un décret-loi du 23 mars 2011 a appelé à la formation d'une Assemblée constituante « considérant que le peuple tunisien est souverain et exerce sa souveraineté par le biais de ses représentants élus au suffrage direct, libre et équitable » et « considérant que le peuple a exprimé au cours de la révolution du 14 janvier 2011 sa volonté d'exercer sa pleine souveraineté dans le cadre d'une nouvelle Constitution ». Par suite, la nouvelle Chambre, l'Assemblée nationale constituante (ANC, composée de 217 députés) a été élue le 23 octobre 2011, matérialisant ainsi les premières élections libres. Celles-ci ont conduit au sein du nouveau pouvoir constituant (et législatif) plus de dix groupes dont le plus important est Ennahda (89 élus). Comme souvent dans les jeunes ou apprenties démocraties, la vie politique est à reconstruire quasiment *ex nihilo*. Les structures n'existent pas encore de façon stabilisée et, de fait, le seul véritable repère qu'ont les citoyens est celui de la religion. Entre l'inconnu et l'existence de guides présents depuis toujours, il est naturel que le citoyen n'ose s'aventurer. « Reste que la mouvance islamique » a sûrement « récolté les fruits d'une Révolution qu'elle n'a pas vu venir. Elle a surtout profité d'un trop-plein politique désorganisé, autant dire d'un vide. Les acteurs du soulèvement [n'ayant pas voulu ou pu] prendre le pouvoir », expliquent Olivier Roy et Olivier Morin, et les islamistes sont apparus « comme

la seule force structurée<sup>21</sup> ». Si à cette situation l'on ajoute en outre un scrutin proportionnel, la division et la multiplication des groupes s'expliquent aisément.

Quoi qu'il en soit, comment l'ANC, dépositaire de cet espoir et de ce refus de la concentration des pouvoirs, gère-t-elle ce mandat ? Après avoir élu son président, Mustapha Ben Jaafar, l'Assemblée n'a pas directement voté de Constitution mais a préféré retenir une première Loi constitutionnelle et provisoire d'organisation des pouvoirs publics. Cette dernière, que l'on nomme parfois « mini-Constitution », a été votée le 10 décembre 2011 et promulguée le 16 courant par le nouveau président de la République, Moncef Marzouki, élu (par l'ANC) le 12 du même mois. Pour cette élection, 10 candidats s'étaient fait connaître parmi les membres élus de l'Assemblée, mais les conditions – posées par les articles 9 et 10 de la Loi provisoire – ont verrouillé ce suffrage. En effet, à part Ennahda, rares sont les groupes politiques capables de capitaliser plus de 15 membres (et ce, même au 1<sup>er</sup> février 2012 lors de la reconstitution de ceux-ci). Or, pour être éligible à la plus haute fonction républicaine, Ennahda a fait voter les conditions cumulatives suivantes : être « un Tunisien musulman, non détenteur d'une autre nationalité, de parents tunisiens » ; avoir « au moins 35 ans<sup>22</sup> » et que sa candidature à l'Assemblée ait été soutenue par au moins 15 élus. Sur les 10 candidats qui se sont officiellement présentés en décembre dernier... seul l'un d'entre eux pouvait faire état de ces conditions. Cela rappelé, penchons-nous sur le texte de la « mini-Constitution ». Formellement, aucun article ne mentionne la théorie de la séparation des pouvoirs ou n'est relatif à son expression solennelle. Cependant, le titre même de la Loi constituante n°6-2011 du 16 décembre 2011 en est l'objet puisqu'elle est dite « relative à l'organisation provisoire des pouvoirs publics ». En effet, mentionner une organisation des pouvoirs publics revient *a priori*, lorsqu'est affirmé comme en Tunisie un élan républicain et démocratique, à ne pas les concentrer, mais à les répartir. Trois points sont particulièrement importants en ce sens : une volonté de distinguer les pouvoirs législatif et exécutif (titres III et IV), un refus manifeste de l'hyper-présidentialisation

21. Olivier Morin, « Tunisie : le vertige démocratique », *Études*, 2012, t. 416, p. 452, et Olivier Roy, « La galaxie islamiste », *Le Nouvel Observateur*, 8 décembre 2011. Voyez également la très belle étude de Dominique Avon et Youssef Aschi, « Ennahda 2012, 1<sup>re</sup> année de l'exercice partagé du pouvoir en Tunisie » sur <http://religion.info>.

22. La Constitution n'a pas été officiellement traduite en langue française. Le LM-DP en a cependant offert une traduction, grâce aux travaux de Meriem Ben Lamine. C'est à partir de ce texte, disponible sur [www.lm-dp.org](http://www.lm-dp.org), que nous avons travaillé.

en réaction évidente à la dictature précédente, ainsi qu'une mise en avant de l'indépendance du « pouvoir judiciaire » (titre V). On retrouve ici les éléments classiques de la théorie constitutionnelle : une volonté de distinguer les fonctions et les organes ainsi qu'une attention particulière à l'autorité judiciaire expressément qualifiée de pouvoir. À cet égard, on notera que la « pleine indépendance » de la justice fut l'un des rares points à avoir fait l'objet d'une unanimité lors du vote constituant. Cela met en avant les théories selon lesquelles la séparation des pouvoirs est aussi (sinon surtout aujourd'hui) celle qui va permettre une opposition des pouvoirs politique et juridictionnel<sup>23</sup>. L'objectif clairement affiché est donc bien celui d'une non-concentration des pouvoirs (y compris financiers ; art. 26) et d'une diffusion de ceux-ci par le jeu, parlementaire, de contre-pouvoirs et de collaborations.

36 Deux bémols doivent cependant être exprimés : d'abord, ce texte n'a aucune vocation à la pérennité : il ne fait que réguler « l'organisation provisoire des pouvoirs publics » jusqu'à l'adoption, par l'ANC (de préférence ; art. 3) d'une Constitution pérenne. En conséquence, rien de stable n'est ici posé. Tout dépendra du texte définitif. De surcroît, même si l'objectif des républicains « renaissants » est *a priori* le retour déclaré à une séparation des pouvoirs, on notera que dès l'article 2 de la Loi constitutionnelle, il est bien précisé que l'Assemblée a pour but principal de rédiger la Loi fondamentale mais qu'elle s'occupera également (et d'ici là) « du pouvoir législatif », des élections du président de sa chambre parlementaire comme de la République ainsi que du « contrôle de l'activité gouvernementale ». En outre, en cas de défaillance de l'exécutif (art. 13 notamment), c'est bien l'Assemblée qui entend assurer le quotidien ou la relève : c'est d'elle que tout émane<sup>24</sup>. Elle est la source de tous pouvoirs à l'exception peut-être du judiciaire mais, comme c'est elle également qui va procéder à sa réorganisation (art. 22), il est permis d'affirmer que tout directement ou indirectement provient de l'ANC.

Autrement dit, la volonté de séparer les pouvoirs et de ne pas réitérer les erreurs du passé est latente et les espoirs populaires sont énormes, guidés par les derniers vers du poète Aboul Kacem Chabbi qui clôturent l'hymne tunisien : « Lorsqu'un jour le peuple aspire à la vie, le destin se doit de répondre, les ténèbres de se dissiper et les chaînes de

23. Alain Pariente (dir.), *La Séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée*, Paris, Dalloz, 2007.

24. Et c'est elle, fût-ce provisoirement, qui concentre tous les pouvoirs, cf. Ali Mezghani, « Tunisie : une révolution, une élection et des malentendus », *Le Débat*, 2012, n° 168, p. 172.

se briser. » Toutefois, comme en a particulièrement bien témoigné le professeur Ben Letaief<sup>25</sup>, c'est davantage une atmosphère de « flou », sinon d'impressionnisme, qui semble caractériser la situation tunisienne contemporaine. C'est comme si tout y était en « pause » en attendant que la page soit vraiment tournée et décidée. Les travaux douloureux de la future Constitution en sont également le témoignage. Or, pour qui s'intéresse à ce pays et à son peuple, cet état ne peut qu'inquiéter. Il existe une volonté populaire de démocratie et de séparation des pouvoirs mais sa matérialisation semble moins accessible que prévu ou espéré. Il en est de même, par d'autres circonstances, en Égypte.

### *Du Printemps égyptien*

Il y a indéniablement un Printemps égyptien mais peut-on déjà ou également parler de révolution puisque l'ordre établi n'a pas été totalement renversé (les militaires, à l'heure où nous écrivons, étant encore au pouvoir et le nouveau président n'ayant pas encore été élu) ? Certes, suite à plusieurs manifestations (entamées le 25 janvier 2011 sur la désormais célèbre place Tahrir au centre du Caire), des révoltes ont bien eu lieu et le peuple s'est soulevé, provoquant, un mois plus tard, le départ du président Moubarak. Toutefois, même si les mots d'ordre sont très similaires à ceux employés en Tunisie – « Non à la corruption, à la concentration du pouvoir et des richesses ainsi qu'à l'État policier » ; « Oui aux libertés individuelles, politiques et à la démocratie » –, le peuple ne s'est pas encore saisi du pouvoir confié à l'armée.

Celle-ci a bien suspendu la Constitution du 11 septembre 1971 et dissous le Parlement élu en novembre 2010, mais elle s'est également arrogé – de façon certes *a priori* provisoire – les pouvoirs législatif et exécutif. Le 19 mars 2011 un référendum populaire qu'elle a organisé a approuvé le principe d'une nouvelle Constitution. Au début de l'année 2012, les deux chambres parlementaires égyptiennes (la Chambre du peuple puis la *Choura*, le Sénat consultatif) ont été élues et ont, comme en Tunisie, placé à leurs têtes des représentants majoritairement issus des groupes islamistes. Et, toujours dans cette optique de séparation des pouvoirs et d'avenir démocratique, le nouveau président de la Chambre basse, Mohamed al-Katatni a ainsi déclaré : « Nous voulons construire une nouvelle Égypte, une Égypte constitutionnelle, démocratique, moderne », et « La démocratie sera la source de la force de notre Parlement ». Partant,

37

25. Table ronde organisée lors de la conférence « Constitution(s) & Printemps arabe(s) » par le Laboratoire méditerranéen de droit public le 19 mars 2012 au palais de l'Institut de France.

les nouveaux élus sont-ils chargés de rédiger un nouveau texte encore attendu... De même espère-t-on le départ annoncé de l'armée à la suite de l'élection présidentielle des 16-17 juin 2012. À cette date devrait cesser la (première) période provisoire. Entre-temps, des épurations ont été menées et l'ancien dictateur a même été condamné à la prison à vie le 2 juin 2012.

38 Toutefois, comme en Tunisie, et peut-être davantage encore, des raisons de s'inquiéter se font jour et pourraient venir trahir ou décevoir les espoirs populaires. D'abord, le fait que l'armée (et non une assemblée populaire élue) ait concentré, même provisoirement, les pouvoirs est nécessairement préoccupant. En outre, le fait que, pendant cette période de transition, des répressions, y compris de manifestations publiques et de libertés d'expression, aient eu lieu n'a rien de réconfortant. De surcroît, le fait que plusieurs autres hauts responsables proches de Moubarak aient été acquittés, alors qu'ils étaient aux responsabilités pendant qu'avaient lieu de nombreuses exactions, a de quoi surprendre. Pour les mêmes raisons que celles exprimées plus haut, on comprend que le peuple égyptien ait donné ses voix aux candidats islamistes lors des élections législatives et du premier tour au moins de la présidentielle, mais comment ne pas être gêné en constatant que se trouve en face du candidat des Frères musulmans l'ancien Premier ministre d'Hosni Moubarak ? Que penser également de cette suspension du processus constituant ? En avril 2012, en effet, la commission qui avait été chargée par le nouveau Parlement de rédiger la Loi fondamentale a été arrêtée dans sa mission par le Conseil d'État... En juin 2012, plusieurs témoignages ont montré qu'il est toujours risqué de critiquer le ou les pouvoirs en place, et que les condamnations de blogueurs et de manifestants notamment sont nombreuses. Aussi des chanteurs, comme Rami Issam, qui évoquent et revendiquent dans leurs textes Révolution et Démocratie au nom du Printemps égyptien sont-ils particulièrement surveillés, et non libres comme ils pouvaient s'attendre à le devenir. Il existe bien, du point de vue de la communication, une unique télévision réellement indépendante (TV 25 en hommage au 25 janvier 2011) et dont le but affirmé est de « sauver la Révolution » et de lutter, voire de dénoncer conséquemment une nouvelle ou une re-concentration des pouvoirs... mais cela sera-t-il suffisant ?

Enfin, nous avons le sentiment, à l'aune des Printemps égyptien et tunisien en partie, qu'un parallèle peut s'établir avec le peuple parisien (notamment) des années 1840, 1848 et 1870. C'est lui qui a fait les Révolutions, c'est lui qui s'est battu pour un changement de régime, voire pour la République et les valeurs de démocratie mais, en France,

comme à nos yeux en Égypte et en Tunisie de façon contemporaine, il a subi une captation de ses efforts et de ses espoirs par un ou plusieurs groupes. C'est ce sentiment d'une Révolution populaire volée qui semble s'étendre. Or ce malaise, s'il se généralise, sera nécessairement dangereux car il conduira à d'autres révoltes que ni le droit ni même la Constitution ne pourront empêcher, car la séparation des pouvoirs ne doit pas être qu'un effet stylistique sur un *instrumentum* : il faut la matérialiser par la mise en place de réels contre-pouvoirs.

LE PRINTEMPS MAROCAIN, UNE AFFIRMATION  
PERFORMATIVE DU « LABEL » « SÉPARATION DES  
POUVOIRS »

Au royaume du Maroc, la question pourrait paraître bien différente et pour d'aucuns ne se pose même pas puisqu'ils nient l'hypothèse d'un Printemps marocain. Nous essaierons quant à nous d'affirmer la position inverse et de voir comment le régime chérifien a réussi par le seul véritable texte constitutionnel arabe complet de cette période (la Constitution du 29 juillet 2011) à affirmer de façon solennelle une séparation des pouvoirs.

39

*Un Printemps marocain ?*

S'il est vrai qu'il n'y a pas eu de révolution marocaine au sens d'un renversement de régime politique et notamment de sa monarchie, il y a bien eu des révoltes populaires répondant aux mêmes mots d'ordre que dans la plupart des autres pays maghrébins. En outre, il est évident que la nouvelle Constitution marocaine doit principalement sa fortune, la précipitation ainsi que la promulgation de son référendum à l'existence parallèle de manifestations au Maroc (en particulier à Casablanca par le mouvement dit du 20 février<sup>26</sup>) ainsi que dans les autres pays touchés par le « Printemps ». Autrement dit, et même si la dynastie alaouite préfère encore le nier, le changement constitutionnel a bien été provoqué, aidé ou accompagné par la rue<sup>27</sup>. Il ne s'agira toutefois

26. Mostapha Bouaziz, « Le mouvement du 20 février, entre conservatismes et modernité », *Zamane*, 2012, p. 46.

27. « C'est pour prévenir la révolte que le roi a objectivement offert un premier partage des pouvoirs ; partage dont le grand gagnant est le chef du gouvernement mais partage qui n'implique pas encore et assez de véritable séparation et/ou d'équilibre des pouvoirs ; le monarque demeurant très largement prioritaire », avons-nous récemment écrit en ce sens dans un article cité *infra*.

pas ici de revenir sur l'ensemble des dispositions constitutionnelles nouvelles (libertés proclamées, prérogatives royales, parlementaires et gouvernementales, place de la justice et notamment de la nouvelle Cour constitutionnelle, etc.), ainsi que sur leurs mises en œuvre. De nombreux articles (et même ouvrages) existent déjà en ce sens<sup>28</sup>. On s'attachera en revanche à examiner la façon dont le constituant a voulu mettre en avant la théorie de la séparation des pouvoirs. Car, à la différence des Printemps précédents (tunisien et égyptien), l'expression de « séparation des pouvoirs » est très présente dans la nouvelle Loi fondamentale et est explicitement revendiquée.

40 Déjà, en 1959, Mohamed V avait affirmé sa volonté de bâtir une monarchie constitutionnelle « basée sur la séparation des pouvoirs<sup>29</sup> ». En 1963, le Conseil constitutionnel (décision du 31 décembre) avait d'ailleurs indiqué qu'il s'agissait du « fondement de la Constitution ». Toutefois la pratique et notamment la période dite *hassanienne* ont mis en œuvre une confusion des pouvoirs, du reste assumée par l'ancien monarque. Ce faisant, lors de son accession au trône, le 30 juillet 1999, Sa Majesté Mohamed VI a réaffirmé vouloir renforcer « les libertés publiques et les droits de l'homme, la séparation des pouvoirs, l'équilibre entre eux et l'indépendance de chacun ». Mais ce n'est formellement qu'en 2011 que la théorie va être constitutionnalisée. Ainsi, dans le texte même de la nouvelle Constitution, l'expression est employée, et sont mises en œuvre spécialisation et indépendance. Ainsi en est-il, dès l'article 1 : « Le régime constitutionnel du royaume est fondé sur la séparation, l'équilibre et la collaboration des pouvoirs. » Même si l'on sait qu'il est paradoxal de séparer et de permettre la collaboration de pouvoirs, on notera l'importance de cette formulation. Un titre VI s'intitule même « Des rapports entre les pouvoirs » qui atteste l'importance de leur existence distincte et non concentrée. Or, l'article 19 de l'ancienne Constitution rendait impossible toute séparation : « Tous les pouvoirs [procédant] en effet de la commanderie des croyants, et donc du roi<sup>30</sup>. » Si l'on y ajoute le fait (art. 47) que désormais le chef du gouvernement,

28. Outre les références citées *infra* et *supra*, mentionnons *La Constitution marocaine de 2011. Lectures croisées*, Rabat, Les publications de la *Revue marocaine d'administration locale et de développement (REMALD)*, coll. « Thèmes actuels », n° 77, 2012; ainsi que le numéro spécial de la *RDP* (n° 3, 2012) consacré à cette question et contenant notamment les contributions des professeurs Bendourou, Bernoussi et Touzeil-Divina.

29. Cité par Abdellatif Menouni, « Constitution et séparation des pouvoirs », *Trente Années de vie constitutionnelle au Maroc*, Paris, LGDJ, 1993, p. 197.

30. Pierre Vermeren, « Le Maroc, une royale exception ? », *Raison présente*, n° 181, 2012, p. 107.

qui tend enfin à se distinguer de l'exécutif royal (au moins formellement), sera choisi en fonction d'un critère représentatif – c'est-à-dire selon les résultats des élections de la Chambre basse –, il est manifeste qu'une déconcentration du pouvoir royal s'opère. En ce sens, hors état d'exception (art. 59), dont on sait malheureusement qu'il est parfois plus ordinaire qu'exceptionnel, le pouvoir parlementaire est affirmé notamment sur le plan législatif en concurrence avec l'exécutif royal et gouvernemental. Ce faisant, le gouvernement pourra dissoudre la Chambre basse (art. 104). À cela, il faut même ajouter une volonté d'affirmer l'indépendance de la justice (titre VII, art. 107 à 128) qui n'est pas une autorité mais clairement qualifiée de « pouvoir indépendant<sup>31</sup> ». De surcroît, le Maroc est le seul État de ces Printemps maghrébins à avoir osé proclamer une séparation verticale des pouvoirs. En effet, il ne faudrait pas omettre que la séparation des pouvoirs se conçoit non seulement de façon horizontale (entre les détenteurs du pouvoir politique national) mais encore de façon verticale (c'est-à-dire entre les administrés, les collectivités et la capitale). Sur ce point, le Maroc fait figure de militant et de chef de file indéniables. La « régionalisation avancée » qu'il déclare mettre en œuvre, notamment pour gérer au mieux la question du Sahara occidental, en offrant *a priori* plus d'indépendance et de solidarité aux différentes régions nationales, devrait être exemplaire (titre IX). Toutefois, il est évident que « la nature chérifienne » de ce pouvoir matérialise toujours une « confusion des pouvoirs, spirituel et temporel, préjudiciable à toute tentative de rééquilibrage<sup>32</sup> ». Manifestement, le roi demeure le pivot du régime : il est à la tête de conseils dits indépendants comme celui de la justice (art. 113 *sq.*) ; il préside le Conseil des ministres (art. 48) ; il nomme de très nombreuses autorités (titre III) ; il peut en dissoudre ou destituer autant et ce, sans contreparties puisqu'il est inviolable ; par l'article 65, il ouvre les sessions parlementaires et l'on imagine mal qu'il se comportera, à cette occasion, comme un monarque de type britannique lisant scrupuleusement et sans autonomie les discours et propositions préparés par son gouvernement. *De facto*, c'est une rationalisation parlementaire qui s'est exprimée plutôt qu'une revalorisation<sup>33</sup>. Même si le Maroc poursuit sa « transformation parlementaire », on ne peut pas

41

31. Mickaël Vogel, « La démocratisation au Maroc », *Études & Essais*, n° 7, Centre Jacques-Berque, novembre 2011, p. 32.

32. David Melloni, « Le nouvel ordre constitutionnel marocain », *La Constitution marocaine de 2011. Analyses et commentaires*, Paris, LGDJ, 2012, p. 18.

33. Abderrahim El Maslouhi, « Séparation des pouvoirs et régime parlementaire dans la nouvelle Constitution marocaine », *ibid.*, p. 102 *sq.*

encore écrire à son égard que le roi y règne mais ne gouverne pas. La « séparation des pouvoirs » y a été, à nos yeux, un « label » supplémentaire de communication destiné essentiellement à l'Occident<sup>34</sup>.

### *Une révision-communication !*

Partant, ne peut-on pas émettre un parallèle entre cette révision constitutionnelle marocaine et la dernière révision française (issue de la loi du 23 juillet 2008) ? En effet, dans les deux cas, la réforme a été médiatiquement présentée comme mettant en œuvre « une profonde avancée démocratique », « une révolution pour les droits et libertés », « une revalorisation parlementaire » ou encore « une modernisation du pouvoir »<sup>35</sup>. En France, comme au Maroc, la révision aurait procédé à un profond changement (plus de la moitié des articles ont été formellement modifiés ou ajoutés) ; elle a été effectuée non pas par une commission populaire (comme en Tunisie et *a priori* en Égypte), mais par des experts consultés, et enfin elle s'est réalisée dans un temps relativement bref (une année). Certes, s'imposent aussi, on ne les niera pas, des différences importantes puisqu'au Maroc les travaux liminaires de la commission Menouni ne sont toujours pas véritablement connus ou diffusés, ce qui les distingue des travaux de la commission Balladur. En outre, au Maroc, c'est le souverain – seul – qui a octroyé le texte constitutionnel approuvé par référendum à une majorité écrasante alors qu'en France ce sont les parlementaires, à une voix de majorité – seule –, qui se sont exprimés. En revanche, point commun important, de nombreux médias et même en partie la doctrine universitaire ont repris dans les deux pays les termes suivants : « Qui dit révision constitutionnelle dit amélioration constitutionnelle. » Seraient alors revalorisés, au Maroc comme en France, le Parlement et le peuple (par toute une série d'articles leur permettant désormais d'agir). Les libertés seraient davantage garanties, et la démocratie serait modernisée et assurée. Seul perdant désigné de ces révisions : le chef de l'État qui verrait son pouvoir tempéré, sinon amoindri.

Peut-on sincèrement sans ciller écrire cela, et pire : y croire ? Bien sûr, il y a dans les deux hypothèses de révision des améliorations et pourquoi pas des revalorisations ou plutôt des valorisations, mais a-t-on changé

34. Nous avons développé cet argument dans notre article précité à la RDP.

35. Ces différentes expressions se retrouvent en effet de façon similaire dans les journaux des deux pays et même dans la presse étrangère, voire dans la doctrine constitutionnaliste majoritaire. En ce sens, *Remald*, n° 245, *La Nouvelle Constitution du Royaume du Maroc 2011*, coll. « Textes et documents », Rabat, 2011, p. 76 sq.

réellement l'équilibre des pouvoirs<sup>36</sup> ? Dans les deux cas, malgré le battage médiatique et les superlatifs clinquants, le chef de l'État conserve un pouvoir considérable même s'il s'inscrit dans un environnement manifestement ouvert aux conditions d'un régime parlementaire. En France et au Maroc, malgré la refonte de près de la moitié des articles, les systèmes présidentieliste national (hors cohabitation) et monarchique concentré demeurent. Le chef de l'État en est toujours l'évidente « clef de voûte » et l'équilibre des pouvoirs n'a pas réellement ou suffisamment été modifié. Le déséquilibre est toujours manifeste au profit de l'exécutif.

Certes, le président et le monarque ont accepté des partages symboliques, voire quelques réductions d'attributions, mais ces éléments sont cosmétiques et ce sont, de fait, des écrans de communication dressés entre le peuple et leurs gouvernants. Si ces parallèles formels existent, les situations générales toutefois n'y sont pas encore totalement similaires. Ainsi, le processus démocratique français – par ses mécanismes d'égalité, de représentation démocratique et parlementaire, de pluralisme, de liberté d'expression, d'État de droit où toute action publique peut être contrôlée, voire sanctionnée par le juge (y compris la quasi-intégralité des décrets), etc. – est bien plus abouti qu'au Maroc, car il a eu plusieurs siècles de maturation. Au cœur du royaume chérifien, en effet, tant que la supra-constitutionnalité des actes royaux demeurera, tant que l'accès à l'information et donc au pouvoir sera si contrôlé, tant que certaines libertés individuelles seront encore cadencées et que les libertés locales ne seront pas plus accomplies, la démocratie et l'État de droit ne seront pas totalement épanouis. Autrement dit, même s'il faut souligner cette volonté louable de démocratie et de séparation des pouvoirs, il faut garder à l'esprit qu'il reste encore du chemin à parcourir. Du reste, le processus démocratique est également à perfectionner en France où par exemple les thématiques de la corruption, de la parité ou encore l'existence d'actes de gouvernement mériteraient de nouveaux efforts. À cet égard, nous avons bien perçu que certains auteurs, très optimistes, interprétaient le nouvel article 118 de la Constitution<sup>37</sup> marocaine comme permettant désormais le contrôle des décrets royaux, *dahirs* (non religieux). Nous espérons que ces auteurs auront raison et ce même si nous posons un regard plus pessimiste sur la situation<sup>38</sup>.

43

36. S'agissant du cas français on se permettra de renvoyer à : Mathieu Touzeil-Divina, « Une dévalorisation parlementaire continue ! », *Politéia*, n° 18, février 2012, p. 65 sq.

37. « Tout acte juridique, de nature réglementaire ou individuelle, pris en matière administrative, peut faire l'objet de recours devant la juridiction administrative compétente. »

38. Nous craignons en effet que les *dahirs* soient tout simplement considérés comme des actes... non administratifs et le roi comme une autorité... non administrative, ce que la

Sur ce point, comme tous les autres en droit, tout dépendra de la force des interprètes et notamment des juges. C'est à eux qu'il reviendra de faire vivre les normes. À eux, comme le Conseil constitutionnel en 1971 en France<sup>39</sup>, d'opérer d'autres (r)évolutions. Car pour l'heure, nous le maintenons, tout ou presque est présenté au Maroc comme si tout allait déjà mieux derrière le mythe *démo-libéral* d'une séparation des pouvoirs ; comme s'il existait un Parlement exemplaire et que le chef de l'État avait significativement accepté de réduire ses prérogatives. Or, il ne suffit pas d'écrire une théorie pour qu'elle se concrétise. La réalité peut être bien différente et la séparation opérée ne l'est que formellement ou du seul point de vue performatif. Elle est un vœu et non encore une matérialité tangible. Il s'agit davantage, à Paris comme à Rabat, de « marketing politique », pour reprendre la belle expression du professeur Bendourou<sup>40</sup>.

44

En guise de conclusion, on se contentera donc d'espérer que la séparation des pouvoirs puisse bientôt être effective dans les pays du Printemps arabe, et non simplement performative, floue ou happée par d'autres. Le Maroc, on l'en louera, a indéniablement entamé ce travail. Les peuples de Tunisie et d'Égypte en ont manifestement le désir ardent. Mais la situation est plus complexe qu'il n'y paraît, et destituer un dictateur ne s'est jamais fait sans heurts ni hésitations. La démocratie et la séparation des pouvoirs ne s'institutionnalisent pas *ex nihilo*. Seul le temps et la volonté politique, avec d'inévitables erreurs, permettront de parvenir à cet idéal que le droit seul ne décrètera pas.

Pour ce faire, et parce que Montesquieu<sup>41</sup> nous a appris qu'il ne peut y avoir de démocratie que représentative, la séparation des pouvoirs implique, sur toutes les rives de notre Méditerranée, une représentation plus efficace et plus proche des peuples<sup>42</sup>. En ce sens, et à l'heure de cette formidable réappropriation de la chose publique par le peuple qui avait assisté à sa privatisation clanique, doivent être affirmées ou

---

jurisprudence a toujours retenu jusqu'à aujourd'hui. *A contrario*, David Melloni, « Le nouvel ordre constitutionnel marocain », art. cit., p. 20 *sq.*

39. Cf. décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, *Rec.*, p. 29.

40. Lors de la Table ronde organisée lors de la conférence inaugurale précitée du LM-DP.

41. *Op. cit.*, livre XI, chap. vi. *A pari*: Jean-Jacques Sueur, *Pour un droit politique*, Laval, PUL, 2011, p. 69.

42. Appellant en ce sens à une refondation: Roland Guillon, *La Méditerranée à l'épreuve de la globalisation*, Paris, L'Harmattan, 2012, et « pour un pacte démocratique »: Abdelatif Laâbi, *Maroc, quel projet démocratique ?*, Casablanca, La Croisée des chemins, 2011.

réaffirmées des structures politiques (notamment des partis<sup>43</sup>) plus saines, moins corrompues et bien plus paritaires, car la phallocratie participe irrémédiablement à cette non-séparation des pouvoirs<sup>44</sup>. Après tout, le premier d'entre eux, avait expliqué Maurice Hauriou<sup>45</sup>, n'est-il pas le pouvoir de suffrage ?

---

43. À propos de l'organisation partisane dans les pays arabes et même si l'on ne partage pas certaines des hypothèses et des conclusions émises par les auteurs, on renverra à Abdelhak Azzouzi et André Cabanis, *Le Néo-constitutionnalisme marocain à l'épreuve du printemps arabe*, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 48 sq. Quant à la situation marocaine: Remald, n° 247, *Le Nouveau Cadre juridique relatif aux partis politiques*, coll. « Textes et documents », Rabat, 2011

44. C'est également la conclusion des récents travaux de la SDC et en partie du colloque « Droits des femmes & Révolutions arabes » (université du Maine, juin 2012) dont les actes paraîtront, courant 2013, aux Éditions L'Épitoge.

45. Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929, p. 352.

---

## R É S U M É

*La théorie de la séparation des pouvoirs, dans son sens originel de non-concentration, semble retrouver une utilité théorique et pratique au cœur des Printemps arabes. Toutefois, si un désir d'organisation différenciée et démocratique du pouvoir est tangible notamment en Égypte, en Tunisie et au Maroc, les volontés populaires ne sont pas toutes et instantanément traduites juridiquement et constitutionnellement. On y perçoit davantage des séparations floues ou performatives ainsi que des concentrations au moins provisoires des pouvoirs.*



## 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<sup>1</sup> ». 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<sup>2</sup> ». 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.

47

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*, 8<sup>e</sup> 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

48 Dans *Principes de droit public*<sup>3</sup>, son grand ouvrage de théorie de l'État parfois cité, mais rarement lu, Maurice Hauriou envisage une théorie 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 »<sup>4</sup>.

*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*<sup>5</sup> ». 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*, 2<sup>e</sup> 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*<sup>6</sup> ». Hauriou a exposé cette distinction dans un chapitre fondamental de ce livre qui s'intitule « L'équilibre politico-économique »<sup>7</sup> 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.

49

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*

- 50 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<sup>8</sup> ». 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<sup>9</sup>. « 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, 2<sup>e</sup> 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<sup>10</sup>. » On sait que d'autres auteurs, notamment Georges Burdeau et René Capitant<sup>11</sup>, 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 xx<sup>e</sup> 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<sup>12</sup>, 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.

51

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<sup>13</sup> ». 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 »<sup>14</sup>. 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'enserme 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 »<sup>15</sup>. 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 V<sup>e</sup> 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. *PdPI*, p. 370.

14. *PdPI*, p. 370-371.

15. *PdPI*, 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<sup>16</sup>.

*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<sup>17</sup>. 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'égalité 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. *PdPI*, 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.

54 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 xx<sup>e</sup> 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. »

55

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]*

56 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 V<sup>e</sup> République<sup>18</sup>. 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<sup>19</sup> », 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 V<sup>e</sup> 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'europanisation 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<sup>20</sup>. 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<sup>21</sup> ». 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.

57

### *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<sup>22</sup>. »

Pourtant selon la conception initiale de la justice figurant dans la Constitution de 1958 de la V<sup>e</sup> République, il s'agissait d'un « pouvoir refusé<sup>23</sup> ». Depuis lors, les choses ont bien changé si l'on en juge par l'émergence récente d'un véritable pouvoir judiciaire sous la V<sup>e</sup> 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, *de jure*, de l'indépendance. Il leur a suffi, note Guy Carcassonne, de l'avoir pratiquée *de facto*<sup>24</sup>. 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*<sup>25</sup> ».

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*, 10<sup>e</sup> 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 V<sup>e</sup> comme pouvoir politique, d'ailleurs relayée par la presse qui joue ici un rôle d'adjuvant<sup>26</sup>, 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<sup>27</sup>. 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'in vraisemblable concentration des pouvoirs autorisée par la Constitution de la V<sup>e</sup> 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.

## R É S U M É

*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.*



LA MAJORITÉ CONTRÔLÉE  
PAR L'OPPOSITION :  
PIERRE PHILOSOPHALE DE  
LA NOUVELLE RÉPARTITION  
DES POUVOIRS ?

61

En juin 2011, Pierre Rosanvallon estimait, dans *Le Monde*<sup>1</sup>, que le terme de « séparation des pouvoirs », selon l'ancienne tripartition, n'avait plus de consistance puisque ne demeurait qu'un seul pouvoir dirigeant – l'exécutif –, que le pouvoir législatif n'avait qu'une capacité limitée de contrôle, de contrainte ou de censure de l'exécutif, et que le pouvoir judiciaire n'existait plus depuis longtemps en tant que tel. Dès lors, on devait raisonner en termes de *balance des pouvoirs* en séparant fonctionnellement action et contrôle, c'est-à-dire aussi gouvernement et opposition. Cette dernière aurait ainsi à jouer un rôle cardinal dans le fonctionnement démocratique de nos institutions, comme « procureur de la société mettant en accusation le pouvoir exécutif ». Le Parlement aurait, pour sa part, à remplir, sur un autre mode, une fonction de « grand surveillant » du pouvoir, à l'instar des groupes de citoyens ou de la presse.

Si l'on faisait sienne cette grille de lecture, semble-t-il de plus en plus partagée, on pourrait considérer, pour ce qui concerne la France, que la révision constitutionnelle de juillet 2008 s'inscrit, de manière ambiguë, dans cette perspective de déconstruction du principe théorique de la

---

1. Pierre Rosanvallon, « Mieux contrôler l'exécutif, voilà la liberté des modernes ! », *Le Monde*, 17 juin 2011.

séparation des pouvoirs au profit d'une architecture plus opérationnelle. Ambiguë car la réforme de 2008, d'un côté, a explicitement fait entrer dans notre paysage constitutionnel l'opposition (et la minorité)<sup>2</sup> – avec le nouvel article 51-1 – tout en prenant acte implicitement de la prévalence du phénomène majoritaire et, de l'autre, a engagé un mouvement vers l'autonomisation du Parlement vis-à-vis de l'exécutif, conformément à l'acception classique de la séparation des pouvoirs. En cela, cette révision ne tenterait-elle pas de conjuguer deux termes en apparence contradictoires : une logique *politique* avec deux camps qui s'opposent dans un rapport de force ; une logique *institutionnelle* avec le face-à-face du Parlement et de l'exécutif, chacun détenant une légitimité et des prérogatives propres ?

62 Il est certain que la révision de juillet 2008 a renouvelé l'idée que l'on peut se faire du couple majorité/opposition, dont les ressorts intimes sont plus complexes qu'on ne le croit. Ce couple participe bien à la refondation du principe de séparation des pouvoirs, mais doit-on en conclure qu'il pourrait se substituer totalement au schéma classique exécutif/législatif ? S'il nous semble être un puissant levier démocratique de renouvellement du modèle politique français, il ne peut à lui seul garantir une répartition optimale des pouvoirs.

#### MAJORITÉ, OPPOSITION ET MINORITÉ : RETOUR SUR DES CONCEPTS ANCIENS

Apparues avec le développement de l'institution parlementaire au XIX<sup>e</sup> siècle, les notions de majorité, d'opposition et de minorité font partie depuis longtemps de notre vocabulaire politique avec une signification assez constante.

*La minorité* renvoie à un constat arithmétique : elle est le parti le moins nombreux d'une assemblée, écrit *Le Grand Larousse du XIX<sup>e</sup> siècle*. Il n'est pas préjugé du positionnement politique de ladite minorité, et la possibilité d'accords ponctuels entre cette minorité – ou certaines de ses composantes – et son *alter ego*, la majorité de l'assemblée, reste ouverte. Littré note que ce mot est « venu d'Angleterre avec les débats parlementaires » ; il est vrai qu'on le trouve, par exemple, sous la plume du secrétaire général de la Chambre, Eugène Pierre, dans son *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, paru au tournant du

---

2. Par la suite on utilisera le terme « opposition » par commodité. Lorsque la distinction entre opposition et minorité sera nécessaire, elle sera explicitée.

xx<sup>e</sup> siècle et inspiré de l'ouvrage de son homologue de la Chambre des communes<sup>3</sup>.

Pour sa part, l'*opposition* est, dans le *Grand Littré*, définie comme « le parti de l'opposition, ou, simplement, l'opposition, la partie d'une assemblée en opposition d'idées, de vues, avec la majorité ». On renvoie ici à un positionnement politique, et non plus à un simple constat arithmétique. L'opposition a deux natures distinctes selon qu'elle est ou non intégrée au système institutionnel. Elle peut se constituer en opposition au régime, extra-parlementaire le plus souvent; le *Grand Larousse du XIX<sup>e</sup> siècle* la qualifiait d'« opposition systématique lorsque les membres opposants ne reconnaissent point le pouvoir établi et luttent contre lui pour le renverser ». L'opposition qualifiée de « parlementaire constitutionnelle » – celle qui nous intéressera – accepte, quant à elle, la légitimité du pouvoir établi et, selon la même source, « ne demande que la réforme des lois n'entraînant pas la modification du pacte fondamental ».

63

*La majorité enfin*. Elle est finalement l'axe autour duquel tout tourne et s'oriente. La détermination de la majorité est d'ordre politique, et non juridique, et passe traditionnellement par un soutien parlementaire au gouvernement lors de l'engagement de sa responsabilité ou du vote emblématique du budget. L'histoire constitutionnelle française pourrait se résumer à une longue quête d'une majorité capable de gouverner un pays frappé par une propension naturelle aux divisions et aux querelles. Dans *La Réforme gouvernementale* en 1936, Léon Blum ne manquait pas de considérer qu'une « entente durable entre gouvernement et majorité [était] la condition parlementaire de la stabilité politique ». Quant à Tocqueville, dans *La Démocratie en Amérique*, il avait perçu clairement ce dilemme: « Je regarde comme impie et détestable cette maxime qu'en matière de gouvernement la majorité d'un peuple a le droit de tout faire, et pourtant je place dans les volontés de la majorité l'origine de tous les pouvoirs. »

#### LA FONCTION DÉMOCRATIQUE DU COUPLE MAJORITÉ / OPPOSITION, ADVERSAIRE ET PARTENAIRE

Dans une perspective démocratique libérale, on estime qu'opposition et minorité doivent être protégées contre la domination d'une majorité

3. Erskine May, *A Treatise upon the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, publié en 1844 et sans cesse mis à jour depuis.

toute-puissante. C'est l'une des conditions du pluralisme. Mais au-delà, l'opposition se voit assigner une fonction démocratique précise, simple à définir et complexe à remplir.

L'opposition parlementaire présente deux caractéristiques: son intégration au système, sa vocation à accéder au pouvoir. Autrement dit, l'opposition remplit une fonction de légitimation du système démocratique et une fonction de critique – idéalement constructive – de la majorité. En cela elle est un adversaire qui fait figure aussi de partenaire.

64 L'intégration au système passe par la participation au jeu institutionnel, électoral d'abord, puis parlementaire. Légitimant le régime, la présence de l'opposition dans les institutions est l'une des conditions de la dialectique démocratique. En mai 1936, alors que le Front populaire accédait au pouvoir, Paul Reynaud était allé jusqu'à affirmer, en suscitant les critiques acerbes d'un Tardieu, que l'opposition devait constituer « un service public » et ne pas être « une explosion de haine ». L'expression « service public » est reprise sous la plume de Marcel Prélot dans *Institutions politiques et Droit constitutionnel* en 1961 : « L'opposition dans le système démocratique est aussi nécessaire que le gouvernement; elle n'est pas un élément hostile, un corps étranger au peuple qu'il faudrait s'efforcer de réduire et d'éliminer à tout prix; elle accomplit un service public; elle est faite pour contrôler, pour aiguillonner la majorité et éventuellement pour se substituer régulièrement à elle. »

Contrôler, aiguillonner: le décor est planté. Par sa critique, l'opposition évite à la majorité la stérilité du monologue et la tentation de l'abus de pouvoir, en maintenant les citoyens en état d'éveil. Mais une certaine mesure est nécessaire.

Car l'opposition constitutionnelle a bien une vocation: devenir la majorité. Cela lui impose des devoirs et lui confère des droits, pour reprendre une expression aujourd'hui incontournable. Ces devoirs sont exposés par Léon Blum dans *La Réforme gouvernementale*: « Une opposition "constitutionnelle" a le droit et le devoir de combattre le gouvernement au pouvoir, elle n'a pas le droit de combattre de parti pris, à tour de bras, en toute occasion, toutes les mesures qu'il propose. Elle n'a pas le droit de refuser au gouvernement qu'elle combat les mesures qu'elle approuve et *qu'elle proposerait elle-même si elle était au pouvoir à sa place.* »

Ces « devoirs » de l'opposition font partie de son intérêt bien compris. Évoquant l'Angleterre, Benjamin Constant le constatait: « Les ennemis du ministère contemplant dans son pouvoir leur force et leur autorité

future; l'opposition épargne les prérogatives du gouvernement comme son héritage, et respecte ses moyens à venir dans ses adversaires présents<sup>4</sup>. »

En miroir, la majorité a tout intérêt à adopter cette vision. En respectant l'opposition, elle s'assure d'un traitement équivalent en retour ayant naturellement vocation, dans un régime démocratique, à en connaître le sort, à plus ou moins longue échéance. En dehors même de toute vertu, la majorité doit idéalement faire preuve de ce que le philosophe, oublié aujourd'hui, Alfred Fouillée, dénommait « la modération dans le succès » après avoir constaté que la soumission à la majorité n'était qu'un expédient nécessaire auquel on ne devrait pas attribuer « une sorte d'infaillibilité mystique »<sup>5</sup>.

La confrontation majorité/opposition renvoie à un archétype démocratique, sorte de ligne d'équilibre entre la construction d'une alternative politique crédible – qui suppose une logique de différenciation et de confrontation – et la préservation d'un consensus institutionnel minimal – qui répond à une logique de coopération.

65

Si les termes mêmes d'opposition, de minorité et de majorité font partie de longue date de notre vocabulaire politique et que la fonction assignée à chacune paraît à peu près établie, la question de leur traduction institutionnelle est restée longtemps en suspens pour des raisons liées à notre culture politique.

## UNE RÉSISTANCE FRANÇAISE

Né outre-Manche, l'objet « opposition » est longtemps apparu comme une incongruité exotique dans un système national qui s'est forgé dans une logique profondément unitaire, éloignée du pluralisme libéral. Depuis la Révolution française, le peuple français est un; toute tentative pour le penser pluriel a longtemps été considérée comme contraire aux fondements mêmes de la République. Ce monisme, inspiré d'un rousseauisme revisité par l'esprit jacobin, s'affaiblit depuis plusieurs décennies au profit d'une conception plus polycentrique de la politique, qui entend faire entrer la France dans le « droit commun » des sociétés démocratiques. Parallèlement, la difficulté à penser l'opposition constitutionnelle est également née du fait que la France a longtemps connu un puissant

4. *Réflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle*, Paris, H. Nicolle, 1814, p. 59.

5. Alfred Fouillée, « La philosophie du suffrage universel », *La Revue des Deux Mondes*, t. 65, 1884, p. 113.

courant hostile à la République. Il a finalement fallu attendre l'après-guerre et la liquidation de Vichy pour qu'un consensus sur la forme du régime s'installe et que puisse être engagé lentement un processus de reconnaissance institutionnelle de l'opposition.

66 La difficulté de penser l'opposition s'est doublée d'une difficulté à faire vivre cette idée. Jusqu'à l'apparition du fait majoritaire, les systèmes partisans et électoraux empêchaient la structuration du paysage politique français en deux partis ou tout du moins deux pôles se confrontant l'un à l'autre. En outre, notre société politique est marquée par ce que Guy Carcassonne dénommait, il y a quelques années, le « syndrome français<sup>6</sup> ». À l'inverse de certains systèmes institutionnels – germaniques ou scandinaves – qui réussissent, au-delà du consensus minimal sur la nature du régime et les règles démocratiques de base, à mettre en œuvre des modes de coopération entre les principales forces politiques, la confrontation entre majorité et opposition apparaît en France sous la forme d'un duel où les convergences font figure de bizarreries, et ce pour des raisons liées à notre culture politique profonde.

Venu renforcer les institutions de la V<sup>e</sup> République sans être inscrit dans le texte même de la Constitution, le fait majoritaire est apparu comme une première forme de normalisation du modèle français au moment même où le texte de 1958 donnait presque tous les leviers au gouvernement dans le processus législatif. Cette conjonction institutionnelle et politique a conduit à rendre moins opérante encore la séparation classique entre les pouvoirs parlementaire et exécutif, celui-ci, pour sa part gouvernementale, apparaissant comme le véritable législateur tout en échappant à un réel contrôle de la part des assemblées.

La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a entendu rompre avec ce syndrome par l'acclimatation institutionnelle de la notion d'opposition ou de minorité dans notre pays.

#### LA RÉVISION CONSTITUTIONNELLE DE 2008 : UNE RUPTURE JURIDIQUE ET SYMBOLIQUE

Il serait certes faux de laisser entendre qu'auparavant les forces d'opposition ou minoritaires étaient dépourvues de tout droit et moyens d'action. La possibilité offerte à soixante députés ou soixante sénateurs de saisir le Conseil constitutionnel, depuis 1974, a constitué une étape

---

6. Guy Carcassonne, « La place de l'opposition: le syndrome français », *Pouvoirs*, n° 85, *La Démocratie majoritaire*, avril 1998, p. 75 sq.

essentielle, dans un domaine particulièrement sensible et emblématique : la contestation de la loi exprimant la volonté générale – c'est-à-dire parlementaire – au nom de principes constitutionnels supérieurs. L'accès aux médias pour les formations politiques ainsi qu'au financement public a aussi constitué des progrès considérables dans ce processus d'ouverture.

Sur le plan strictement parlementaire, on pourrait évoquer l'accès de membres de l'opposition aux postes de vice-présidents, de questeurs, de secrétaires, ce qui leur permet de participer au fonctionnement de la Chambre. De même, la possibilité qui est offerte aux membres de poser des questions écrites ou orales est considérée comme un droit fondamental. En 2003, l'Assemblée nationale a reconnu dans son règlement la vocation particulière de l'opposition à jouer un rôle dans les commissions d'enquête en lui réservant le poste de président ou de rapporteur lorsqu'elle était à l'initiative d'une telle investigation.

67

Néanmoins, il fut difficile d'aller plus loin en reconnaissant des droits spécifiques aux groupes d'opposition ou minoritaires. En 2006, l'Assemblée nationale avait introduit dans son règlement, sur la base d'une déclaration d'appartenance à la majorité ou à l'opposition pour les groupes, des dispositions allant dans ce sens, comme la possibilité pour les groupes de l'opposition d'obtenir, de plein droit, pour leurs membres la présentation de rapports sur la mise en application des lois ou la fonction de président ou de rapporteur au sein des commissions d'enquête et des missions d'information. Mais le Conseil constitutionnel a annulé ces dispositions au motif qu'elles méconnaissaient le 1<sup>er</sup> alinéa de l'article 4 de la Constitution relatif à la liberté de formation et d'activité des formations politiques ainsi que le principe d'égalité, interprété strictement (n° 2006-537 DC du 22 juin 2006).

Le débat a donc été substantiellement relancé en 2007-2008 sur la base des conclusions du comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V<sup>e</sup> République, dit « comité Balladur ». La question s'est focalisée sur la reconnaissance d'un véritable statut de l'opposition, à l'instar de l'exemple britannique où, depuis la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, le parti possédant le plus grand nombre de députés après le parti au pouvoir constitue l'opposition et bénéficie, en cette qualité, de prérogatives propres, le chef de l'opposition y disposant, depuis 1937, d'un statut officiel.

Dans son rapport remis en octobre 2007, le comité Balladur indiquait qu'il avait été guidé par une préoccupation constante : « Reconnaître à l'opposition un rôle plus important, lui permettre également de jouer un

rôle plus responsable, éloigné de la stérilité des critiques systématiques qui jettent le discrédit sur le discours politique. »

L'usage de ces termes renvoie à un idéal type : *l'opposition responsable*. L'idée est qu'en lui reconnaissant des droits particuliers et en l'assignant principalement à une fonction de contrôle, on l'éloigne, en quelque sorte, du débat polémique et ce, au nom d'un principe supérieur : la crédibilité de la politique. Chacun ferait un pas vers l'autre : la majorité modère sa domination ; l'opposition fait preuve de discernement dans sa critique.

68 Le comité Balladur ne mésestimait pas les difficultés qu'il y avait à définir la notion même d'opposition, « certaines formations politiques refusant par principe de choisir leur place dans un jeu politique bipolaire ou craignant de s'enfermer dans un statut trop contraignant ». Il jugeait pourtant que, à défaut de jeter les bases d'un statut de l'opposition, il fallait du moins reconnaître aux formations qui ne faisaient pas partie de la majorité des garanties spécifiques et ce, sur la base d'un système de déclaration d'appartenance à la majorité, reprenant en cela le mécanisme annulé en 2006 par le Conseil constitutionnel. Ces garanties ressortissaient à l'accès à l'ordre du jour, au temps de parole, à la répartition du nombre de questions pouvant être posées oralement au gouvernement, au droit à l'opposition de présider systématiquement les commissions d'enquête mais aussi aux présidences des commissions permanentes des deux assemblées réparties à la représentation proportionnelle des groupes, à la possibilité d'obtenir la création d'une commission d'enquête par an...

À cela s'ajoutait des éléments ne relevant pas de la sphère parlementaire, le Comité étant favorable à ce que le décret du 13 septembre 1989 relatif aux cérémonies publiques, préséances, honneurs civils et militaires soit modifié pour que les représentants des principaux partis d'opposition y soient représentés selon les modalités qu'ils détermineraient eux-mêmes.

Non seulement le comité Balladur souhaitait que soit levé l'obstacle constitutionnel né de la décision du Conseil du 22 juin 2006 par l'introduction d'un nouvel article 51-1, mais il appelait aussi à l'adoption d'une « charte des droits de l'opposition » qui aurait recensé l'ensemble des droits de l'opposition et aurait pu, si elle avait été signée par le gouvernement, la majorité et les groupes qui ne s'en réclament pas, garantir les bonnes pratiques d'une démocratie parlementaire plus respectueuse des opinions et des personnes. Le recours à un tel *gentlemen agreement* entre les forces politiques aurait constitué en soi la démonstration concrète de leur capacité à passer outre les habituelles logiques de conflits pour établir un socle minimum de règles de sociabilité démocratique.

Lors des débats qui ont conduit à la révision constitutionnelle de juillet 2008, la presque totalité des acteurs de ce débat a estimé que des droits spécifiques pour l'opposition étaient un progrès démocratique nécessaire. Certains parlementaires représentant ce qu'on aurait qualifié, sous une précédente république, de groupes charnières ont cependant pu craindre qu'on ne réduise le cadre de la vie politique à un tête-à-tête bipartisan excluant la possibilité de toute majorité d'idées. Le texte finalement adopté à l'article 51-1 de la Constitution est né de ces préoccupations : « Le règlement de chaque assemblée détermine les droits des groupes parlementaires constitués en son sein. Il reconnaît des droits spécifiques aux groupes d'opposition de l'assemblée intéressée ainsi qu'aux groupes minoritaires. »

Ainsi peuvent être garantis des droits spécifiques aux groupes minoritaires qui ne constituent pas le groupe le plus important numériquement au sein de la majorité, comme ce fut le cas à l'Assemblée nationale sous la XIII<sup>e</sup> législature pour le Nouveau Centre. Il en est de même pour les groupes qui, comme certains au Sénat, pour des raisons de principes ou parce que composites, n'ont pas souhaité s'affirmer comme appartenant à la majorité ou à l'opposition. La situation au Sénat est d'ailleurs complexe lorsque la majorité sénatoriale est différente de celle de l'Assemblée nationale comme ce fut le cas après septembre 2011. Un groupe peut alors y être classé d'opposition alors qu'il soutient le gouvernement.

69

La révision de 2008 a également conduit à constitutionnaliser, en l'étendant, une pratique consistant à réserver une journée de séance par mois à l'ordre du jour arrêté à l'initiative des groupes d'opposition ou minoritaires (art. 48, al. 5 C).

À l'Assemblée nationale, l'article 19 du règlement prévoit un mécanisme de déclaration d'appartenance d'un groupe à l'opposition. Sont, pour leur part, considérés comme groupes minoritaires ceux qui ne se sont pas déclarés d'opposition, à l'exception de celui d'entre eux qui compte l'effectif le plus élevé. Au Sénat, l'article 5 *bis* du règlement dispose que : « Dans les sept jours suivant sa création, ainsi qu'au début de chaque session ordinaire, un groupe se déclare à la présidence du Sénat comme groupe d'opposition ou comme groupe minoritaire au sens de l'article 51-1 de la Constitution. Il peut reprendre ou modifier cette déclaration à tout moment. »

À l'Assemblée nationale, les droits reconnus aux groupes d'opposition ou minoritaires portent principalement sur l'activité de contrôle avec : l'égalité de temps de parole pour les questions d'actualité ; la présidence ou le poste de rapporteur des commissions d'enquête ou des missions

d'information créées par la conférence des présidents; le droit à la création d'une commission d'enquête par an; la constitution de binôme de rapporteurs de la majorité et de l'opposition pour contrôler l'application des lois ou pour les évaluations menées par le Comité d'évaluation et de contrôle; la présidence de la commission spéciale chargée de vérifier et d'apurer les comptes de l'Assemblée. Outre la journée réservée à l'ordre du jour, les groupes d'opposition ou minoritaires bénéficient aussi de la garantie d'un droit d'expression spécifique en cas d'application du temps législatif programmé ainsi que de l'octroi de la présidence de la commission des finances, pratique initiée en 2007 et inscrite dans le règlement de l'Assemblée nationale en mai 2009.

70 Au Sénat, des dispositions analogues existent pour l'attribution des fonctions de président ou rapporteur des commissions d'enquête et des missions d'information ainsi que pour la création de tels organes au titre du « droit de tirage ».

Chacun peut se faire son opinion sur la mise en œuvre concrète de ces droits spécifiques. La question du droit de tirage en matière de commission d'enquête a ainsi fait l'objet de controverses en 2009 lorsque l'opposition avait souhaité enquêter sur des études d'opinion commandées par la présidence de la République. Sans doute faudra-t-il qu'une législature entière se passe pour que l'on puisse porter une appréciation définitive sur les conséquences de cette réforme institutionnelle. Il nous apparaît néanmoins qu'en rompant avec un long silence sur le rôle et les droits de l'opposition et de la minorité, la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a introduit un changement de paradigme dans notre imaginaire institutionnel. L'insertion de telles notions dans notre Loi fondamentale ne peut être sans conséquence et induit nécessairement une nouvelle manière d'envisager le rôle de l'opposition.

Reste à apprécier la portée de ce changement au regard de la répartition des pouvoirs.

#### LES LIMITES DU COUPLE IDÉAL MAJORITÉ/OPPOSITION

Le concept de contrôle de la majorité par l'opposition connaît des limites intellectuelles et opérationnelles qui font qu'il ne peut apparaître comme un substitut global à l'idée classique de séparation des pouvoirs.

L'opposition n'est pas une force monolithique et demeure, en dépit de sa nouvelle reconnaissance juridique, un concept diffus, parfois difficile à cerner. Ainsi la révision de 2008 en est restée à une conception

*parlementaire* de l'opposition. Or le champ des possibles ouvert par le rapport Balladur était plus large. L'émergence d'une opposition incarnée par un seul leader, la représentant officiellement au-delà même des instances parlementaires, s'est heurtée à nos structures partisanes plus éclatées que dans d'autres pays.

Ensuite, la question de l'opposition non représentée au Parlement et de son expression institutionnelle continue à se poser avec, sous-jacentes, des interrogations de large portée sur les modes de scrutin, l'organisation du bicamérisme, la participation directe des citoyens aux processus de décision...

Par ailleurs, faire de l'opposition un contre-pouvoir par l'exercice d'une fonction de contrôle est pertinent mais laisse de côté la fonction législative qu'elle pourrait assumer. Si son programme n'a pas vocation à s'appliquer en lieu et place de celui de la majorité, on pourrait imaginer une logique plus coopérative pour certains types de textes touchant des domaines peu conflictuels.

71

En outre, quelle que soit la qualité du travail de contrôle engagé par la minorité, *a fortiori* l'opposition, celui-ci peut-il être perçu comme un pur constat objectif sans dessein partisan ? Cette suspicion d'un calcul politique plane toujours et risque de mettre en jeu la crédibilité de l'activité de contrôle. Souvent cette crédibilité passe plutôt par une association majorité/opposition que l'on retrouve dans la formation d'un binôme de rapporteurs dans les missions d'information ou, à l'Assemblée nationale, au sein du Comité d'évaluation et de contrôle. La fonction de contrôle est alors perçue comme un terrain plus neutre ouvrant la voie à des accords entre les groupes parlementaires. On quitte le schéma d'un contrôle de la majorité par l'opposition pour revenir à quelque chose de facture plus classique : le pouvoir exécutif (ou l'administration) sous l'œil des parlementaires, c'est-à-dire des citoyens. Il ne faut d'ailleurs pas méconnaître le rôle moteur de la majorité en matière de contrôle : elle doit aussi porter un regard critique sur l'action du gouvernement si elle souhaite que le programme sur lequel elle a été élue soit effectivement appliqué sans entraves administratives.

Enfin faire de l'antagonisme majorité/opposition la pierre angulaire de la nouvelle répartition des pouvoirs c'est prendre le risque de ne jamais sortir d'une logique agonistique que l'on déplore constamment dans notre pays.

Que l'opposition soit sortie des limbes constitutionnels où elle avait été maintenue jusqu'en 2008 est un progrès démocratique au sens où l'entend Pierre Rosanvallon dans l'article cité en introduction. La démultiplication

des modes d'expression de la volonté générale est bien la condition de la vitalité et de la pérennité d'une démocratie. Pourtant elle ne doit pas conduire à effacer totalement la ligne qui sépare pouvoir exécutif et pouvoir parlementaire en vouant implicitement la majorité à toujours jouer, au nom de la discipline et la communauté de destin, le rôle de supplétif du gouvernement ou en faisant de l'opposition la seule force parlementaire digne de ce nom. Cantonner le Parlement au rang de contre-pouvoir serait tout aussi hasardeux car il est un pouvoir en tant que tel avec ses missions réévaluées en 2008 : contrôler certes, mais aussi légiférer et représenter. À un moment où la démocratie représentative est contestée dans ses principes, le Parlement doit être ce lieu où le point de vue des citoyens et des élus prévaut sur les logiques bureaucratiques. Pour cela, il importe qu'il ne soit pas réduit à un rôle de « grand imprécateur » mais demeure un acteur en tant que tel du jeu institutionnel.

72

---

#### R É S U M É

*Le principe classique de séparation des pouvoirs, distinguant l'exécutif et le Parlement, semble aujourd'hui remis en cause par un concept plus opérationnel et renouvelé par la révision constitutionnelle de 2008 : le contrôle de la majorité par l'opposition. Au prix d'une inflexion notable au regard de notre tradition politique, la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a apporté une reconnaissance juridique et symbolique à l'opposition parlementaire. Pour essentiel qu'il soit dans la revitalisation de notre vie institutionnelle, ce concept ne répond pas à toutes les nécessités de la distribution des pouvoirs au sein d'un régime démocratique. Le Parlement doit demeurer un acteur positif du jeu institutionnel et non un simple contre-pouvoir.*

UN CONCEPT ERRONÉ,  
CELUI DE L'EXISTENCE  
D'UN POUVOIR JUDICIAIRE

**A** l'évocation du pouvoir judiciaire, les juristes français s'engagent souvent dans une discussion sur son existence, traditionnellement alimentée par l'usage de l'expression « autorité judiciaire » dans la Constitution de la V<sup>e</sup> République. Autant le dire tout de suite, ce concept d'existence d'un pouvoir judiciaire suscite la perplexité.

L'obscurité du propos tient peut-être aux ambiguïtés du langage juridique utilisé dans la discussion qui oscille entre existence de la chose et/ou de la notion de « pouvoir judiciaire ». Chacun conviendra que la notion existe : elle appartient au lexique juridique général et à celui bien connu de la séparation des pouvoirs. De la même façon, chacun admettra que cette notion n'a pas été utilisée par le constituant français ni dans le texte constitutionnel initial de 1958, ni dans le cadre des révisions constitutionnelles ultérieures. C'est alors ce choix sémantique qui est l'objet de discussions, notamment parce qu'il ne décrirait pas, aux yeux de certains auteurs, la réalité du pouvoir judiciaire. Les tenants de l'existence de ce pouvoir, qu'ils préfèrent d'ailleurs qualifier de « juridictionnel » (en raison de la dualité de juridictions adoptée en France), soutiennent en effet que le constituant devrait prendre acte de celle-ci en la constitutionnalisant tout en abandonnant la notion d'autorité judiciaire<sup>1</sup>. Le raisonnement – critiquable – au cœur de cette thèse est donc le suivant : puisqu'un pouvoir juridictionnel existe, il devrait être consacré dans le droit.

---

1. Thierry Renoux propose par exemple « d'accorder le droit avec la pratique et d'inscrire dans notre Constitution un titre enfin libellé "La justice" », dans « Le pari de la justice », *Pouvoirs*, n° 99, *La Nouvelle V<sup>e</sup> République*, novembre 2001, p. 90.

En effet, l'existence d'un pouvoir juridictionnel se révèle problématique dans la mesure où l'appréhension de la chose semble précisément découler de la façon d'entendre la notion, qui dérive elle-même d'un jeu interprétatif de va-et-vient permanent, entre les discours qui portent sur le droit et le « droit », en tant que discours officiel formulé par des organes habilités à le créer. Surtout, ce que l'on sait de cette notion dépend étroitement d'une autre expression, celle de « séparation des pouvoirs », dont il est difficile d'ignorer qu'elle peut revêtir plus d'une signification<sup>2</sup>.

74 Cette dernière peut être entendue dans – au moins – deux sens principaux<sup>3</sup>, l'un relève d'une entreprise intellectuelle de classification des activités mises en œuvre dans l'État, l'autre d'une doctrine juridique et politique de la distribution des compétences aux organes. À l'égard de la première, il serait plus approprié de parler de « distinction des pouvoirs ». Elle permet d'isoler les fonctions étatiques, c'est-à-dire de les définir. Parmi celles-ci, les juristes ont coutume d'identifier celle qui consiste à trancher les litiges par application d'une règle juridique. Aussi, l'expression « fonction juridictionnelle » désigne-t-elle cette activité dans un sens large. Cette définition, que l'on peut dire *a priori* n'a aucune conséquence sur la répartition des compétences entre les organes. Cette première acception de l'expression « séparation des pouvoirs » est souvent ignorée et confondue à tort avec une deuxième qui, elle, est *prescriptive* et dépend de l'adhésion à des idéologies juridiques et politiques comme la démocratie et l'État de droit.

Cette deuxième acception peut être illustrée par la prescription de deux techniques au moins. D'un côté la *balance des pouvoirs* ou *division du pouvoir*, qui suppose l'exercice conjoint des fonctions législatives et exécutives<sup>4</sup>. De l'autre, la *séparation des pouvoirs au sens strict* – la plus

2. Michel Troper, *La Séparation des pouvoirs et l'Histoire constitutionnelle française* [1973], Paris, LGDJ, 1980.

3. Au sujet de la présence de ces deux sens dans l'*Esprit des lois*, Charles Eisenmann remarque que « Montesquieu ne pose pas qu'il y aurait dans tout État trois groupes d'organes distincts et séparés, il pose que l'analyse fait apparaître trois catégories de fonctions à exercer, donc à organiser, et pour lui cette analyse demeure vraie, de quelque façon que ces fonctions soient attribuées – qu'elles le soient à trois groupes d'organes, ou à un seul et même organe, ou à deux et l'on pourrait ajouter d'autres solutions possibles ». Charles Eisenmann, « La justice dans L'État », in Centre de sciences politiques de l'Institut d'études juridiques de Nice, *La Justice*, Paris, PUF, 1961, p. 18 ; voir, dans ce numéro, Mauro Barberis, « Le futur passé de la séparation des pouvoirs », p. 5.

4. Son application à la fonction juridictionnelle supposerait d'admettre que les juges participent à l'exercice de la législation. Voir Michel Troper, « La notion de pouvoir judiciaire au début de la Révolution française », in *Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à J. Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 829.

communément admise pour le troisième pouvoir – suppose la combinaison de deux règles, la spécialisation et l'indépendance. Cette séparation des pouvoirs restreinte crée une expectative : celle de pouvoir identifier à côté d'un pouvoir législatif et d'un pouvoir exécutif, *un* pouvoir judiciaire ou juridictionnel, précisément, cet ensemble d'organes spécialisés dans l'exercice de la fonction et dotés de garanties d'indépendance.

Reste la question des fins recherchées par la distribution des compétences aux organes. Celles-ci sont présentées au moyen de concepts vagues et consensuels, tels la démocratie, l'État de droit et la protection des libertés et des droits. Elles conditionnent le choix des actes attribués à la compétence des juges et ceux qui leur sont interdits, ainsi que l'agencement de leurs rapports avec les autres organes. La définition de la fonction juridictionnelle dans laquelle les organes devraient être spécialisés peut varier selon ces choix, elle n'existe donc pas *a priori* mais résulte *a posteriori* de la distribution des compétences. Dans tous les cas, ces choix sont présentés, sous peine de délégitimation, comme des applications de la règle de la séparation des pouvoirs au sens strict.

75

Or, aux yeux de certains auteurs qui affirment l'existence d'un pouvoir juridictionnel, il y aurait une véritable signification des règles de la spécialisation et de l'indépendance dont l'application conforme donnerait naissance à un *authentique* pouvoir juridictionnel qui en ferait un élément équilibré face aux autres pouvoirs. Cette application de la *véritable signification de la théorie de la séparation des pouvoirs* serait observable dans le système juridique et politique français actuel, notamment dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

L'usage du concept d'« existence d'un pouvoir juridictionnel » interroge, car il est difficile de savoir s'il est entendu dans un sens organique et fonctionnel ou seulement fonctionnel. Surtout, il paraît erroné. En effet, comment à partir de l'observation que des organes exercent la fonction de juger et qu'ils sont dotés de garanties d'indépendance pourrait-on conclure *logiquement* que le droit positif aurait consacré implicitement et devrait consacrer explicitement l'existence d'*un* pouvoir juridictionnel<sup>5</sup> ? La distribution des pouvoirs aux organes ne dépend pas d'une quelconque vérité, elle est le produit d'un choix, d'une préférence politique.

Cette volonté politique de mettre en place un organe spécialisé et indépendant dans l'exercice de la fonction juridictionnelle afin que la garantie des droits soit assurée est tout à fait respectable. On doute

---

5. Voir par exemple Fabrice Hourquebie, *Le Pouvoir juridictionnel en France*, Paris, LGDJ, coll. « Systèmes », 2010, p. 10.

toutefois qu'elle permette utilement de connaître et d'éclaircir les questions qui sont aujourd'hui débattues au sujet du *pouvoir des juges*. Ainsi, contrôler sur le fondement du droit et garantir le respect des droits fondamentaux en censurant éventuellement la volonté exprimée par les organes de gouvernement légitimement élus, ou même parfois, poursuivre pénalement les gouvernants ou les puissants, et surtout créer le droit ou même faire régner des valeurs sont autant d'actes qui semblent aujourd'hui entre les mains des juges et qui en feraient un pouvoir. De la même façon, cette dissection des différents segments de l'activité juridictionnelle pourrait s'accompagner d'une analyse des questions posées par les rapports organiques établis par le droit entre les juges et les autres pouvoirs de l'État, afin de mettre en relief le problème de la maîtrise de leur pouvoir.

76 Ce travail descriptif à l'égard *du* pouvoir juridictionnel semble cependant délaissé. Or, si on admet l'existence *du* pouvoir des juges, la question qui se pose est bien celle des conditions de sa connaissance. C'est pourquoi après avoir démontré le caractère faussement descriptif du concept d'existence *d'un* pouvoir juridictionnel, on formulera quelques pistes pour l'analyse juridique non normative des différents aspects de la question posée par celui de l'existence *du* pouvoir juridictionnel.

#### L'EXISTENCE D'UN POUVOIR JURIDICTIONNEL, UN CONCEPT FAUSSEMENT DESCRIPTIF

Le concept « d'existence *d'un* pouvoir juridictionnel » sert à affirmer que la « théorie » de la séparation des pouvoirs aurait reçu application en France, notamment dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et qu'il existerait donc un organe, ou un ensemble d'organes spécialisés et indépendants dans l'exercice de la fonction de juger à côté d'un pouvoir législatif et d'un pouvoir exécutif. Ce concept peut donner au discours doctrinal qui l'utilise l'apparence d'un exposé scientifique descriptif, autrement dit dénué de jugement de valeur et portant sur un objet extérieur à lui. En réalité, ce discours mêle description et prescription, autrement dit science et politique, en présentant l'expression de préférences relatives à la distribution des pouvoirs sous la forme d'un discours scientifique. Ce langage ambigu explique peut-être le manque de lisibilité du concept qui ne fait d'ailleurs pas l'unanimité en doctrine.

*L'apparence d'un exposé scientifique descriptif*

Le constat de l'existence d'un pouvoir juridictionnel a été présenté par Thierry Renoux comme une « découverte doctrinale<sup>6</sup> ». Cette « découverte » résulte d'un ensemble d'opérations, essentiellement des interprétations, portant sur des objets divers, parmi lesquels on compte :

*Le texte constitutionnel*

L'interprétation consiste ici à relever que l'usage de l'expression « autorité » et non « pouvoir judiciaire » en son sein n'est pas décisive dans la mesure où la Constitution n'utilise pas non plus les termes « pouvoir législatif » et « pouvoir exécutif ». Elle s'appuie aussi sur une série d'arguments historiques relatifs à l'*intention* des constituants. Il est notamment fait état de la méfiance des parlementaires de la IV<sup>e</sup> République à l'égard des juges, et en particulier à l'égard du contrôle de constitutionnalité à l'américaine, qui expliquerait pourquoi la Constitution n'applique pas la théorie de la séparation des pouvoirs et ne consacre pas l'existence d'un pouvoir juridictionnel, en excluant les juridictions administratives et constitutionnelles du titre relatif à la justice<sup>7</sup>.

77

*La « théorie » de la séparation des pouvoirs*

Issue de l'*Esprit des lois* de Montesquieu, son application aurait longtemps été empêchée en France en raison d'une lecture « partielle<sup>8</sup> », « stricte » ou « contextuelle<sup>9</sup> » de Montesquieu. Elle n'aurait été consacrée qu'à partir de la décision du juge constitutionnel *Validations d'actes législatifs* du 22 juillet 1980<sup>10</sup> : « Le Conseil constitutionnel a posé les fondements de l'existence d'un véritable pouvoir juridictionnel [...] dans la mesure où on retrouve dans la décision un certain nombre d'éléments qui peuvent caractériser l'existence d'un pouvoir : un organe indépendant, doté d'une mission spécifique dans laquelle ne peuvent intervenir les autres pouvoirs. Incontestablement, le pouvoir juridictionnel est ici placé sur le même

6. Thierry Renoux, « La Constitution et le pouvoir juridictionnel. De l'article 64 de la Constitution et l'indépendance de l'autorité judiciaire à l'article 16 de la Déclaration des droits et l'indépendance de la justice », *Dalloz*, 2008, p. 293-294.

7. Voir par exemple le commentaire sous le titre VIII de la Constitution, Thierry Renoux, Michel de Villiers (dir.), *Code constitutionnel*, Litec, 2011, p. 687.

8. Thierry Renoux, « L'apport du Conseil constitutionnel à l'application de la théorie de la séparation des pouvoirs en France », *Dalloz*, 1991, p. 169.

9. Fabrice Hourquebie, *Le Pouvoir juridictionnel en France*, *op. cit.*, p. 12 et 14.

10. CC 80-119 DC du 22 juillet 1980, *Rec.*, p. 46.

plan que le pouvoir législatif et exécutif<sup>11</sup>. » Le dualisme juridictionnel que le Conseil constitutionnel associe à la « conception française de la séparation des pouvoirs » n'est donc plus vu comme une dérogation à la théorie mais comme le produit de son « application »<sup>12</sup>.

*Le « principe constitutionnel » de la séparation des pouvoirs*

Issu de la jurisprudence constitutionnelle qui se fonde sur l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, il est vu comme la consécration constitutionnelle de la théorie de la séparation des pouvoirs dans la catégorie des normes de référence du contrôle de constitutionnalité, et donc comme le nouveau fondement de l'existence d'un pouvoir juridictionnel : « C'est finalement le Conseil constitutionnel qui, en se fondant sur l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, va rendre au principe sa véritable dimension en le rattachant à la garantie des droits<sup>13</sup>. »

*La « réalité »*

Elle s'appuie sur la mise en évidence du pouvoir croissant du juge dans le cadre d'un droit fondé essentiellement sur les droits fondamentaux ainsi que sur le pouvoir de création du droit par le juge quand il interprète les textes « hissant *de facto* la justice à un statut autre que celui que la Constitution veut bien lui accorder<sup>14</sup> ». Celle-ci tendrait « à s'ériger en *authentique* pouvoir constitutionnel<sup>15</sup> » venant « réguler le pouvoir majoritaire<sup>16</sup> ».

Le lexique utilisé, « vérité », « découverte », « réalité », s'inscrit bien dans le registre de la connaissance. La présence d'organes spécialisés et indépendants dans l'exercice de la fonction juridictionnelle, confirmée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel elle-même, permettrait de déduire l'existence d'un pouvoir juridictionnel au sens de la théorie de la séparation des pouvoirs, devenue principe constitutionnel. Or,

11. Bertrand Mathieu, Michel Verpeaux, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2004, p. 569; voir également Philippe Ardant, Bertrand Mathieu, *Institutions politiques et Droit constitutionnel*, 23<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, p. 632. Nous soulignons.

12. Thierry Renoux, « L'apport du Conseil constitutionnel à l'application de la théorie de la séparation des pouvoirs en France », art. cité.

13. Thierry Renoux, « L'apport du Conseil constitutionnel à l'application de la théorie de la séparation des pouvoirs en France », art. cit. Nous soulignons.

14. Fabrice Hourquebie, « Le pouvoir juridictionnel et la V<sup>e</sup> République. Quelques observations sur la révision du 23 juillet 2008 », *Politeia*, n° 15, 2009, p. 457. Nous soulignons.

15. *Ibid.*

16. Fabrice Hourquebie, *Le Pouvoir juridictionnel en France*, op. cit., p. 24.

cette lecture n'est pas tant le fruit d'une description que le résultat d'une interprétation doctrinale (possible parmi d'autres) de l'agencement des institutions. Cette lecture exprime une *prescription*, relative à la meilleure façon d'organiser les pouvoirs et à ce que *doit être* le pouvoir juridictionnel selon ses promoteurs. On notera d'ailleurs que les contours de ce pouvoir du point de vue descriptif comme du point de vue prescriptif sont loin d'être clairement dessinés.

*Un concept utilisé tantôt pour décrire,  
tantôt pour prescrire*

L'usage doctrinal du concept d'existence d'un pouvoir juridictionnel illustre en effet assez fidèlement le rôle que la doctrine juridique entend jouer à l'égard du droit. Elle ne se contente pas de le décrire, elle tend aussi à agir sur lui, à le modifier, par exemple, lorsque celui-ci dérogerait à certaines constructions intellectuelles dont elle considère qu'elles fondent et doivent fonder le droit positif. Parmi celles-là se trouve évidemment la théorie de la séparation des pouvoirs.

79

Aux yeux de ceux qui la prônent, qu'elle soit produite à l'intérieur et/ou à l'extérieur du système juridique – d'où, dans ce dernier cas, la référence incessante à Montesquieu –, cette théorie signifie qu'à chacune des trois fonctions de l'État (définies *a priori*) doit correspondre un organe indépendant pour que les pouvoirs s'équilibrent. En l'occurrence, l'existence d'un pouvoir juridictionnel serait donc la conséquence logique de l'adhésion du Conseil constitutionnel à la théorie. Il se serait borné à en faire « enfin application<sup>17</sup> » en reconnaissant que les juridictions étaient spécialisées dans l'exercice de la fonction juridictionnelle et indépendantes. Le propos de ces auteurs est évaluatif et laudateur pour le juge constitutionnel, critique à l'égard de ceux qui en auraient longtemps empêché la mise en œuvre. À la lumière de cette théorie, ils jugent les interprétations divergentes en pointant par exemple « la lecture partielle de la pensée de Montesquieu et de la doctrine de la séparation des pouvoirs, faisant de la séparation un principe *opposé au juge* et non un principe de la garantie des droits *par le juge*<sup>18</sup> ». Le concept d'existence d'un pouvoir juridictionnel accomplit donc une fonction essentielle

17. « Le droit constitutionnel jurisprudentiel, droit des procédures et des compétences, permet enfin à la séparation des pouvoirs d'apparaître dans sa véritable dimension, comme une *collaboration des pouvoirs publics constitutionnels*, exécutif, législatif, juridictionnel », Thierry Renoux, « L'apport du Conseil constitutionnel à l'application de la théorie de la séparation des pouvoirs en France », art. cité, p. 170.

18. *Ibid.*

pour ceux qui s'en prévalent : conférer aux interprétations et décisions politiques qu'ils soutiennent une rationalité tout apparente ainsi qu'une caution scientifique.

Reste que pour faire sienne cette thèse, il faudrait partager trois de ses présupposés. D'abord, la théorie de la séparation des pouvoirs serait dotée d'une véritable signification. Ensuite, ce serait une théorie au sens où la définition *a priori* des fonctions par la science permettrait de procéder à la distribution des fonctions aux organes. Enfin, le droit serait le produit de l'application de théories scientifiques, et non de décisions politiques.

80 Or, ces présupposés sont erronés. Premièrement, cette théorie véritable n'existe pas parce que l'expression « séparation des pouvoirs » est susceptible de recevoir plusieurs significations. Deuxièmement, cette théorie utilise à des fins normatives un argument issu de la classification des fonctions, celui de l'existence d'une fonction juridictionnelle. Or une chose est de distinguer les fonctions, une autre est de les distribuer aux organes. Troisièmement, les théories ne sont pas appliquées par les acteurs politiques, mais utilisées *a posteriori* pour justifier des choix d'organisation des pouvoirs. N'est-ce pas précisément ce que fait le juge constitutionnel dans la décision de 1980 *Validations d'actes législatifs* ? Il y pose que « l'indépendance des juridictions est garantie » sur le fondement de l'existence d'une réserve de compétence exclusive à leur profit – une *spécialisation* dans l'exercice de missions spécifiques – que l'on peut entendre au sens d'une indépendance fonctionnelle, sans rien dire de leur indépendance organique. Or la doctrine qui commente cette décision en utilisant le concept d'existence d'un pouvoir juridictionnel en déduit précisément cette indépendance organique. Ce faisant, elle confère à la décision la signification de norme qui concrétise la théorie de la séparation des pouvoirs, ce qui légitime le système, à la fois tel qu'il est en 1980 – lorsque le président de la République nomme seul tous les membres du Conseil supérieur de la magistrature (CSM) et que les juges administratifs n'ont pas un statut distinct des autres fonctionnaires de l'État – et tel qu'il doit être modifié, les réformes législatives successives du CSM en 1993 et du statut des magistrats administratifs dès 1986 étant présentées comme l'application de cette norme. Telle est l'ambiguïté du concept qui prétend décrire un changement institutionnel majeur – l'existence d'un pouvoir juridictionnel –, alors qu'il peut tout aussi bien justifier, au nom de la théorie de Montesquieu, un aménagement des pouvoirs qui ne bouleverse pas la suprématie de l'exécutif – soutenu par sa majorité parlementaire – au sein de l'État.

Cette vocation persuasive du concept explique également qu'il fasse

l'impasse sur certaines questions d'ordre descriptif. D'abord, la distinction utile entre dimension organique et dimension fonctionnelle du pouvoir n'est pas clairement exploitée. Le concept est-il uniquement entendu dans un sens fonctionnel ? Tous les organes qui exercent la fonction juridictionnelle sont-ils désormais organes officiels de cette fonction ? Doivent-ils n'exercer que la fonction juridictionnelle : *quid*, par exemple, des magistrats du parquet, de la fonction consultative du Conseil d'État ? Du point de vue fonctionnel, la notion de pouvoir est-elle utilisée en relation avec le pouvoir créateur de droit des juges ? Si le pouvoir juridictionnel est un pouvoir de créer le droit, s'il peut équilibrer les pouvoirs politiques, comment le concilier avec les idéologies fondatrices du système que sont la démocratie et l'État de droit selon lesquelles les organes décident sur le fondement de règles préexistantes prises par le peuple ou par ses représentants ? Pour répondre à cette objection, certains considèrent que le pouvoir juridictionnel est « nécessairement second<sup>19</sup> », mais alors comment un pouvoir second pourrait-il faire contrepoids aux autres pouvoirs ?

81

Ensuite, au sujet de l'indépendance organique, il est dit que « la théorie n'exigerait pas l'érection d'un pouvoir juridictionnel totalement autonome<sup>20</sup> ». Mais à partir de quel degré d'autonomie le pouvoir existe-t-il ?

Enfin, cette thèse est loin de faire l'unanimité en doctrine où elle est contredite par d'autres interprètes de la Constitution<sup>21</sup> et de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui font valoir que ce pouvoir n'existe pas, même s'ils reconnaissent que les juges exercent bien *du* pouvoir. Seul ce dernier point semble faire consensus. À défaut d'un pouvoir juridictionnel au sens organique et fonctionnel de la théorie de la séparation des pouvoirs, il serait donc opportun d'interroger le concept d'existence *du* pouvoir juridictionnel tel qu'il est utilisé, sinon dans le droit positif, du moins dans les débats doctrinaux qui l'interprètent.

19. Thierry Renoux, « La Constitution et le pouvoir juridictionnel. De l'article 64 de la Constitution et l'indépendance de l'autorité judiciaire à l'article 16 de la Déclaration des droits et l'indépendance de la justice », art. cité, p. 295.

20. Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 568.

21. « L'autorité judiciaire reste toujours dans une position de faiblesse, sinon de dépendance et de soumission », Dominique Rousseau, « Un CSM sans tête et sans pouvoirs nouveaux », *Les Petites Affiches*, 14 mai 2008, n° 97, p. 80.

L'EXISTENCE DU POUVOIR JURIDICTIONNEL,  
QUELQUES PISTES POUR UNE ANALYSE JURIDIQUE NON  
NORMATIVE

L'existence *du* pouvoir des juges est une position doctrinale largement partagée, qui peut être analysée d'un point de vue descriptif. Elle est soutenue par des auteurs qui font pourtant des lectures divergentes du droit en vigueur et qui proposent des solutions pratiques souvent fort éloignées. Afin de rendre possible la connaissance de ce pouvoir des juges, on propose ici d'analyser et de confronter les interprétations que le droit positif reçoit dans la doctrine ou dans les décisions des acteurs juridiques. On sollicitera donc deux terrains : l'activité juridictionnelle et sa portée normative, et le régime juridique des organes qui exercent cette fonction juridictionnelle.

*L'analyse de l'activité*

La notion de « fonction » peut être entendue au sens d'une classe d'actes<sup>22</sup>. Selon les finalités politiques poursuivies, les rédacteurs de constitutions ou les auteurs qui proposent des solutions pratiques pour édifier ou modifier l'organisation des pouvoirs décident des actes qu'il faut ou non faire rentrer dans la définition de la « fonction juridictionnelle ». Ces actes font la fonction. Conduisent-ils les juges à exercer une puissance, c'est-à-dire à produire du droit ? Cette interrogation invite à questionner la portée normative de l'activité.

*La fonction juridictionnelle en actes*

Du point de vue des actes, deux définitions peuvent être observées en doctrine qui rendent compte de deux lectures divergentes du droit en vigueur. Une première définition étroite de la fonction à laquelle s'oppose la définition large sur laquelle repose la thèse de l'existence d'*un* pouvoir juridictionnel.

La définition restreinte réunit l'ensemble des activités mises en œuvre par les organes « judiciaires ». Ainsi, au sein de la magistrature ordinaire, les magistrats du parquet sont considérés comme des organes judiciaires même s'ils n'exercent pas la fonction de juger. La fonction judiciaire est définie organiquement : c'est l'ensemble des activités – dont celle de juger – de la « magistrature judiciaire ». On peut en tirer deux conclusions essentielles. D'une part, poursuivre et juger sont bien des activités

---

22. Francis Hamon, Michel Troper, *Droit constitutionnel*, 32<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, p. 125.

différentes. Elles peuvent néanmoins être considérées comme ayant en commun, d'un point de vue matériel chacune à leur façon, l'application de la loi : *application liée* pour les juges et *application discrétionnaire* pour les magistrats du parquet ; distinction qui justifie d'ailleurs la différence de statut entre ces deux types de magistrats. L'autorité judiciaire peut ainsi être comprise comme étant une des branches du pouvoir exécutif, ce qui justifie un statut spécifique pour les organes judiciaires, distincts des autorités administratives, mais qui n'exclut pas la participation de l'exécutif à la gestion de l'ensemble du corps et la subordination hiérarchique des magistrats du parquet. D'autre part, cette définition étroite permet également d'observer que des organes *non judiciaires*, les juridictions administratives et le juge constitutionnel, exercent une fonction qui n'a d'ailleurs pas toujours été dite « juridictionnelle » et qui consiste à exercer un contrôle de légalité sur les activités du pouvoir étatique. Ces organes ne forment pas, avec ceux de l'autorité judiciaire, un pouvoir unitaire au sens organique. Il ne suffit donc pas de juger pour être organe de l'autorité judiciaire, il faut juger *d'une certaine façon*, c'est-à-dire en produisant des syllogismes fondés sur des textes législatifs préexistants. Cette pluralité de juridictions atteste que les constituants n'ont pas appliqué la théorie de la séparation mais simplement distribué des compétences entre différents organes<sup>23</sup>. Parmi ces compétences, celle qui consiste à exercer un contrôle du pouvoir (pouvoir discrétionnaire de l'administration, pouvoir législatif de la majorité gouvernementale) a été délibérément attribuée à des juges spécifiques, et non à l'autorité judiciaire.

83

La définition large quant à elle rejoint celle qui est soutenue aujourd'hui en doctrine par les partisans de l'existence d'un pouvoir juridictionnel, selon laquelle tous les organes qui exercent « la » fonction juridictionnelle – juridictions judiciaires, administratives, constitutionnelle – forment ou devraient former officiellement *un* pouvoir juridictionnel pour satisfaire les exigences de la séparation des pouvoirs. Or, c'est ici qu'il est difficile de suivre le raisonnement des défenseurs de cette thèse car on ne sait jamais bien si on parle de pouvoir juridictionnel au sens organique et/ou au sens fonctionnel. En effet, sauf à démontrer qu'il existerait *un* critère de la fonction juridictionnelle, celle-ci ne consiste qu'en une addition d'actes ou de compétences qui peuvent être vus comme des segments de l'activité juridictionnelle. En l'occurrence ici, elle comprendrait donc

23. Jacques Chevallier, « Du principe de séparation au principe de dualité », *RFDA*, sept.-octobre 1990, p. 723.

le pouvoir de censurer la loi sur le fondement de la Constitution ou de conventions internationales, de contrôler le pouvoir discrétionnaire de l'administration et même, pour certains, de déclencher l'action pénale. Ainsi définie, d'un point de vue fonctionnel, cette somme de compétences recouvre certainement l'exercice d'un pouvoir considérable (et ce, même sans parler de pouvoir interprétatif) dont le centre de gravité se situe autour de la capacité à exercer le contrôle de la légalité de l'action des autres pouvoirs. Cette représentation de la fonction est aujourd'hui largement dominante dans la culture juridique, et son modèle est le juge constitutionnel qui décide essentiellement sur le fondement des normes surplombant les lois. Les limites fonctionnelles traditionnelles de la fonction judiciaire chargée de l'application de la loi aux litiges en matière pénale et civile, s'en trouvent repoussées. Mais *quid* des limites organiques ? Les organes juridictionnels – juridictions administratives et Conseil constitutionnel – se voient gratifiés par la doctrine d'une qualité organique nouvelle. Ils sont faits membres de ce « troisième pouvoir<sup>24</sup> » sans que les conséquences juridiques de l'attribution de cette qualité soient éclaircies. L'absence d'unité organique et notamment statutaire entre ces organes, c'est-à-dire l'absence d'un pouvoir juridictionnel au sens organique, n'est-elle pas un facteur d'affaiblissement ? Cette distribution des différents segments de l'activité entre des organes pourvus d'un régime juridique distinct, comprenant une ingérence plus ou moins importante du pouvoir exécutif dans la gestion des corps et des structures, mérite manifestement d'être enrichie d'une analyse de sa portée normative. C'est alors le rôle *du* pouvoir juridictionnel de produire du droit qui pourrait apparaître *divisé* et *maîtrisé*.

#### *Le pouvoir de créer des normes*

Du point de vue de la portée normative de l'activité, on retrouve l'opposition classique entre deux conceptions de la fonction de juger, vue soit comme fonction d'application, soit comme fonction de création du droit.

En dépit de ce qui en est généralement dit en doctrine, ces deux conceptions ne sont pas alternatives ou chronologiquement séparées. Elles sont au contraire toutes deux présumées par le système juridique et par ses observateurs. Si le pouvoir juridictionnel – au sens fonctionnel – semble

---

24. Selon Fabrice Hourquebie, les juridictions judiciaires et administratives en composent les branches ordinaires, le Conseil constitutionnel, la branche constitutionnelle. *Le Pouvoir juridictionnel en France, op. cit.*, p. 47.

implicite au système, cette idée coexiste toutefois avec une série de prescriptions juridiques, en vigueur, qui bannissent cette « puissance juridictionnelle<sup>25</sup> ».

Dans le droit en vigueur, la fonction juridictionnelle comme activité créatrice de droit (bien connue à plusieurs époques de l'Histoire) n'est pas ignorée puisqu'elle est *interdite* au juge – notamment judiciaire. L'interdiction est encore plus stricte pour le juge pénal, qui par son activité peut mettre en péril la liberté. En revanche, elle l'est bien moins pour les organes chargés des litiges administratifs qui exercent un contrôle du pouvoir discrétionnaire de l'administration sur le fondement de principes qu'ils ont souvent eux-mêmes créés, un pouvoir créateur que la doctrine a d'ailleurs souvent célébré sans jamais le reconnaître pleinement. En effet, en doctrine, la portée normative de l'activité des juges fait souvent l'objet d'un discours complexe : soit le juge *peut être* la bouche de la loi, ce qui est désormais une position minoritaire ; soit il ne le peut pas, ce qui est aujourd'hui le cas majoritaire. Cependant, c'est la figure du juge garant du droit et des droits, notamment de la Constitution, qui domine. Par « droit », les auteurs entendent la loi mais aussi les principes constitutionnels. La production juridictionnelle des normes est unanimement admise en doctrine, en même temps qu'elle est minorée. Il ne s'agirait pas de création mais d'application ou de découverte, de principes implicites, de droit naturel, ou encore de pondération entre des valeurs, dont la possible connaissance permettrait de maintenir le juge dans une fonction, sinon rationnelle, du moins raisonnée et susceptible de contrôle, notamment par les savants. Cette minimisation du pouvoir créateur assure la compatibilité du pouvoir du juge avec les idéologies de l'État de droit et de la démocratie.

85

Pourtant, que l'on tente de le cacher ou pas, ce pouvoir des juges de créer le droit existe. Dès lors se pose la question de savoir qui le maîtrise en dernier ressort. Reste-t-il entre les mains des seuls juges ou est-il en quelque sorte *partagé* avec des organes de gouvernement ?

### *Le régime juridique des organes*

S'interroger sur l'existence du pouvoir juridictionnel sans le penser dans le cadre organique dans lequel il est inscrit pose des difficultés.

---

25. Citons en particulier l'article 5 du code civil qui interdit les arrêts de règlement. Sur ces questions, voir Isabelle Boucobza, « La fonction juridictionnelle et la production juridictionnelle des normes », in Dominique Chagnollaude et Michel Troper (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 2, *Distribution des pouvoirs*, Paris, Dalloz, 2012, p. 705 sq.

L'organique n'est en effet que le reflet de la conception du pouvoir du juge qui est intégrée dans le système juridique. De même, à travers la définition des règles d'organisation et de garantie d'indépendance des juges transparait l'idée que les acteurs se font de leur puissance. Celle-ci est toujours double et contradictoire: les juges ne doivent pas exercer de pouvoir et ils ne peuvent pas ne pas en exercer.

86 Lorsque Montesquieu lui-même propose ce célèbre modèle prescriptif qui fait du juge « la bouche de la loi », il ne néglige pas l'aspect organique. Les choix qu'il fait en la matière se fondent sur une analyse descriptive de la fonction très éloignée du modèle prescrit. En effet, si Montesquieu avait admis une conception descriptive de l'acte de juger, donc une théorie – au sens propre – de l'interprétation comme acte de connaissance, c'est-à-dire s'il avait considéré que l'interprétation *telle qu'elle est*, et non telle qu'elle doit être, consiste à révéler « le » sens de la loi, il n'aurait eu aucune raison de craindre les juges, en tant que corps de magistrats, et donc de leur préférer des jurys populaires, des juges non permanents, comme il le fait pourtant dans l'*Esprit des lois*. Ce choix organique visait précisément à neutraliser le pouvoir.

De la même façon, on oublie souvent de noter qu'à la définition prescriptive d'un acte juridictionnel structurellement soumis à la loi s'ajoute, notamment dans la tradition française, une organisation juridictionnelle bureaucratique et hiérarchisée, un système d'influence qui agit de telle sorte que la hiérarchie au sein du corps judiciaire suit la hiérarchie des tribunaux. Les règles juridiques organisent, par le statut des membres du corps et ses rapports avec le pouvoir politique, une mécanique qui joue comme un dispositif de contraintes n'obligeant certainement pas (contrairement à la règle du *stare decisis* dans les pays de *common law*), mais contribuant sûrement à ce que les juridictions inférieures suivent les précédents jurisprudentiels issus des juridictions supérieures dont la nomination dépend plus ou moins directement du pouvoir politique. Par cette mécanique, le pouvoir créateur de droit des juridictions de dernier ressort est, selon les périodes historiques, plus ou moins souterrainement canalisé, le pouvoir politique étant certain de garder peu ou prou directement la maîtrise de la création juridictionnelle du droit.

La remise en cause du concept d'existence d'un pouvoir juridictionnel au sens d'une véritable signification de la théorie de la séparation des pouvoirs conduit à la mise en évidence d'une question méthodologique :

comment étudier le pouvoir des juges aujourd'hui d'un point de vue non normatif ? Il est indiscutable qu'ils sont titulaires de compétences qui les conduisent à contrôler la légalité de l'action des pouvoirs publics et privés dans l'État. Il est incontestable également qu'à l'occasion de la mise en œuvre de ces compétences, ils disposent du pouvoir de produire des normes. Reste que ce pouvoir juridictionnel est, d'une part, *divisé* entre divers juges et, d'autre part, *partagé* avec le pouvoir politique qui tente discrètement de le *maîtriser*. Enfin, dans le droit et dans les discours qui portent sur lui, ce *pouvoir juridictionnel ainsi que les liens qu'il entretient avec le pouvoir gouvernemental* demeurent souvent cachés pour rester compatibles avec les principes juridiques et politiques qui légitiment l'État moderne et impliquent la préexistence des normes juridiques et l'indépendance des organes chargés de les appliquer.

87

Tous mes sincères remerciements à  
Zéhina Ait-el-Kadi et Charlotte Girard.

---

#### R É S U M É

---

*Le concept d'existence d'un pouvoir judiciaire est présenté comme le résultat d'une description de l'application de la théorie de la séparation des pouvoirs dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Or, cette « application » n'est en fait que le produit du choix d'une interprétation de cette jurisprudence à la lumière des préférences des auteurs concernant la meilleure façon d'organiser les pouvoirs. La critique du caractère faussement descriptif du concept laisse donc la place à la proposition de pistes pour la réalisation d'une analyse non normative du pouvoir juridictionnel, dont personne aujourd'hui ne conteste l'existence. À partir des interprétations que le droit positif reçoit, on sollicite deux terrains : celui de la définition de l'activité juridictionnelle et de sa portée normative, celui du régime juridique des organes qui l'exercent. Sur chacun de ces terrains, c'est la division, le partage et la maîtrise de cette « puissance », au profit notamment du pouvoir gouvernemental, qui est en jeu.*



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 démythifiée. 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.

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 ». 90 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 inconstitutionnalité<sup>1</sup>.

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 « dépolvériser<sup>2</sup> » 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<sup>e</sup> 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 lois<sup>3</sup>. 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 administratives<sup>4</sup>.

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 français<sup>5</sup> », 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 pouvoirs<sup>6</sup>. 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 loi<sup>7</sup>. C'est donc bien « le fétichisme de la loi écrite » et « une conception de la séparation des pouvoirs tout entière dirigée contre le juge<sup>8</sup> » 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 évolution<sup>9</sup>: le juge attend une habilitation en ce sens.

93

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 », *RDJ*, 1924, p. 399.

8. Pierre Laroque, « Les juges français et le contrôle de la loi », *RDJ*, 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 ».

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 loi<sup>10</sup> : 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.

94

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 Parlement<sup>11</sup>. 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 Constitution<sup>12</sup> ». 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 analyse<sup>13</sup>.

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 constatée<sup>14</sup> ». 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 discrétionnaire<sup>15</sup>. 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 commerciaux<sup>16</sup>. 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<sup>e</sup> 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 œuvre<sup>17</sup> ». 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 :

98 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 parlementaire<sup>18</sup>; 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 gouvernement<sup>19</sup> 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 médias<sup>20</sup>. Le principe de séparation des pouvoirs suppose également que soit sauvegardée l'autonomie financière des pouvoirs publics<sup>21</sup>. 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 liberté<sup>22</sup>.

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'amnistie<sup>23</sup>. 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 Constitution<sup>24</sup>. 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

99

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.

pouvoirs<sup>25</sup> », ni à des commissions parlementaires d'enquêter sur des faits donnant lieu à des poursuites judiciaires<sup>26</sup>. 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 pouvoirs<sup>27</sup>.

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 justice<sup>28</sup> ; 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 judiciaire<sup>29</sup> ; 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 conditionnelle<sup>30</sup>.

Cette jurisprudence constitutionnelle qui révèle toute l'actualité du principe de séparation des pouvoirs lui donne également une lecture renouée 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<sup>er</sup> 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 citoyens<sup>31</sup>. 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 justice<sup>32</sup>. 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 équitable<sup>33</sup>. 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.

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.

101

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 effectif<sup>34</sup>. 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 QPC<sup>35</sup>.

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 pénales<sup>36</sup>. 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.*



## LES MÉDIAS SONT-ILS UN POUVOIR ?

**O**n sait depuis Alexis de Tocqueville que la théorie constitutionnelle mise en place par Montesquieu ne rend pas compte à elle seule de la réalité des pouvoirs. Si les pouvoirs institués sont bien au nombre de trois, c'est un quatrième pouvoir, non institué celui-là, que le xx<sup>e</sup> siècle a appris à connaître. Non institué certes, mais néanmoins constitutionnellement largement protégé : depuis la grande loi fondatrice sur la liberté de la presse<sup>1</sup>, remarquable par l'étendue de la liberté qu'elle confère, et sa restriction quant à la limitation des abus, c'est bien un principe fondamental reconnu par les lois de la République que de veiller à ce qu'aucun des trois pouvoirs ne limite à l'excès la liberté de ce qu'on désigne donc par le quatrième : les médias. 105

Pourtant, il convient sans nul doute de s'interroger à la fois sur le champ de ce pouvoir, sur la nature de son exercice, et sur ses limites à l'heure où l'opinion publique, parfois désignée comme le cinquième pouvoir, dispose à travers les technologies les plus avancées d'une capacité forte à s'exprimer et à se faire entendre.

### LE CHAMP DU QUATRIÈME POUVOIR

S'il était entendu depuis le xix<sup>e</sup> siècle que la presse avait une place et un rôle particuliers, il est loin d'en avoir été de même pour les autres médias dont pourtant le caractère de masse leur conférait une audience bien supérieure. Après une période de flottement à la fin de la III<sup>e</sup> République, la guerre et les dérives de certains « postes » – que l'on songe à Radio

---

1. La loi du 29 juillet 1881, votée par le gouvernement Ferry, instaure la liberté de la presse et la liberté d'expression.

Paris – conduisirent la IV<sup>e</sup> République à conférer à la radio publique un monopole de droit. De droit plus que de fait puisque les stations « périphériques » furent à tout le moins tolérées par les différents gouvernements. Médias contre-pouvoir ou médias au service du pouvoir ? Il fallut attendre Mai 1968 pour que ces questions soient vraiment posées. D'un côté, une information lénifiante rendant à peine compte des « événements » et pouvant faire croire que Paris vivait une période calme, de l'autre des journalistes en direct du quartier Latin rendant compte des heurts et des barricades. La radio publique s'était à son corps défendant largement déconsidérée.

106 Quant à la télévision, son inféodation idéologique au gouvernement ne faisait pas de doute jusqu'en 1968. Repassées mille fois, les images d'Alain Peyrefitte présentant le nouveau conducteur du journal télévisé, la soumission au même ministre des titres choisis pour le 20 heures faisaient du « journal » télévisé le relais du pouvoir exécutif. Et les quelques tentatives de libération des ondes (grèves de 1968, action de Jacques Chaban-Delmas avec la nomination de Pierre Desgraupes à l'ORTF) se heurtaient fondamentalement à la vision présentée très clairement lors de sa conférence de presse de juillet 1970 par Georges Pompidou : certes même si l'information à l'ORTF doit être « libre, indépendante, impartiale », disait-il, « être journaliste à l'ORTF ce n'est pas être journaliste ailleurs, car l'ORTF c'est la voix de la France, ressentie comme telle à l'étranger et considérée comme telle par le public » et cela demande donc « une certaine hauteur de ton »<sup>2</sup>.

Les années 1970 marquèrent sans nul doute une conquête progressive tant par la télévision que par la radio publiques d'une autonomie accrue. Le mouvement des radios libres, l'exigence de nombreux journalistes revendiquant les mêmes droits et devoirs que leurs confrères du privé ou des médias écrits renforçèrent cette prise d'indépendance. Le traitement sur les chaînes publiques des « diamants de Bokassa » apparut alors comme transgressif et comme le signe d'une liberté conquise.

Il faudra cependant attendre 1982 pour que la liberté de communication soit considérée comme un tout et reçoive une consécration législative constitutionnellement protégée : indépendance des rédactions, coupure du lien direct entre le pouvoir et les médias à travers l'instauration d'une autorité administrative indépendante garantissant cette liberté<sup>3</sup>, cette

---

2. Georges Pompidou, Conférence de presse au journal télévisé de l'ORTF à 20 heures, le 2 juillet 1970.

3. La HACA, Haute Autorité de la commission de l'audiovisuel, d'abord présidée par Michèle

« révolution tranquille » suivie de la multiplication des radios puis des télévisions privées changea clairement la donne. Au point même que le service public devint en quelque sorte la norme de référence de l'exercice de la libre opinion, apparaissant moins assujéti que les médias privés à des intérêts d'actionnaires. Même si l'auteur de ces lignes regrette à cet égard que le Conseil constitutionnel n'ait pas censuré la désignation directe par l'exécutif des présidents de société de l'audiovisuel public, qui lui paraît une régression, y compris sur le plan des libertés publiques par rapport à la situation antérieure, il ne peut que constater l'évolution majeure qui fait de l'ensemble des médias un lieu d'expression pluraliste qui interroge et interpelle les autres pouvoirs. Pluralisme externe lorsque la diversité des titres et des points de vue permet à chacun de retrouver le sien ou d'en découvrir un autre, ce qui est le cas de la presse et d'une partie des radios; pluralisme interne lorsque l'autorité de régulation veille au parfait équilibre des temps de parole entre les différentes tendances de la société, ce qui est le cas des télévisions et des radios généralistes.

107

#### LA NATURE DU POUVOIR MÉDIATIQUE

Force est alors de constater que les médias ont pris, dans la seconde partie du siècle dernier et plus encore ces vingt dernières années, une part croissante dans l'influence qu'ils exercent sur les autres pouvoirs, notamment l'exécutif. L'exercice du pouvoir permet d'en faire quotidiennement l'expérience. La série américaine *À la Maison-Blanche* (*The West Wing*) le montre avec une finesse sans pareille. Aujourd'hui, il n'est pas de décision publique qui ne s'accompagne d'une interrogation sur sa communication; le phasage de l'annonce, son organisation, les « éléments de langage » sont à vrai dire partie prenante de la décision – la façon dont elle sera reçue par les médias, puis celle dont ils vont la transmettre à l'opinion est constamment au cœur de la réflexion du décideur. En ce sens, assurément les médias sont un pouvoir. De la même manière que l'exécutif ou le législatif s'interrogent sur la légalité d'un texte et sur les risques contentieux encourus, ils questionnent la perception d'une décision et les risques médiatiques y afférant. On pourrait même avancer sans trop hésiter que ce qui importe aujourd'hui est autant le « comment faire savoir » que le « comment faire ». Le rôle des responsables et des services de communication du politique mais aussi des administrations,

---

Cotta, fut créée en 1982. Elle sera remplacée par la CNCL, la Commission nationale de la communication et des libertés, puis en 1989 par le CSA, Conseil supérieur de l'audiovisuel.

des entreprises, du secteur associatif devient central. L'expression « on communique mal » est sans doute l'une des plus usitées lorsque l'enquête d'opinion devient défavorable. Tout se passe comme si la force d'une action, voire sa pertinence, se mesurait à son écho. À un moment, une telle situation devient source d'interrogation. Le responsable politique ne s'interroge plus sur la pertinence de sa décision mais sur l'efficacité de sa réception. Conserver l'idéal tout en n'ignorant pas l'importance de son traitement par les médias est sans doute devenu aujourd'hui un enjeu majeur pour le décideur qui conserve quelques convictions.

108 Pourtant le principal pouvoir des médias n'est pas là. Tant que le décideur maîtrise le temps de l'événement et le tempo de son annonce, il peut exister, il faut bien l'avouer, un risque de manipulation : celui d'une annonce maîtrisée jusque dans sa communication. Mais parfois c'est le média qui fait l'événement : le journalisme d'investigation, le « scoop », l'annonce inattendue ou la révélation d'un secret sont autant de variétés de ce moment redouté du politique où le thème, le rythme, les données ne sont plus entre ses mains. Au journaliste revient de révéler les faits, d'analyser les données et de venir bouleverser le tempo de la communication politique. Le plaisir du directeur de journal de créer de l'inédit est inversement proportionnel au déplaisir du décideur qui voit ses plans éventés, ses décisions secrètes révélées, voire ses actions dénoncées. C'est là le pouvoir essentiel des médias : ajouter de l'imprévu au prévu, faire irruption dans un calendrier prédéfini, bouleverser le temps politique, découvrir pour le public ce que le pouvoir entend cacher. À cet égard, Watergate restera à la fois un cas d'école pour les apprentis journalistes et un modèle d'exercice du quatrième pouvoir : un président des États-Unis contraint à la démission par le travail d'enquête de deux journalistes, une analyse fouillée, systématique des contre-vérités présidentielles, une mise en branle des trois pouvoirs – exécutif, législatif, judiciaire – à la suite de l'enquête de presse, une démission – sans précédent ni répétition – du président des États-Unis. Dans l'histoire, jamais sans doute la question posée par le présent article n'avait reçu réponse si éclatante.

Il faudrait dès lors s'interroger sur la responsabilité et la déontologie des médias : rétifs par nature à toute intervention extérieure, les journalistes portent, on le voit, une responsabilité considérable : capacité à faire et défaire des réputations, à créer l'événement ou à l'enterrer. De leur côté, les autres pouvoirs peuvent aussi utiliser les médias à des fins diverses : on sait depuis longtemps que les violations répétées du secret de l'instruction ne viennent pas nécessairement des parties au procès, à l'égard duquel il ne s'impose d'ailleurs pas. Mais le journaliste peut

être, par exemple, instrumentalisé par la justice ou la police. On connaît cette critique récurrente adressée aux journaux : la mise en examen fait les titres, le non-lieu une vague colonne. La réputation d'un homme ou d'une femme peut être détruite par l'image ou le texte. Là où la justice prend son temps, interroge, analyse de façon contradictoire, temps qui prend souvent des années, les médias exigent l'immédiateté : l'enquête judiciaire se transforme alors en enquête de presse. Mais les garanties procédurales ne sont pas que des artifices destinés à faire traîner le procès. Elles protègent le suspect de tout arbitraire. Au grand tribunal du journalisme, il y a certes des règles déontologiques et aussi des limites judiciaires posées dès le XIX<sup>e</sup> siècle, il n'y en a pas moins souvent urgence et parfois précipitation. Sans prendre toujours les précautions requises, l'information livre en pâture. Où est le contre-pouvoir ? Il devrait être précisément dans ces chartes que les journaux s'imposent, dans le pluralisme des titres : la réalité oblige à dire que ce n'est pas toujours le cas.

109

#### DE NOUVELLES LIMITES ?

Et si ce contre-pouvoir venait, pour le meilleur comme pour le pire, de là où on ne l'attendait pas ? Les révolutions arabes ont montré de façon spectaculaire ce que l'on pressentait depuis quelques années : l'irruption des réseaux sociaux dans l'univers de l'information. On rappelait plus haut Mai 1968 et le rôle qu'avaient alors joué les « radios périphériques » face au pouvoir de l'information d'État. Lors des événements de Tunisie ou du Caire, ce sont, on le sait, Tweeter et Facebook qui ont informé de l'ampleur des manifestations, parfois de l'ampleur de la répression, ont appelé aux rassemblements et souvent créé l'événement. Tout se passe comme si aujourd'hui, dans la propagation de l'information, la presse et les médias en général se trouvaient dépassés par la capacité de tout un chacun de produire de l'information : films amateurs qui montrent ce qu'il advient avant que n'arrivent les équipes des chaînes de télévision, photographes amateurs qui surprennent des scènes et qui ne sont ni les photographes de presse ni même les paparazzis, reporters improvisés qui décrivent l'événement alors que le média n'y a encore envoyé personne. Le « buzz » créé par un tweet ou une photo dont la viralité est la principale caractéristique oblige alors le média à suivre : s'en faire le relais, l'analyser, le commenter. Mais la production de l'information lui a échappé.

Il ne sert à rien de se lamenter, comme certains le font parfois, sur ces phénomènes pour dénoncer la perte de pouvoir des médias ou pour opposer le sérieux du journaliste formé à la diffusion de l'information

aux risques d'une information dépourvue de toute médiation. Cela ne sert à rien simplement parce que la réalité est là qui impose une nouvelle donnée contre laquelle, en soi, on ne peut rien. Et pour les autres pouvoirs, c'est bien un cinquième pouvoir qui les met en danger : celui qui remet en cause le principe du secret, celui qui ne distingue plus entre public et privé, celui grâce auquel n'importe qui peut décrire n'importe quoi. Transparence diront certains, mais aussi sans conteste, menace sur la vie privée, réduite à portion plus que congrue, menace sur le processus de décision pour lequel le secret des avis est parfois nécessaire, menace surtout par la capacité de rendre indistincts le fait et la rumeur, l'information et la supposition, la donnée et la propagande. L'évolution qui donne aux réseaux sociaux leur rôle essentiel n'est pas seulement l'avènement formidable du droit à la parole de chacun – même s'il  
110 représente aussi ce droit, comme cela a été le cas dans les événements politiques cités plus haut –, mais aussi l'occasion de toutes les manipulations, de tous les dévoilements.

Face à cette nouvelle donne, les médias sont encore incertains quant à leur réaction. La première, la pire sans doute et qui est aujourd'hui une tentation, est de se lancer dans une course de vitesse. La force de la presse, y compris sur Internet, ce sont les « marques » : une information diffusée par n'importe qui reste une rumeur, diffusée par un titre de presse elle devient une information. Dans ces conditions, l'envie est grande d'être le premier : le désir de scoop a toujours été un moteur pour le journalisme d'investigation, mais il n'excluait – tout au contraire – ni l'enquête ni la vérification. La course de vitesse présente le risque du scoop non vérifié : la multiplication des « confidentiels » dans les magazines, la capacité de « sortir » une information à toute heure sans être limité par les exigences du bouclage augmente la tentation de sortir le scoop sans vraiment l'avoir contrôlé, sans avoir recoupé les sources. À ce jeu, la presse sera perdante, et son pouvoir définitivement limité : moins rapide que l'émetteur de tweets, mais détruisant progressivement sa crédibilité, bâtie par la rigueur et le sérieux. Ôtant au journalisme ses marques de noblesse pour en faire un relais – au demeurant inutile – des autres formes contemporaines de communication.

Il existe pourtant une autre voie pour le journalisme de demain : celle qui consiste précisément à imposer sa différence et sa singularité. À l'univers où tout se dit – c'est-à-dire le vrai et le faux, la rumeur et le fait –, au monde où rien ne se distingue – public et privé, information et intoxication –, la « marque » journalistique, qu'elle soit de presse écrite,

de radio ou de télé, ou même qu'elle soit une marque internet pure, peut choisir d'opposer l'information validée, contrôlée, vérifiée. Elle peut choisir de poursuivre l'exigence d'investigation croisée qui fait sa marque de fabrique, de continuer à gêner le pouvoir non en disant n'importe quoi mais en exigeant la vérité et en contrant les effets de propagande. Elle peut choisir d'opposer aux discussions de café du commerce la force des signatures, la rigueur du débat scientifique. Bref, seul le journalisme peut sauver le journalisme. Peu importe ici au demeurant que la presse papier ait un avenir ou que la convergence des médias donne demain au seul numérique le dernier mot : resteront des titres qui garantiront au lecteur parfois une orientation connue, identifiée clairement à travers une promesse éditoriale définie et assumée comme telle, des commentaires et des signatures reconnues et des informations vérifiées. Par rapport à l'opinion, dans son indistinction, le quatrième pouvoir opposera le sérieux et l'exigence de sa démarche. Par rapport au politique, il restera un lieu de référence.

111

Ne nous berçons pas d'illusions : le journalisme n'a jamais été un lieu chimiquement pur : les récentes révélations venues d'outre-Manche sur le groupe Murdoch montrent que la séparation des pouvoirs ne fonctionne qu'avec une certaine relativité, que les manipulations sont parfois réciproques, que les pratiques douteuses viennent autant de la presse que du politique. L'histoire est jalonnée d'incidents, voire pire, de chantages ou de menaces, qui montrent les risques de la liberté. La presse reste pourtant un bien plus que précieux parce qu'elle seule garantit contre l'arbitraire, protège de la propagande, exige la vérité. Mais à l'heure d'Internet, elle n'a pas seulement à craindre pour son modèle économique. Elle a à repenser, et aux yeux de l'auteur du présent article, à réaffirmer les valeurs fondamentales qui font sa raison d'être. Faute de quoi, l'opinion se détournera d'elle et la démocratie qui, comme chacun sait, réclame la vertu au fondement de ses principes, y aura alors beaucoup perdu.

R É S U M É

---

*La place des médias dans le système politique a sans nul doute contribué ces dernières années à consolider leur dimension de contre-pouvoir et, tous médias confondus, a renforcé leur irruption dans le débat politique : intégrée par les pouvoirs dans la logique de leur action, l'information peut aussi surgir d'elle-même et déranger les architectures préétablies. Mais à l'heure d'Internet et des réseaux sociaux, c'est un cinquième pouvoir qui surgit et menace la prééminence de l'information. Dès lors les médias peuvent se lancer dans une concurrence aussi forte qu'inutile ou au contraire marquer par la rigueur de leur travail leur singularité dans l'espace politique.*

# LA SÉPARATION DES POUVOIRS AUX ÉTATS-UNIS

**E**n France, l'expression « la séparation des pouvoirs aux États-Unis » 113 réclame presque toujours un adjectif, celui de « rigide » (ou encore de « tranchée »). Une telle qualification s'inscrit dans une typologie plus large des régimes politiques et des systèmes constitutionnels opposant le régime parlementaire, qui reposerait sur une séparation « souple » des pouvoirs, au régime présidentiel américain, qui postulerait la séparation « rigide<sup>1</sup> ». On laissera de côté les deux extrêmes : les situations où les organes sont tellement séparés qu'ils n'ont aucune communication entre eux et celles où la séparation est de façade (on aura reconnu le régime d'assemblée, dit encore régime conventionnel, du nom de la Convention nationale en 1792-1795<sup>2</sup>). Voici la vulgate que les manuels de droit constitutionnel français propagent encore de nos jours, quand bien même leurs auteurs concéderaient la faible valeur scientifique d'une telle classification (mais les considérations *pédagogiques* viennent tout justifier).

Il y aurait beaucoup à dire – déjà – sur l'identification d'un régime d'assemblée ou d'un régime présidentiel. En bref, ce sont des fariboles qu'il convient impérativement de chasser des facultés de droit et du monde des juristes. La catégorie « régime présidentiel » ne contient ainsi qu'un seul élément : les États-Unis. Or ceux-ci n'ont pas toujours vérifié les critères (contestables) d'un régime « présidentiel »<sup>3</sup> – et pas avant

---

1. Voir Julien Boudon, « Le mauvais usage des spectres. La séparation “rigide” des pouvoirs », *RFDC*, n° 78, 2009, p. 247-267.

2. Voir Arnaud Le Pillouer, « La notion de “régime d'assemblée” et les origines de la classification des régimes politiques », *RFDC*, n° 58, 2004, p. 305-333.

3. Voir Stéphane Rials, « Régime “congressionnel” ou régime “présidentiel” ? Les leçons de l'histoire américaine », *Pouvoirs*, n° 29, *Les États-Unis*, janvier 1984, p. 35-47, et Philippe Lauvaux, *Les Grandes Démocraties contemporaines*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2004, p. 200-206.

l'entre-deux-guerres: que l'on pense à la dénonciation par Wilson du *Congressional Government* – et, surtout, on n'aurait pas de mal à prouver que la Constitution américaine de 1787 (il faudrait dire: « de 1789 », date d'entrée en vigueur du texte, mais le prestige de la Convention de Philadelphie et le triomphe médiatique de la Révolution française ont convergé pour retenir 1787) ne vérifie pas les critères (contestés) du régime dit présidentiel<sup>4</sup>.

114 La précision est d'autant plus nécessaire que la typologie des régimes est arrimée en France au degré de séparation des pouvoirs que l'on croit identifier dans tel ou tel pays. Depuis la III<sup>e</sup> République et l'œuvre pionnière d'Adhémar Esmein<sup>5</sup>, la typologie de la séparation des pouvoirs est liée de manière indissociable à une typologie des régimes politiques. Pour le comprendre, il faut tenir compte du contexte de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle: au moment où la République s'installe, il s'agit de prouver son caractère hautement libéral. Or, pour préserver la liberté, le meilleur instrument fourni par la philosophie politique est la séparation des pouvoirs, qu'il est convenu d'imputer à Montesquieu. La difficulté réside dans le fait que le régime parlementaire français, importé de Grande-Bretagne, est décrit comme reposant sur la « fusion » du Parlement (ou plutôt de la majorité parlementaire de la Chambre basse) et du cabinet. C'est l'opinion du publiciste Bagehot en 1867<sup>6</sup>. De la « fusion », ne risque-t-on pas de glisser vers la « confusion » (des pouvoirs), c'est-à-dire l'exacte antithèse de la « séparation » prônée par le libéralisme ? Pour se prémunir d'un tel reproche, pour sauver le caractère libéral des régimes parlementaires, ceux-ci *doivent* reposer sur une forme de séparation des pouvoirs. Tenant compte des observations de Bagehot, Esmein recourt à l'adjectif « souple », qui permet de contraster le modèle européen avec un autre modèle, celui des États-Unis, qui ne répond certes pas au canon du régime parlementaire, mais qui est assurément libéral et sans conteste pétri de séparation des pouvoirs. Cette dernière est alors présentée comme « rigide ». Voilà où nous en sommes. Depuis plus d'un siècle, la doctrine juridique française véhicule des vieilles lunes aux prémisses fragiles. C'est ce que l'on voudrait démontrer en analysant la séparation des pouvoirs aux États-Unis.

---

4. Voir Julien Boudon, *Le Frein et la Balance. Études de droit constitutionnel américain*, Paris, Mare & Martin, 2010.

5. *Éléments de droit constitutionnel* parus en 1896 à Paris chez Larose. Cf. Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 12<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 1929, p. 358-360.

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

Afin d'éclairer le propos, il convient au préalable de rappeler la polysémie du terme « pouvoir ». Il désigne à la fois un organe et une fonction : l'organe est le Parlement ou telle chambre du Parlement, le cabinet, le monarque, le président de la République, etc., tandis que la fonction est législative, exécutive ou juridictionnelle. Les partisans de la séparation « rigide » des pouvoirs aux États-Unis articulent deux arguments en faveur de leur thèse : d'une part, les organes sont désignés et destitués de manière indépendante ; de l'autre, les fonctions étatiques sont étanches. Les deux affirmations sont l'une et l'autre contestables. On soutiendra en sens inverse que la séparation des pouvoirs aux États-Unis n'est en rien « rigide » ou « tranchée » parce que l'interdépendance et la collaboration règnent en maîtres.

#### DÉSIGNATION ET DESTITUTION DES ORGANES

115

Le terme « interdépendance » mérite d'être nuancé, ce qui permettra au passage d'écarter l'expression « régime présidentiel ». En effet, des trois organes fédéraux identifiés par la Constitution américaine (le Congrès, le président, les cours), il en est un qui est à l'abri de toute immixtion d'un autre. Il s'agit du Congrès : ses membres sont désignés de façon autonome et ne peuvent être démis de leur mandat qu'avec l'accord de la Chambre à laquelle ils appartiennent.

#### *L'existence du Congrès*

La doctrine juridique française se focalise sur le droit de dissolution aux États-Unis : il n'est pas prévu par la Constitution, de sorte que la séparation des pouvoirs serait rigide. Mais c'est faire preuve d'incohérence puisqu'elle qualifie également le régime américain de régime présidentiel, alors qu'elle devrait le décrire comme « congressionnel » si l'attention était braquée sur le mandat de chacun des membres du Congrès.

Les représentants et les sénateurs sont élus au suffrage universel direct dans le cadre des États fédérés ; on sait que c'était le cas dès l'origine pour les premiers et qu'il fallut attendre le XVII<sup>e</sup> amendement de 1913 pour qu'il en aille de même pour les seconds – ceux-ci ne sont plus désignés par la législature de l'État, mais par les électeurs de l'État se prononçant *statewide*. Jamais un organe fédéral, qu'il s'agisse du président ou d'une cour, ne pourra s'immiscer dans cette désignation. (On ne s'intéresse pas ici à la désignation temporaire, en cas de vacance, d'un sénateur fédéral par telle autorité fédérée, le plus souvent le gouverneur de l'État, qui fait les délices de la presse politique : on pense à la succession de

Barack Obama, de Ted Kennedy ou d'Hillary Clinton dans les années récentes.)

Par ailleurs, si l'on s'interroge sur la perte du mandat, le constat est identique: en aucune circonstance, les autres organes fédéraux ne sauraient procéder à une destitution des membres du Congrès. Elle ne peut venir que du Congrès lui-même ou, plus exactement, de la Chambre à laquelle appartient tel ou tel *congressman*. Une précision s'impose ici: la procédure d'*impeachment* – sur laquelle nous reviendrons –, objet notamment de l'article II, section 4, est-elle applicable aux membres du Congrès? La réponse est négative, au prix d'une interprétation contestable (évidemment) du Sénat à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle (affaire Blount)<sup>7</sup>. La conclusion est donc que seule la Chambre à laquelle appartient le *congressman* prononce l'exclusion (*expel*) de la Chambre.

116 Autrement dit, un cordon protecteur entoure le mandat des membres du Congrès, ce qui contraste avec le sort réservé aux autres organes fédéraux.

### *Le mandat du président (et du vice-président)*

Au sein de la doctrine juridique française, l'arbre cache la forêt. La séparation des pouvoirs aux États-Unis serait rigide parce qu'à l'absence de droit de dissolution du Congrès répond l'absence de mise en cause de la responsabilité « politique » du président et de ses collaborateurs, tandis que le président est l'élu du peuple. Une telle présentation a le grand intérêt de faire prendre des vessies pour des lanternes et d'occulter les ressorts plus ou moins cachés de la Constitution américaine.

Quant à la désignation du président et du vice-président, il est crucial pour les besoins de la cause d'en faire des élus du suffrage universel, certes indirect, admet-on. Ce serait oublier que la Constitution de 1787 prévoit un mode alternatif de désignation, qui devait d'ailleurs devenir la voie principale selon les vues initiales des Pères fondateurs. En effet, dès lors qu'aucun candidat ne parvient à franchir la barre de la majorité absolue au sein du prétendu « collègue » électoral, le choix revient à la Chambre des représentants pour le président et au Sénat pour le vice-président. On pensait, à l'époque de la Convention de Philadelphie, que nul prétendant n'aurait une stature nationale comparable à celle de George Washington – qu'après lui le Congrès reprendrait la main. De fait, dès 1800, le cas se présenta (élection de Thomas Jefferson), puis une nouvelle fois en 1824 (élection de John Quincy Adams), sans

---

7. Pour les détails, voir notre ouvrage *Le Frein et la Balance*, *op. cit.*, p. 162-169.

oublier celle du vice-président Richard M. Johnson en 1836. On conçoit combien les traits du système américain auraient été bouleversés si l'action unifiante des partis politiques et le bipartisme n'avaient marginalisé cette disposition (laquelle se rappelle épisodiquement au bon souvenir de la classe politique américaine : ainsi en 1992, en 2000, voire en 2004). L'intention des Fondateurs était de faire élire le *ticket* par le Congrès, or cette voie est toujours ouverte.

Quant à la destitution, il n'est pas nécessaire de s'attarder sur le mécanisme bien connu de l'*impeachment*, qui vise tant le président que le vice-président. On sait que la Chambre des représentants est compétente pour mettre en accusation (*to impeach*, au sens littéral) et que le Sénat, érigé en juge, doit se prononcer à la majorité des deux tiers – la seule peine qu'il peut infliger est la destitution (voire l'interdiction d'exercer toute charge publique fédérale à l'avenir). Les incriminations restent floues, notamment les *other high crimes and misdemeanors*. Parce que la sentence émane d'un organe politique sanctionnant un autre organe politique pour des motifs qui sont tout à la fois politiques et criminels, il est vain, comme le prétend une partie de la doctrine juridique française, de voir dans l'*impeachment* une responsabilité strictement pénale. On comprend l'enjeu : si elle est telle, elle est réduite, elle ne perturbe pas la lecture que l'on fait des relations entre organes fédéraux placées sous le sceau de la rigidité. Il semble cependant que les visées politiques ne sont jamais éloignées, du moins quand l'*impeachment* est déclenché contre les membres du département exécutif.

117

L'*impeachment* a été voté à deux reprises contre des présidents (Andrew Johnson en 1867-1868 et Bill Clinton en 1998-1999), sans que la procédure aille à son terme. Cela ne signifie pas qu'elle n'ait pas eu des conséquences importantes : d'un côté, Richard Nixon a démissionné en 1974 parce que l'*impeachment* était probable ; de l'autre, la fin du second mandat de Bill Clinton a été plombée par le vote de la Chambre des représentants et nonobstant l'acquiescement par le Sénat.

On le voit, la situation du président et du vice-président se distingue nettement de celle des membres du Congrès : ils peuvent être désignés et destitués par le Congrès ou par l'une des Chambres du Congrès.

### *La charge confiée aux juges fédéraux*

Les juges fédéraux ne sont pas élus, comme nombre de leurs homologues dans les États fédérés, ils sont nommés sur présentation du président et une fois obtenu l'accord (*advice and consent*) du Sénat statuant à la majorité simple (art. II, sect. 2, clause 2). Deux organes concurrents sont

donc associés pour la nomination du troisième. Les désignations font toujours l'objet de luttes homériques, surtout lorsqu'elles promeuvent à la Cour suprême. Elles ne s'apparentent jamais à une formalité et conduisent parfois à des échecs, qu'ils fussent éclatants (le juge Bork en 1987) ou camouflés (Harriet Miers en 2005). Les nominations récentes ont été plus aisées : le président Obama a réussi à placer Sonia Sotomayor en 2009 et Elena Kagan en 2010.

118 S'agissant de la destitution des juges fédéraux, elle obéit aux règles de l'*impeachment* et elle est donc de la compétence du Congrès. La procédure vaut en effet pour « tous les officiers civils des États-Unis », ce qui inclut les juges. On ajoutera qu'elle a surtout visé des juges. Pas moins de quinze d'entre eux ont été mis en accusation par la Chambre des représentants, huit ont été destitués par le Sénat (le dernier, Thomas Porteous, en 2010), sachant que nombre de juges préférèrent démissionner avant le jugement par le Sénat (ainsi Samuel B. Kent en 2009). Malgré des menaces incessantes, un seul membre de la Cour suprême a été mis en accusation (Samuel Chase en 1804), aucun n'a été destitué.

La conclusion que l'on peut tirer de ces éléments est limpide : du point de vue de la désignation et de la destitution des organes, seuls les membres du Congrès sont « immunisés » contre toute intrusion du président ou des cours fédérales. En revanche, le président, le vice-président et les juges fédéraux dépendant largement du Congrès, tant pour leur désignation que pour leur destitution éventuelle, ce qui prouve que le régime américain ne saurait être qualifié de « présidentiel », pas plus qu'il ne reposerait sur une séparation « rigide » des pouvoirs. On en a la confirmation lorsqu'on s'intéresse au partage – au sens de balance – des fonctions étatiques.

## LE PARTAGE DES FONCTIONS ÉTATIQUES

Bien sûr, la doctrine publiciste française ne commet pas l'erreur de confondre séparation « rigide » et séparation « absolue » des pouvoirs. La seconde est condamnée sans ambages ; elle est impraticable, selon Esmein<sup>8</sup> ; c'est un extrême qui nie toute séparation. Il reste que l'étanchéité des fonctions travaille le constitutionnalisme américain : lors des débats constitutants, elle était vantée par les anti-fédéralistes. Or cette vue a été

---

8. *Éléments de droit constitutionnel français et étranger*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 1914, p. 464 et 501.

écartée par les fédéralistes et c'est la théorie des *incroachments* qui a triomphé, part essentielle des *checks and balances*. James Madison est ici crucial. La liberté suppose les immixtions incessantes de tel organe fédéral dans la fonction « naturelle » de tel autre organe, érigé en rival. Il convient de s'expliquer sur la métaphore « fonction naturelle » : en gros, selon la présentation qu'en fait la Constitution, la fonction législative est confiée au Congrès (art. I), la fonction exécutive au président (art. II), la fonction juridictionnelle aux cours fédérales (art. III). L'américain utilise ici l'expression *the bulk of* (« pour l'essentiel »). Ce privilège se mue souvent en prérogative, au sens étymologique : l'association entre un organe et une fonction n'est pas absolue, elle souffre d'exceptions qui sont l'autre nom des *encroachments*. Une fonction étatique n'est jamais confiée en monopole à un organe car la Constitution met en place toute une série d'intrusions de tel autre organe dans une fonction qui n'est pas la sienne à titre principal. 119

### *Le partage de la fonction législative*

Le Congrès partage la fonction législative avec le président. Certes, celui-ci n'est pas doté de l'initiative des *bills*, il fait endosser ses projets – souvent annoncés dans le discours sur l'état de l'Union (art. II, sect. 3) – par des *congressmen* amis. Mais le président dispose d'une arme redoutable, qu'il utilise cependant avec parcimonie : le veto. On rappellera brièvement le dispositif de l'article I, section 7, clause 2 : tout *bill* voté par les deux Chambres doit être soumis pour signature au président. Celui-ci est confronté à trois options : signer le texte, qui deviendra loi (*shall become a Law*) ; refuser de signer le texte, ce qui revient à lui opposer un veto ; ne pas agir, ce qui s'apparente à un veto (*pocket veto*) lorsque le Congrès est sur le point de s'ajourner. En effet, le président dispose d'un délai de dix jours pour se prononcer : si la session du Capitole se termine dans cet intervalle, on estime que le président n'a pas le temps de mûrir sa décision, de sorte que le texte ne peut être considéré comme valablement soumis pour signature – le Congrès doit alors reprendre la procédure législative à zéro. Il faut préciser que le veto n'a rien d'absolu : une majorité qualifiée des deux tiers dans chacune des Chambres permet de le renverser. Les statistiques indiquent que le président use inégalement de son droit de veto (on compte près de 2 600 vetos en deux siècles) et qu'il est rarement contrarié (à hauteur de 4 %). Le président a donc les moyens constitutionnels de s'opposer utilement au Congrès.

Aux yeux de Hans Kelsen et de Michel Troper, le président est ainsi

120 érigé en co-législateur car il est autorisé à paralyser la volonté législative du Congrès, il est législateur « avec un signe négatif<sup>9</sup> ». La formule était utilisée par Kelsen pour caractériser une cour de justice lorsqu'elle est chargée d'opérer un contrôle de constitutionnalité de la loi : dès lors qu'elle peut empêcher son entrée dans l'ordre juridique, l'abroger ou l'écartier dans tous les cas d'espèce, elle est co-législative. Une telle affirmation est convaincante, elle n'est pas cependant exempte de critiques. Elle associe en effet deux organes qui n'ont pas les mêmes prérogatives (l'un a l'initiative des lois, l'autre use soit du droit de veto, soit du *judicial review*), qui n'interviennent pas au même moment (le président et les cours ne sont législateurs qu'après qu'il y a eu acte législatif de la part du Congrès), et qui ne sont pas placés sur un pied d'égalité (le veto du président est toujours surmontable, c'est-à-dire que, du point de vue des organes et non de leur composition partisane, le Congrès a le dernier mot). C'est seulement en gardant ces différences à l'esprit qu'on peut conserver provisoirement l'expression « co-législateur ». Il appartiendra sans doute à un mouvement ultérieur de la réflexion de la contester.

### *Le partage de la fonction exécutive*

Il est difficile de définir simplement la fonction « exécutive ». Si les mots ont un sens, « exécuter » signifie « appliquer » ou « mettre en œuvre » la volonté d'autrui, ici la volonté législative du Congrès. Mais l'exécution n'a jamais été cantonnée à cette acception étroite. Les relations extérieures en offrent l'illustration : ressortissent-elles de la fonction législative ou de la fonction exécutive ? Sans doute des deux et c'est pourquoi le président et le Sénat sont associés en la matière. Il semble cependant que les Affaires étrangères relèvent plus du président que du Sénat ; celui-ci envahirait alors la fonction « naturelle » d'un organe concurrent lorsqu'il ratifie un traité international. (Une majorité des deux tiers est exigée par l'article II, section 2, clause 2 ; on sait qu'elle fut fatale en 1919 au traité de Versailles, donc à la SDN.)

Le doute n'est pas permis en ce qui concerne la nomination aux emplois publics fédéraux. Il y a unanimité pour considérer qu'elle relève de la fonction exécutive. Pourtant, le Sénat est amené à donner son accord (à la majorité simple). Passe encore pour les juges, mais que dire des

---

9. Hans Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP*, 1928, p. 224-225. Cf. Michel Troper, « Justice constitutionnelle et démocratie », *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1994, p. 335-337.

milliers d'emplois de l'administration fédérale, dont le président est le chef (art. II, sect. 2, clause 1)? Indéniablement, l'office présidentiel réclame que le président puisse s'entourer de collaborateurs fidèles, à commencer par les secrétaires du cabinet. Le Sénat est cependant fondé à contester ses choix. Si, dans 99 % des cas, il avalise les propositions qui lui sont faites, le Sénat a eu l'occasion de repousser les candidatures à des postes majeurs de l'exécutif fédéral (ainsi John G. Tower qui postulait au secrétariat à la Défense en 1989), sans compter toutes les candidatures retirées face à une opposition résolue de la Chambre (par exemple celle de Tom Daschle au secrétariat à la santé en 2009). Le Sénat agit comme un *check* sur l'action exécutive.

### *Le partage de la fonction juridictionnelle*

Seule la fonction de rendre la justice, et non le choix de ses serviteurs et son organisation, sera ici examinée. (On ne dira rien de l'intervention du pouvoir constituant qui entend contredire une solution jurisprudentielle, ce fut le cas après l'arrêt *Chisholm v. Georgia* de 1793 : par définition, le pouvoir constituant n'est pas un pouvoir constitué tels le Congrès et la présidence, d'autant que les amendements constitutionnels, aux États-Unis, réclament une ratification donnée par ou dans les États fédérés.) Comme dans les autres pays occidentaux, la grâce et l'amnistie constituent des intrusions évidentes dans la marche des cours fédérales. Elles annulent ou atténuent des condamnations rendues par les juridictions. La chose est encore plus apparente lorsque la grâce est donnée à l'avance : tel fut le cas en 1974 lorsque le président Gerald Ford accorda son *pardon* à Richard Nixon pour tous les faits liés au Watergate. Les dispositions constitutionnelles forment un réseau solidaire : la grâce présidentielle, aux termes de l'article II, section 2, clause 1, est proscrite dans les affaires d'*impeachment*, c'est-à-dire lorsque la Chambre des représentants a mis en accusation. Il est à peu près certain que Nixon a monnayé la grâce contre une démission qui mettait fin à la procédure. Le coût politique fut acquitté par Ford en 1976, année où il perd les élections face à Jimmy Carter. D'ailleurs, l'*impeachment* est souvent décrit comme confiant une activité juridictionnelle à une des deux branches du Congrès, en l'occurrence le Sénat.

La séparation des pouvoirs aux États-Unis n'est en rien « rigide » ou « tranchée ». Une telle présentation, remontant à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, est périmée ; elle doit être enfin abandonnée. Le régime américain, qui ne

mérite pas plus l'adjectif « présidentiel », repose sur une collaboration incessante entre les organes constitutionnels – d'où les risques de paralysie (*gridlock*, *stalemate*) du gouvernement fédéral.

R É S U M É

---

*La doctrine juridique française, depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, qualifie de « rigide » la séparation des pouvoirs aux États-Unis. Cette vue est erronée : tributaire des enjeux politiques de la III<sup>e</sup> République, elle méconnaît les traits saillants du régime américain. Celui-ci est caractérisé par une interdépendance des organes (sous réserve des membres du Congrès) et par leur collaboration dans l'accomplissement des fonctions étatiques.*

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

123

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

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

---

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

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

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

124 Sans doute peut-on admettre que le principe de séparation des pouvoirs n'est qu'un principe négatif, comme l'a magistralement montré Michel Troper. Pourtant, cette thèse n'est que partiellement satisfaisante : le principe reste invoqué dans le monde libre, remplit certaines fonctions – pas uniquement symboliques – dans la vie des systèmes constitutionnels contemporains. Il faut aller plus loin en formulant l'hypothèse que ce que l'on appelle « le » principe de séparation des pouvoirs, s'il n'est pas univoque et ne doit pas être essentialisé à l'excès, revêt un sens général positif et opératoire qu'il faut tenter d'élucider et même de reformuler.

## POSITION DU PROBLÈME :

### DE LA SÉPARATION À L'ARTICULATION DES POUVOIRS

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

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

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

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

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

*Séparation des pouvoirs  
mais confusion des idées et des discours*

*Confusion du vocabulaire*

« Séparation des pouvoirs » : de ces trois mots réunis dans une expression devenue formule sacrée, c'est l'article défini « des » qui est le plus important, parce qu'il marque le pluriel :

125

– *séparation* : le mot est presque toujours impropre puisqu'il n'exprime pas ce que l'on veut signifier. Il s'est très largement imposé en français, alors qu'on lui préfère parfois, ailleurs, d'autres termes, notamment celui de *division*<sup>6</sup> ;

– *des* : il est fondamental car il exprime la pluralité, décisive pour l'idée sous-jacente, le cœur du principe, que l'on cherche à traduire.

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

*Confusion des formules des textes constitutionnels*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

Si l'on analyse sobrement mais attentivement les systèmes constitutionnels des démocraties parlementaires européennes (et l'on pourrait étendre cela à tout système libéral), on peut aisément se convaincre qu'ils reposent tous, sans exception, sur un schéma structurel voisin, sinon identique. Il est même frappant de constater cette homogénéité quasi parfaite des structures constitutionnelles, par-delà les inévitables variations ponctuelles et secondaires. Voilà qui facilite grandement la tentative, même élémentaire, de mise au point conceptuelle.

### *Organes et fonctions*

127

En premier lieu, la « séparation des pouvoirs » recouvre deux séparations, celle des organes et celles des fonctions. Le terme de « pouvoir(s) » engendre beaucoup d'ambiguïtés ; il me paraît préférable de distinguer rigoureusement entre organes (ou institutions) et fonctions (juridiques *stricto sensu* ou bien éventuellement plus larges). Ainsi, lorsque l'on parle de « pouvoir législatif », il importe de savoir si l'on pense à une fonction (juridique) – faire la loi –, ou bien à l'organe ou aux organes qui concourent à sa réalisation. La question du *qui ?* est distincte de celle du *quoi ?* Faute d'être rigoureux sur ce point, la majorité des auteurs s'exposent à être inintelligibles et finalement à tomber dans des contresens.

### *Pluralité et principe de distinction*

Il existe dans tous les pays libéraux une pluralité d'organes constitutionnels et une pluralité de fonctions juridiques. Cette (double) pluralité implique donc d'abord et avant tout une *distinction* entre les différents pouvoirs<sup>12</sup>, plus précisément une distinction entre les organes et une distinction entre les fonctions.

La première est même plus importante que la seconde : s'il n'existait qu'un seul organe constitutionnel, la distinction de plusieurs fonctions étatiques, dont il aurait, par hypothèse, seul la charge, ne serait aucunement un frein à l'arbitraire. La liberté serait alors ruinée puisque l'exercice de toutes les fonctions étatiques serait réuni dans les mêmes mains.

---

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

Au contraire, l'existence de plusieurs organes constitutionnels est susceptible de produire *ipso facto*, ne serait-ce qu'à un degré minimum, de la modération dans la décision politique. Cette pluralité n'exclut pas une certaine gradation (pour ne pas dire une hiérarchie) principielle entre les organes, mais, quoi qu'il en soit, la question de l'équilibre effectif est bien plus une question de fait que de droit. Bien entendu, cette modération commence à être véritablement consistante lorsque le pouvoir d'une institution est davantage que purement consultatif. Une forte légitimité de l'organe en question peut toutefois suffire à rendre effective son intervention<sup>13</sup>.

128 Ce que l'on nomme généralement la « séparation des pouvoirs » est donc d'abord une *distinction de pouvoirs*, c'est-à-dire essentiellement l'existence d'une pluralité d'organes. De ce point de vue, il est évident que toutes les démocraties parlementaires européennes (comme d'autres) admettent et réalisent effectivement ce principe.

La distinction matérielle des fonctions juridiques, elle, est en soi moins originale; elle n'est pas propre aux régimes libéraux mais inhérente à tout État un tant soit peu organisé par le droit. Simplement, elle prend du relief dans le cas d'une pluralité d'organes, qui multiplie les combinaisons potentielles (par exemple le partage d'exercice d'une même fonction entre plusieurs organes), et présente un sens relativement précis dans un État réglé par le droit: la répartition de compétences.

Reste une question qui n'est pas explicitement réglée par la théorie constitutionnelle contemporaine: toutes les compétences juridiques des organes de l'État peuvent-elles se ranger sous l'une des trois fonctions générales traditionnellement avancées par les penseurs classiques modernes, à savoir: la législation, l'exécution et la résolution des litiges? Par leurs formules générales, les textes constitutionnels inclinent à le penser mais l'examen attentif des compétences de chaque organe infirme largement cette idée, ne serait-ce, par exemple, que pour le problème (éternel, pourtant) du « pouvoir (fonction) fédératif », que l'on ne saurait raisonnablement inclure dans la fonction exécutive au sens primitif puisqu'elle est sans lien avec l'idée d'exécution.

### *Distinction n'est pas séparation*

L'organisation de la pluralité des organes pose une question que le terme de séparation restitue mal: celui du principe d'indépendance organique.

---

13. Ainsi des assemblées représentatives (notamment celles qui étaient élues) dans les monarchies limitées au XIX<sup>e</sup> siècle, car la légitimité élective allait croissant.

Chacun peut se rendre compte qu'aucune Constitution libérale n'a réalisé une indépendance absolue de tous les organes les uns vis-à-vis des autres. Le terme de séparation est donc inévitablement trompeur. Soit la composition d'un organe dépend de la décision d'un autre (par l'élection ou bien par la nomination en tout ou partie de ses membres ou encore par identité des membres), soit l'organe est temporairement suspendu par la décision d'un autre (exemple de la motion de censure parlementaire à l'égard des membres du gouvernement, du droit de dissolution d'une assemblée par l'exécutif ou d'un référendum sur la destitution d'un chef de l'État). Si l'on peut encore parler d'indépendance d'un organe, celle-ci n'est jamais que relative. Toute séparation/agencement est donc, en ce sens, « souple » (même, d'ailleurs, dans les régimes non parlementaires des États-Unis, de Suisse ou Chypre).

129

*L'articulation entre les organes et les fonctions :*

*un principe d'attribution de compétences*

Reste à mettre en rapport l'existence d'une pluralité d'organes constitutionnels avec les fonctions de l'État. C'est ce que l'on appelle parfois le sens fonctionnel de la séparation des pouvoirs. Tous les régimes libéraux prévoient une distribution ou une répartition de l'exercice des fonctions (juridiques) étatiques entre les différents organes – peu importe ici comment est réalisée cette répartition, qui peut varier d'une constitution à l'autre. On se bornera simplement à rappeler que le principe de stricte spécialisation n'est, contrairement à la légende, jamais réalisé de façon absolue : à un organe ne correspond pas une seule fonction que celui-ci exercerait seul et intégralement (ce qu'affirment pourtant, on le sait, certains textes constitutionnels, rares en Europe, au demeurant). La spécialisation est cependant la plus poussée en ce qui concerne la fonction de juger, à laquelle sont (théoriquement et officiellement) cantonnés les organes du « pouvoir juridictionnel »<sup>14</sup>. En revanche, elle n'existe pas en ce qui concerne la fonction législative, toujours partagée en droit (et en fait) entre plusieurs organes (principe dit de la « balance des pouvoirs »). La fonction exécutive pose le plus de difficultés, ses contours en effet n'ayant jamais pu être fixés avec rigueur.

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

---

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

constitutionnel dispose de compétences juridiques qui lui permettent de participer à l'exercice d'une ou de plusieurs fonctions étatiques. Or, ce sont les compétences qui comptent pratiquement. Ainsi, par exemple, même là où il paraît affirmé par une constitution que le pouvoir (fonction) législatif appartient au Parlement, l'existence de compétences du gouvernement dans le processus législatif (droit d'initiative, d'amendement, etc.) le fait participer à la fonction générale de législation.

130 Ce que l'on nomme séparation des pouvoirs est donc avant tout une *articulation des pouvoirs*<sup>15</sup>. Le constitutionnalisme moderne repose toujours et partout sur l'articulation (approximative) d'une pluralité d'organes, distincts mais non totalement indépendants (pas d'indépendance absolue), et d'une répartition enchevêtrée des fonctions (pas de spécialisation absolue d'un organe) qui se précise concrètement par une attribution de compétences juridiques. Ce principe général d'organisation est valable pour tous les types de régimes libéraux, et pas uniquement pour le type parlementaire.

L'un des avantages, peut-être, de cette approche est qu'elle ne limite pas *a priori* la liste des organes constitutionnels et qu'elle n'enferme pas la conceptualisation dans le triangle réducteur des trois fonctions étatiques classiques.

La question des pouvoirs non classiques (par exemple, le pouvoir économique ou les médias), non résolue par la théorie constitutionnelle contemporaine, rappelle que la séparation des pouvoirs n'est pas seulement un problème juridique, comme Montesquieu l'avait vu en considérant les forces sociales dans sa théorie. Au surplus, le rôle de l'informel dans la vie constitutionnelle rend particulièrement difficiles l'appréciation de la réalité des régimes et l'effort de conceptualisation.

Dans un bilan récent, Michel Troper pouvait noter : « La séparation des pouvoirs a donc bien changé. [...] Pourtant, malgré ces changements très profonds, c'est bien la même doctrine, reposant sur les mêmes pré-supposés, confrontée aux mêmes difficultés et exerçant une influence analogue sur les autres théories de l'État. C'est le même souci d'éviter la concentration du pouvoir politique [...] »<sup>16</sup>. » S'il faut éviter le danger d'essentialiser à l'excès une idée juridique, on peut certainement reconnaître qu'il existe bien quelque chose que l'on continue – contre toute

15. Le juriste allemand Christoph Möllers a récemment mis à l'honneur le terme de *Gewaltengliederung*, difficilement traduisible en français, mais que l'on pourrait restituer par composition ou mieux – à mon sens – articulation des pouvoirs (*Gewaltengliederung. Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Vergleich*, Tübingen, Mohr, 2005).

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

rigueur – d'appeler « séparation des pouvoirs ». Cela tient, d'une part, à un principe symbolique que l'on se doit d'afficher et que l'on peut d'autant plus facilement exposer dans les textes qu'il n'entraîne aucune conséquence juridique pratique et directe et, d'autre part, à un principe justificatif pour un ensemble de méthodes, très variées, destinées à éviter la concentration du pouvoir politique (en gros, le principe négatif au sens de Troper). En revanche, la séparation n'est, dans sa formulation habituelle, pas positivement le principe d'organisation des démocraties libérales contemporaines, en particulier pas dans les démocraties parlementaires. C'est donc un principe général d'articulation de pouvoirs (organes et fonctions) qui est au fondement des régimes libéraux. Et il se trouve que ce principe est, dans le cas du parlementarisme, *asymétrique*, en ce qu'il institue un groupe d'organes liés pour gouverner, tandis que les autres organes remplissent d'autres rôles que celui-là. Les démocraties parlementaires (européennes) reposent ainsi toutes sur la coexistence de deux logiques générales, l'une d'unité, l'autre de mitigation.

131

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

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

*De la balance à la fusion des pouvoirs*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

133

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

### *La fusion au plan fonctionnel*

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

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

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

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

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

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

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

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

### *Fusion mais non confusion*

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

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

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

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

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

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

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

135

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

137

### *Les degrés de la séparation verticale*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

139

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

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

---

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

R É S U M É

---

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

# CHRONIQUES



---

ANNE-CHLOÉ FOIRRY

LOIS MÉMORIELLES,  
NORMATIVITÉ ET LIBERTÉ  
D'EXPRESSION DANS  
LA JURISPRUDENCE DU  
CONSEIL CONSTITUTIONNEL

UN ÉQUILIBRE COMPLEXE  
ET DES ÉVOLUTIONS POSSIBLES

143

L'examen de la décision du 28 février 2012, par laquelle le Conseil constitutionnel a censuré la loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi<sup>1</sup>, est l'occasion d'analyser ses possibilités d'intervention, en matière de lois mémorielles, pour défendre la liberté d'expression. Le Conseil constitutionnel peut encadrer les limites apportées par le législateur à la liberté d'expression grâce à un large choix de normes de référence et par le biais d'un contrôle étendu, du point de vue des techniques de contrôle utilisées. Qu'aurait-il fait ou pu faire s'il

avait examiné de façon détaillée toutes les lois mémorielles, sachant que les motifs de rejet de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) relative à la loi Gayssot<sup>2</sup> du 13 juillet 1990 par la Cour de cassation<sup>3</sup> sont peu convaincants et que, concernant la dernière loi du 23 janvier 2012, la jurisprudence protectrice du Conseil constitutionnel est apparue limitative. En l'espèce, les Sages ont choisi, comme normes de référence, la liberté d'expression et de communication protégée par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) et le principe de

---

1. Décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012.

2. Loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe, *JO*, 14 juillet 1990.

3. Cass., crim., 7 mai 2010, n° 09-80774.

normativité de la loi tiré de l'article 6, sans examiner l'ensemble des griefs soulevés par les requérants, et n'a pas précisé les modalités de son contrôle de proportionnalité. Le lien entre les notions de lois mémorielles, de normativité de la loi et de protection de la liberté d'expression semble équivoque. Bien plus, que peut ou doit faire le Conseil constitutionnel si un nouveau texte pénalisant la négation des génocides est déposé ? Quelles seront ses marges de manœuvres si une autre QPC concernant les lois mémorielles est soulevée à l'avenir ?

144

Étant « une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés<sup>4</sup> », la liberté d'expression occupe une place particulière dans l'étude de la jurisprudence constitutionnelle. La censure de la loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi, adoptée par le Parlement le 23 janvier 2012, a relancé le débat sur les limites de la liberté d'expression et ravivé la controverse sur les lois mémorielles<sup>5</sup>. Soucieux de préserver « le devoir de mémoire » tout en sanctionnant la qualification pénale généralisée de l'histoire, le Conseil constitutionnel a rendu une décision symbolique et très attendue le 28 février 2012, semblant condamner la légitimité et l'efficacité même des lois mémorielles.

Dès l'origine, nombre de juristes, d'historiens, de sociologues et de philosophes se sont élevés contre les lois mémorielles en affirmant qu'elles mettaient à mal les bases de l'État de droit et constituaient un danger pour les libertés fondamentales. En témoignent la pétition d'historiens français de décembre 2005 « Liberté pour l'histoire<sup>6</sup> » ou l'appel de 56 juristes, en novembre 2006, réclamant l'abrogation de l'ensemble des lois dites mémorielles. Ces derniers affirment que « sous couvert du caractère incontestablement odieux du crime ainsi reconnu, le législateur se substitue à l'historien pour dire ce qu'est la réalité historique et assortir cette affirmation de sanctions pénales frappant tout propos ou toute étude qui viseraient, non seulement à sa négation, mais aussi à inscrire dans le débat scientifique son étendue ou les conditions de sa réalisation<sup>7</sup> ». Françoise Chandernagor renchérit : « En fondant sa démarche "historienne" sur des anachronismes, en sacrifiant la mémoire et en sanctionnant de peines allant jusqu'à un an de prison toute expression dissidente, notre Parlement a ressuscité le crime de blasphème et mis en marche une machine à broyer la liberté de pensée. Une machine qui devient encore plus redoutable quand elle est alimentée par la compétition victimaire et les concurrence entre communautés. Bientôt, ce sera mémoire contre mémoire – est-ce

4. Voir CC, 10 juin 2009, n° 2009-580 DC.

5. Une loi mémorielle est une loi déclarant, voire imposant, le point de vue officiel d'un État sur des événements historiques. À l'extrême, une telle loi peut interdire l'expression d'autres points de vue, donc sanctionner un délit d'opinion. C'est une forme de censure radicale, puisqu'elle interdit de s'exprimer librement sur un sujet déterminé. Le délit d'opinion, limite posée à la liberté d'expression, est le fait d'incriminer une position intellectuelle pour ce qu'elle est, sans rechercher si un intérêt a été lésé : c'est la condamnation d'une idée, non d'un acte.

6. La pétition « Liberté pour l'histoire », signée par 19 historiens le 12 décembre 2005, est publiée le 13 décembre 2005 dans *Libération* et le lendemain dans *Le Monde* et dans *Le Figaro*.

7. Appel de 56 juristes pour l'abrogation des lois mémorielles lancé le 21 novembre 2006 et publié le 28 novembre 2006 sur le site de l'Observatoire du communautarisme ([www.communautarisme.net](http://www.communautarisme.net)).

pour pouvoir livrer cette guerre-là qu'on bâillonne les historiens dont, seul, le travail patient permettait d'établir des faits<sup>8</sup> ? »

Le simple rappel des dates d'adoption de ces textes, 2001, 2006, 2011, suffit à donner corps à un soupçon d'arrière-pensées électoralistes, teintées de communautarisme (les propositions émanant de représentants de circonscriptions abritant une forte communauté arménienne). Ce caractère ne concerne pas uniquement les textes sur le génocide arménien : la loi qualifiant l'esclavage et la traite occidentale de crimes contre l'humanité, portée par Christiane Taubira, députée de Guyane, date elle aussi de 2001, année préélectorale. Il convient, en marge des débats politiques et doctrinaux, de s'intéresser à la problématique juridique des lois mémorielles, dont la première a fait son apparition en droit français il y a plus de vingt ans.

Elles sont quatre précédant celle du 23 janvier 2012. La première est celle du 13 juillet 1990, dite « loi Gayssot », « tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe ». C'est fondamentalement une loi contre le racisme qui se situe dans la continuité de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1972, dite « loi Pleven ». Celle-ci incrimine « la diffamation ou l'injure raciste ainsi qu'un délit nouveau de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes en raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une race ou une religion déterminée » et permet aux associations antiracistes déclarées depuis au moins cinq ans de se porter partie civile. La loi Gayssot la renforce en accordant aux associations un droit de répondre dans la presse ou

dans les médias audiovisuels. Elle innove par son article 9 qui qualifie de délit la contestation de l'existence des crimes contre l'humanité, tels que définis dans le statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de ce statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes. Cet article introduit dans la loi de 1881 sur la liberté de la presse un article 24 *bis* dont voici le premier alinéa : « Seront punis des peines prévues par le sixième alinéa de l'article 24 ceux qui auront contesté, par un des moyens énoncés à l'article 23, l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du Tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale. » L'article 6 (c) de ce statut définit les crimes contre l'humanité : « L'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime. »

La loi Gayssot est suivie en 2001 par deux autres lois : celle du 29 janvier qui, dans un article unique, dispose que « la France reconnaît publiquement le génocide

8. Françoise Chandernagor, « Lois mémorielles : un monstre législatif », *Le Figaro*, 29 décembre 2011.

arménien de 1915<sup>9</sup> » ; celle du 21 mai, dite « loi Taubira », « tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité<sup>10</sup> ». La dernière en date est celle du 23 février 2005, dite « loi Mekachera », « portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés<sup>11</sup> » d'Afrique du Nord et d'Indochine.

146 Le 28 février 2012<sup>12</sup>, le Conseil constitutionnel a censuré la loi, adoptée par le Parlement le 23 janvier 2012, qui prévoyait de punir d'un an de prison et de 45 000 euros d'amende toute négation publique d'un génocide reconnu par la loi française, soit le génocide juif et le génocide arménien<sup>13</sup>. Les Sages ont jugé le texte contraire à la liberté d'expression.

Le Conseil constitutionnel n'avait jamais eu à connaître de loi mémorielle dans le cadre de son contrôle de conformité de la loi à la Constitution, tant en contrôle *a priori* qu'*a posteriori*, ni à se prononcer sur un dispositif pénal attaché à une telle loi<sup>14</sup>. Malgré les doutes qu'elles soulevaient quant à leur constitutionnalité, aucune loi mémorielle n'a été déférée au Conseil constitutionnel jusqu'à la réforme du 23 juillet 2008 instaurant la QPC. Suite à cette révision, la Cour de cassation n'a pas transféré une QPC la

concernant, estimant qu'elle ne présentait pas un « caractère sérieux » au sens de la loi organique du 10 décembre 2009<sup>15</sup>.

Au regard des autres lois mémorielles, cette loi du 23 janvier 2012 présente deux particularités. C'est la première loi mémorielle organisant la pénalisation d'une loi mémorielle française : la loi Gayssot de 1990 est la transposition d'une décision prise par la Cour internationale de Nuremberg ce n'est donc pas, en l'espèce, le législateur qui a décidé de pénaliser le génocide mais la justice internationale. Or l'article 34 de la Constitution n'autorise pas le Parlement à qualifier un fait historique et à le condamner pénalement. Puisqu'il s'agit également de la transposition d'une décision-cadre du Conseil de l'Union du 28 novembre 2008<sup>16</sup>, cela donne une dimension européenne au débat.

Le Conseil constitutionnel précise qu'« en réprimant la contestation de l'existence et la qualification juridique de crimes qu'il aurait lui-même reconnus et qualifiés comme tels, le législateur a porté une atteinte inconstitutionnelle à l'exercice de la liberté d'expression et de communication<sup>17</sup> ». Le Conseil constitutionnel s'est appuyé sur deux principes pour rendre sa décision : l'exigence de normativité de la loi énoncée à l'article 6 de la DDHC

9. Loi n° 2001-70, *JO*, 30 janvier 2001.

10. Loi n° 2001-434, *JO*, 23 mai 2001.

11. Loi n° 2005-158, *JO*, 24 février 2005.

12. Décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012.

13. Les griefs se sont concentrés sur la disposition principale établissant le délit de contestation ou de minimisation outrancière de génocides reconnus comme tels par la loi.

14. Une seule loi mémorielle a fait l'objet d'une décision du Conseil constitutionnel, rendue en application de l'article 37 alinéa 2 de la Constitution portant sur son caractère législatif. La décision n° 2006-203 (L. 31 janvier 2006) juge que la mention « Les programmes scolaires reconnaissent en particulier le rôle positif de la présence française outre-mer, notamment en Afrique du Nord, et accordent à l'histoire et aux sacrifices des combattants de l'armée française issus de ces territoires la place éminente à laquelle ils ont droit » ne ressort pas du domaine de la loi. Ce texte fut abrogé par le décret n° 2006-160 du 15 février 2006.

15. Arrêt n° 12008 du 7 mai 2010, 09-80.774.

16. Décision-cadre n° 2008/913/JAI du 28 novembre 2008.

17. Décision précitée du 28 février 2012, cons. 6.

et la liberté d'expression protégée par son article 11.

Le fondement de l'atteinte à la liberté d'expression semble être l'absence de normativité de la loi. Derrière cette exigence, apparaît une volonté de préserver la séparation des pouvoirs (le Parlement n'a pas à s'ériger en tribunal<sup>18</sup> en réprimant un génocide qu'il a lui-même qualifié de génocide, et son intervention dans le champ de la recherche historique est discutée), de sanctionner l'incompétence législative et de protéger les droits fondamentaux. Comme le souligne cependant Thomas Hochmann, « en fondant sur l'absence de normativité le constat de la violation de la liberté d'expression, le Conseil a rendu une décision paradoxale<sup>19</sup> ».

Existe-t-il réellement un lien entre les notions de lois mémorielles, de normativité de la loi et de protection des droits fondamentaux ? Une loi mémorielle déclarative peut fonder l'incompétence du législateur, donc être inconstitutionnelle tout en étant protectrice des droits fondamentaux et non censurée, comme la loi mémorielle du 29 janvier 2001 ; inversement, une loi mémorielle normative peut violer certaines libertés fondamentales tout en respectant le principe de séparation des pouvoirs et recevoir un brevet de constitutionnalité, à l'image de la loi Gayssot ; ou être inconstitutionnelle, comme la loi du 23 janvier 2012, méconnaissant le principe de séparation des pouvoirs.

Derrière cette décision du Conseil constitutionnel, se posent en filigrane les questions plus générales des notions de lois mémorielles, de normativité de la loi et des limites de la liberté d'expression dans la jurisprudence du Conseil. Le choix des normes de référence donne à cette

décision une portée générale. Le critère de normativité est essentiel car il permet au Conseil constitutionnel de clarifier la nature juridique et les fonctions des différentes lois mémorielles, dissipant définitivement toute velléité d'analyse ou de classement homogène du droit mémoriel. La distinction des lois mémorielles fonde la censure. Le choix de la liberté d'expression apparaît symbolique : plus large que le terrain pénal, il semble condamner la logique d'ensemble des lois mémorielles.

Quelles sont les possibilités d'intervention du Conseil constitutionnel en matière de lois mémorielles ? En l'espèce, il a eu recours au principe de normativité comme garantie de l'exercice de la liberté d'expression, en tant que norme de référence fondant son contrôle tout en réitérant sa volonté d'encadrer strictement, par un contrôle étendu, les limites apportées à cette liberté.

#### L'EXIGENCE DE NORMATIVITÉ DE LA LOI MOBILISÉE CONTRE LES TEXTES MÉMORIELS

Pourquoi le Conseil constitutionnel a-t-il préféré recourir au principe de normativité pour censurer la loi alors qu'il lui aurait suffi de se fonder sur la liberté d'expression ?

De prime abord équivoque, ce choix de norme de référence apparaît, à la lecture de la décision du Conseil constitutionnel, pertinent. Le principe de normativité est mobilisé par les Sages pour fonder l'incompétence du législateur et surtout pour classer les différentes lois mémorielles. La distinction entre les lois déclaratives et normatives fonde la censure et met fin,

18. Allocution de Robert Badinter au Sénat le 4 mai 2011 sur le génocide arménien.

19. Thomas Hochmann, « Un paradoxe d'une portée limitée : le CC et le négationnisme », *Le Monde*, 20 mars 2012.

une fois pour toutes, à la tentation de les regrouper au sein d'une hypothétique et unique catégorie.

### *Un moyen de sanctionner l'incompétence du législateur*

« Le législateur aurait en effet, en ces quatre occasions, outrepassé le cadre normatif fixé par l'article 34 de la Constitution en adoptant des lois bavardes, a-normatives, mais simultanément attentatoires à différents libertés fondamentales<sup>20</sup>. »

Le Conseil constitutionnel réaffirme dans cette décision l'existence d'une exigence constitutionnelle de normativité tirée de l'article 6 de la DDHC<sup>21</sup>.

À travers le principe de normativité, le Conseil défend les droits des citoyens en tant qu'exigence démocratique. Derrière ce principe, c'est la sécurité juridique qui est en jeu : « Les droits sont menacés par la loi si le caractère normatif de celle-ci est sujet à caution et menace la liberté de l'individu en ne définissant pas de manière précise les bornes qui peuvent être assignées à la liberté<sup>22</sup>. » La sécurité juridique est ici mobilisée comme une garantie de l'exercice des droits fondamentaux.

L'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi<sup>23</sup> impose au législateur

d'adopter « des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques<sup>24</sup> ». Or, la notion de « délit de minimisation outrancière » renvoie à une appréciation purement subjective : « Ultime extravagance juridique, la loi votée par l'Assemblée introduit dans notre droit le délit, jusqu'alors inconnu, de minimisation. Nous avons déjà découvert, en peu d'années, la négation, puis la contestation (concept plus flou, donc plus dangereux), puis la banalisation grossière, nous en sommes maintenant à la minimisation<sup>25</sup>. » Le législateur aurait ainsi méconnu sa propre compétence.

Le délit de « minimisation outrancière » est-il contraire au principe de légalité des délits et des peines<sup>26</sup> ? La loi déferée pouvait également contrevenir à ce principe en raison de son imprécision, mais le Conseil constitutionnel n'a pas examiné ce grief, ni celui du principe d'égalité, au sens où il apparaît également aléatoire de pénaliser la contestation d'un seul génocide.

La normativité renvoie aussi à une exigence de qualité de la loi pour lutter contre l'inflation législative. Le Conseil d'État va jusqu'à discerner dans la complexité croissante des normes une menace pour l'État de droit<sup>27</sup>. Il s'agit en quelque sorte

20. Erwan Kerviche, « La Constitution, le chercheur et la mémoire », *VII<sup>e</sup> Congrès français de droit constitutionnel*, AFDC, 25-27 septembre 2008.

21. Décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004 (première censure pour non normativité) et décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005.

22. Bertrand Mathieu, « La normativité de la loi : une exigence démocratique », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, janvier 2007.

23. Consacré dans la décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999.

24. CC, décision n° 2009-580 DC du 18 mars 2009, Loi de mobilisation pour le logement et de lutte contre l'exclusion, cons. 24.

25. Françoise Chandernagor, « Lois mémorielles : un monstre législatif », art. cit.

26. Le principe de légalité des délits et des peines « implique l'emploi d'incriminations précises hors des incertitudes d'un langage en quête de définitions propres à protéger de l'arbitraire du juge pénal », François Terré, « L'histoire jugera », *La Semaine juridique*, 12 mars 2012, n°s 11-12, p. 525.

27. CE, rapport public 2006 : « Sécurité juridique et complexité du droit », La Documentation française, p. 233 sq.

d'une exigence de précision justifiée par le principe de sécurité juridique<sup>28</sup> et de prévisibilité du droit, de protection contre l'arbitraire et la séparation des pouvoirs.

### *Un critère de distinction des lois mémorielles*

La justification de l'exigence de normativité de la loi se trouve dans la distinction à établir entre les différentes lois mémorielles qui n'ont ni les mêmes fonctions ni la même portée<sup>29</sup>. Certaines créent des droits nouveaux ou des nouveaux délits alors que d'autres sont simplement déclaratives. Le Conseil constitutionnel a volontairement choisi de distinguer les lois purement déclaratives, de reconnaissance législative, des lois normatives, instituant ou non des sanctions pénales.

Seule la loi du 29 janvier 2001, reconnaissant le génocide arménien de 1915, a une fonction purement déclarative. Les lois du 21 mai 2001 et du 23 février 2005, sans être de nature pénale, ont une fonction normative parce qu'elles énoncent des règles de droit qui posent un certain nombre de prescriptions. La loi Taubira du 21 mai 2001 permet aux associations de défense de la mémoire des esclaves de se porter parties civiles dans un procès pour provocation à la discrimination, à la haine ou la violence, pour diffamation ou pour injure au sens des articles 24 dernier alinéa, 32 alinéa 2, et 33 alinéa 3 de la loi

sur la presse de 1881, tandis que la loi du 23 février 2005<sup>30</sup> fixe les droits des harkis. La loi Gayssot contient, quant à elle, une norme pénale, applicable par les juges, puisqu'elle crée le délit de négationnisme du génocide des juifs (jugée conforme à l'article 10 de la CESDH par les juges français et par la Commission européenne). La loi du 23 janvier 2012 va encore plus loin puisque c'est le Parlement qui a décidé de pénaliser le génocide arménien.

Le Conseil constitutionnel précise qu'« une disposition législative ayant pour objet de "reconnaître" un crime de génocide ne saurait, en elle-même, être revêtue de la portée normative qui s'attache à la loi<sup>31</sup> ». Il est fait ici allusion à la loi du 29 janvier 2001, sans dire expressément que cette loi est inconstitutionnelle, elle est jugée déclarative. Donc le Conseil ne censure pas la reconnaissance législative des génocides en elle-même mais le fait qu'elle puisse avoir des conséquences opératoires, notamment au plan pénal. Cependant, une loi déclarative est sans effet juridique et, en adoptant des lois déclaratives, le législateur outrepassé le cadre normatif fixé par l'article 34 de la Constitution. La décision reste paradoxale puisque le Conseil constitutionnel affirme que la loi de 2001 est purement déclarative, donc inconstitutionnelle, sans la censurer. En raison de l'a-normativité que le Conseil constitutionnel

149

28. La notion de sécurité juridique est absente du corpus constitutionnel et se rattache souvent soit à la notion de « sûreté » qui, aux termes de l'article 2 de la Déclaration, est l'un des droits naturels et imprescriptibles de l'homme avec la liberté, la propriété et la résistance à l'oppression, soit à la notion de « garantie des droits » inscrite à l'article 16 de la Déclaration : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution. »

29. Marc Frangi, « Les lois mémorielles : de l'expression de la volonté générale au législateur historien », *RDP*, 2005, p. 251.

30. Voir note 14 ci-dessus.

31. Décision précitée du 28 février 2012, cons. 6.

impute à la loi de 2001, il y a peu de chance que celle-ci donne lieu à une QPC dans l'avenir.

À ce propos, le Conseil, en application de la jurisprudence *État d'urgence en Nouvelle-Calédonie*<sup>32</sup>, aurait pu constater l'inconstitutionnalité de la loi du 29 janvier 2001. Mais les requérants n'ont pas formellement soulevé ce grief et les Sages ont sans doute considéré que la loi de 2001, purement déclarative, est *a priori* inoffensive à l'égard des droits et libertés.

150 Cependant le Conseil constitutionnel précise que « l'article 1<sup>er</sup> de la loi déferée réprime la contestation ou la minimisation de l'existence d'un ou plusieurs crimes de génocide "reconnus comme tels par la loi française"<sup>33</sup> ». Ce considérant démontre que la loi du 23 janvier 2012 est, elle, normative.

Ainsi, le Conseil constitutionnel utilise comme norme de référence l'exigence de normativité de la loi pour condamner de manière plus générale le processus inadapté d'adoption législative des textes mémoriels. En ce sens, le principe de normativité de la loi apparaît comme un principe structurant, indispensable à la protection des droits fondamentaux, et notamment de la liberté d'expression qui reste, en l'affaire, le nœud gordien des réflexions du Conseil.

#### UNE PROTECTION RENFORCÉE DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION FACE AUX LOIS MÉMORIELLES

« Le problème c'est que toutes les lois constructivistes échouent à long terme, toujours. C'est une mécanique implacable qui se met en branle dès lors que le droit positif s'oppose aux droits de l'homme, en l'occurrence ici, à la liberté d'expression<sup>34</sup>. »

En se plaçant sur le terrain général de la liberté d'expression et de communication, le Conseil constitutionnel semble condamner la logique même des lois mémorielles, marquant ainsi sa volonté de contrôler strictement les limites apportées à la liberté d'expression tout en délivrant, de manière paradoxale, un brevet de constitutionnalité à la loi Gayssot.

#### *L'utilité du contrôle de proportionnalité*

« La liberté d'expression constitue un baromètre infaillible du caractère authentiquement libéral d'une société déterminée : là où elle se trouve menacée, on peut être sûr que les libertés en général ne tarderont guère à dépérir<sup>35</sup>. »

La liberté d'expression est garantie par des dispositions constitutionnelles et internationales : l'article 11 de la DDHC, l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 14 décembre 2007, l'article 10 de la CEDH et l'article 19 du Pacte international relatif

32. CC, 25 janvier 1985, n° 85-187 DC : « La régularité au regard de la Constitution des termes d'une loi promulguée peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine. »

33. Décision précitée du 28 février 2012, cons. 6.

34. Alain Cohen-Dumouche, « Lois mémorielles et droits de l'homme », *Gauche libérale*, 15 janvier 2012 (www.gauchelibérale.org).

35. Pierre Wachsmann, « La liberté d'expression », notice 18, in Thierry-Serge Renoux (dir.), *Protection des libertés et Droits fondamentaux*, Paris, La Documentation française, 2011, p. 243.

aux droits civil et politique du 16 décembre 1966. Considérée comme inhérente à une société démocratique, elle est dotée d'un champ particulièrement étendu<sup>36</sup>. La jurisprudence du Conseil constitutionnel concernant la liberté d'expression et de communication est abondante<sup>37</sup>.

Le Conseil établit une distinction entre les abus de la liberté d'expression et la liberté d'expression : « Cette idée que la liberté d'expression n'est ni absolue ni illimitée est reprise par tous les textes juridiques modernes<sup>38</sup>. » Il existe d'ailleurs en droit français de nombreuses infractions limitant la liberté d'expression : diffamation, injure, outrage au chef de l'État, diffusion de fausses nouvelles ou outrage aux bonnes mœurs.

Pendant, le Conseil constitutionnel rappelle que cette liberté est fondamentale et « d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés<sup>39</sup> ». Il renforce donc son contrôle sur les restrictions apportées par le législateur à l'exercice de cette liberté.

Pour le Conseil constitutionnel, toute limitation d'une telle liberté constitutionnelle doit être justifiée par sa conciliation avec l'exercice d'autres droits ou libertés de valeur constitutionnelle ou encore par la poursuite d'impératifs constitutionnels d'intérêt général. De même, cette limitation doit être non seulement opérée par la loi mais aussi adaptée, nécessaire et proportionnée à l'objectif poursuivi. L'instrument utilisé par le Conseil constitutionnel pour vérifier la conciliation et la limitation des droits fondamentaux par le législateur est le principe de proportionnalité<sup>40</sup> : il « occupe une place centrale dans l'arbitrage, effectué par le juge, des motifs susceptibles de légitimer des restrictions à la liberté d'expression<sup>41</sup> ».

L'ingérence dans un droit (d'opinion, d'expression) doit apparaître comme « une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la protection d'un intérêt légitime<sup>42</sup> ». La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) précise que « la notion de nécessité implique un besoin social impérieux ; en particulier, la mesure prise doit être proportionnée

36. En ce sens, les atteintes à la liberté d'expression doivent être proportionnées à l'objectif poursuivi, CEDH, 17 décembre 1976, affaire *Handyside c. Royaume-Uni*.

37. Voir notamment : décision n° 94-345 DC du 29 juillet 1994, Loi relative à l'emploi de la langue française ; décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999, Charte européenne des langues régionales et minoritaire ; décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, Loi pour la sécurité intérieure ; décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet ; décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, Loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure ; décision n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011, *Mme Térésa C. et autre*.

38. Michel Troper, « La loi Gayssot et la Constitution », *Annales. Histoire, sciences sociales*, vol. 54, n° 6, nov.-décembre 1999.

39. Voir CC, 10 juin 2009, n° 2009-580 DC.

40. Voir Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux, « Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux », *LGDJ*, 2002, p. 484-488 ; et Bernard Stirn, *Les Libertés en question*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2010, p. 188-191.

41. Michael Hottelier et Eleanor McGregor, « La liberté d'expression : regards croisés sur ses sources, son contenu et ses fonctions », in « La liberté d'expression », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n° 8, 2010, p. 23.

42. Articles 8 à 11 CEDH ; articles 12, 14, 18, 19, 21 à 23 PIDCP (v. Xavier Dupré de Boulois, *Droits et Libertés fondamentaux*, Paris, PUF, 2010).

au but légitime poursuivi<sup>43</sup> ». Ainsi la Cour européenne cherche à établir un juste équilibre entre la protection des droits fondamentaux et la reconnaissance d'une grande marge nationale d'appréciation qui permet aux États de choisir les moyens par lesquels ils limitent l'exercice d'un droit ou d'une liberté. Cependant, quand elle exerce son contrôle de proportionnalité, la Cour européenne, en utilisant ce « besoin social impérieux », prouve qu'elle fait un contrôle extrêmement poussé.

152 La CEDH, comme la Cour de justice des communautés européennes et la majorité des Cours constitutionnelles européennes, exerce un contrôle de proportionnalité renforcé. De la même façon que la Cour constitutionnelle fédérale allemande qui, dans sa décision des *Pharmacies*<sup>44</sup>, du 11 juin 1958, a divisé le principe de proportionnalité en trois sous-principes : l'aptitude, la nécessité et la proportionnalité au sens strict.

Le Conseil constitutionnel, s'inspirant des jurisprudences constitutionnelles allemandes et communautaires, a également élaboré une définition tripartite de la proportionnalité<sup>45</sup>. Il est ainsi amené traditionnellement à assurer trois types de contrôles :

- un contrôle d'adéquation : « la mesure législative en cause est-elle de nature à permettre la réalisation de l'objectif avancé par le législateur<sup>46</sup> ? » ;

- un contrôle de nécessité : « n'existe-t-il

pas des mesures moins contraignantes pour les personnes concernées pour parvenir à l'objectif poursuivi par le législateur<sup>47</sup> ? » ;

- un contrôle de proportionnalité : « la mesure législative ne porte-t-elle pas une atteinte excessive à des droits ou principes constitutionnels<sup>48</sup> ? »

En l'espèce, la restriction à la liberté d'expression est-elle inutile, inadaptée ou seulement disproportionnée ? Si le Conseil constitutionnel procède de manière traditionnelle à un contrôle de proportionnalité et de nécessité à l'égard de dispositions mettant en cause la liberté individuelle<sup>49</sup>, dans sa décision du 28 février 2012, il se contente d'annoncer ce contrôle « tripartite » de proportionnalité sans en préciser les modalités concrètes ni le vice exact affectant la loi. « Surtout, il ne s'est pas prononcé sur la question essentielle qui avait agité le paysage médiatique français : l'incrimination de la négation du génocide arménien est-elle permise par la Constitution ? Le Conseil s'est concentré sur l'article 24 *ter*, et n'a pas examiné la norme qui résultait de l'adoption de ce texte combiné à la loi de reconnaissance du génocide arménien. L'affirmation, plus haut dans la décision, selon laquelle une limite de la liberté d'expression doit être « nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi » ne joue aucun rôle. [...] Dans la décision du Conseil, cette méthode de contrôle du respect de la Constitution est annoncée, mais n'est pas mise en application<sup>50</sup>. »

43. CEDH, *Gillow c. Royaume-Uni*, 24 novembre 1986.

44. *Apothekenurteil*: BverfGE, 7, 377.

45. Voir DC n° 2008-582 du 21 février 2008 relative à la rétention de sûreté.

46. Xavier Dupré de Boulois, *Droits et Libertés fondamentaux*, *op. cit.*, p. 189. Selon les cas, le CC peut mettre l'accent sur tel ou tel type de contrôle (plus de contrôle de proportionnalité et moins de contrôle de nécessité pour les droits qui ne sont pas des droits individuels).

47. *Ibid.*

48. *Ibid.*

49. CC, n° 2008-562 DC du 21 février 2008, Loi relative à la rétention de sûreté, *Rec.*, p. 89.

50. Thierry-Serge Hochmann, « Un paradoxe d'une portée limitée : le Conseil constitutionnel et le négationnisme », *Le Monde*, 20 mars 2012.

Si la liberté d'expression et de communication sert de base au considérant principal de la décision, le contrôle tripartite de proportionnalité est annoncé sans être mis en application. Une motivation laconique de la décision qui masque sans doute les contradictions d'un raisonnement qui se veut critique à l'égard des lois mémorielles dans leur ensemble tout en préservant la loi Gayssot de tout risque d'inconstitutionnalité.

*La volonté de délivrer  
un brevet de constitutionnalité  
à la loi Gayssot*

« Les lois mémorielles, loin d'être dépourvues de portée normative, sont plutôt entachées d'un vice d'incompétence, voire d'une violation de la séparation des pouvoirs en ce qu'elles pré-déterminent la qualification juridique de faits susceptibles de donner lieu à un procès pénal, empiétant alors sur l'office du juge invité implicitement à ne pas en retenir une autre<sup>51</sup>. »

Le Conseil constitutionnel a estimé en l'espèce que « le législateur a porté une atteinte inconstitutionnelle à l'exercice de la liberté d'expression et de communication<sup>52</sup> ». Pour le Conseil constitutionnel, le fait de réprimer par la loi la contestation de faits reconnus par la loi est en soi une atteinte disproportionnée et inadaptée à

la liberté d'expression: « Le choix de ce moyen d'inconstitutionnalité est donc délibéré et condamne la logique des lois mémorielles, lorsqu'elles se traduisent par une prohibition d'expression<sup>53</sup>. »

En ne censurant que la reconnaissance législative assortie de sanction pénale, le Conseil constitutionnel met en exergue la spécificité de la loi Gayssot. La loi du 23 janvier 2012, à la différence de cette dernière, est contraire au principe de séparation des pouvoirs, puisque, en réprimant un génocide qu'il a lui-même qualifié de génocide, le Parlement s'érige en tribunal. La loi Gayssot peut, quant à elle, être adossée sur le statut du tribunal de Nuremberg et sur l'autorité de chose jugée des décisions rendues par ce tribunal. En effet, à la différence de la loi du 23 janvier 2012, la qualification de la Shoah ne résulte pas d'une qualification législative mais de l'article 6 du statut du Tribunal militaire international de Nuremberg.

D'ailleurs, le Comité des droits de l'homme du Haut-Commissariat des Nations unies aux droits de l'homme a jugé la loi Gayssot conforme au Pacte international relatif aux droits civils et politiques et la Cour européenne des droits de l'homme conforme à la CESDH<sup>54</sup>, dont l'article 10 § 2 admet des restrictions à la liberté d'expression<sup>55</sup>. Il faut noter que la loi Gayssot n'est pas une exception en Europe. En Allemagne, les personnes qui « approuvent, contestent ou minimisent » les crimes contre l'humanité

51. Jérôme Roux, « Le Conseil constitutionnel et le génocide arménien: de l'a-normalité à l'inconstitutionnalité de la loi », *Recueil Dalloz*, n° 15, 12 avril 2012, p. 989.

52. Décision précitée du 28 février 2012, cons. 6.

53. Jean-Pierre Camby, « La loi et le négationnisme: de l'exploitation de l'histoire au droit au débat sur l'histoire », *Les Petites Affiches*, n° 70, 6 avril 2012, p. 20.

54. CEDH, 24 juin 1996, n° 31159/96, *Marais c/ France*; CEDH, 24 juin 2003, n° 65831/01, *Garaudy c/ France*.

55. Voir Christian Charrière-Bournazel, « La liberté d'expression et ses limites », *Annuaire international des droits de l'homme*, 2007, vol. II, p. 235-251.

sont passibles du délit d'incitation à la haine raciale inscrit à l'article 130 du code pénal, qui prévoit l'application d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à cinq ans. L'Autriche a, dès 1945, réprimé par une loi les propos négationnistes qui seraient « propres à réactiver le national-socialisme ». En Belgique, une loi du 23 mars 1995 réprime « la négation, la minimisation, la justification ou l'approbation du génocide commis par le régime national-socialiste allemand durant la Seconde Guerre mondiale » et prévoit l'application de peines d'emprisonnement ou la privation des droits civiques pour les personnes tenant de tels propos dans un cadre public.

Derrière les lois mémorielles, se pose bien le problème des limites de la liberté d'expression<sup>56</sup>. Ainsi, en refusant de transférer au Conseil constitutionnel une QPC sur la loi Gayssot, le 7 mai 2010, au motif « que l'incrimination critiquée se réfère à des textes régulièrement introduits en droit interne<sup>57</sup> », la Cour de cassation a adopté une position critiquable puisque le Conseil aurait dû juger lui-même de sa conformité avec la liberté d'expression et de communication. La référence à « des textes régulièrement introduits en droit interne » ne préjuge en rien de cette compatibilité.

La loi du 23 janvier 2012 a été principalement censurée sur la reconnaissance législative, puisqu'elle faisait également référence à des textes internationaux : notamment la décision-cadre du Conseil de l'Union du 28 novembre 2008<sup>58</sup> qui se fonde sur l'article 29 du Traité sur l'Union européenne, mentionnant la lutte contre le racisme et la xénophobie parmi les objectifs de rapprochement des règles de droit pénal des États membres. Les partisans de la loi du 23 janvier 2012 estimaient que c'était une transposition en droit interne de la décision-cadre du 28 novembre 2008, mais le texte européen n'oblige absolument pas les États membres à pénaliser la négation des génocides qu'ils ont reconnus par la loi. D'ailleurs, la France a émis une réserve en 2008 selon laquelle elle ne rendrait « punissable la négation ou la banalisation grossière des crimes [...] que si ces crimes ont été établis par une décision définitive rendue par une juridiction internationale<sup>59</sup> ». Si la reconnaissance de tels actes est répandue dans la majorité des États membres, la pénalisation de la négation ne fait pas l'unanimité. La loi du 23 janvier 2012 s'éloigne au final de la décision-cadre.

Au-delà de la liberté d'expression, les lois mémorielles pouvaient également

56. Bertrand Mathieu, « Les lois mémorielles ou la violation de la Constitution par consensus », *Recueil Dalloz*, 2006, p. 301. Solidement ancrée dans les textes constitutionnels français, la liberté d'expression a subi quelques limites apportées par le législateur, pour répondre à la protection d'autres exigences constitutionnelles (ordre public, droits d'autrui, valeurs de la République, contestation des lois « mémorielles » et des vérités historiques). Bertrand Mathieu, « La liberté d'expression en France : de la protection constitutionnelle aux menaces législatives », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, vol. 123, n° 1, p. 231-259. Bertrand Mathieu et Anne Levade, « Le législateur ne peut fixer des vérités et en sanctionner la contestation », *La Semaine juridique*, 2 avril 2012, n° 14, p. 680-684.

57. Cass., crim., 7 mai 2010, n° 09-80774. La Cour de cassation a ainsi estimé que la loi Gayssot tirait les conséquences d'une norme internationale régulièrement ratifiée et publiée en droit interne.

58. Décision-cadre n° 2008/913/JAI du 28 novembre 2008.

59. Déclaration de la France annexée à la décision-cadre du 28 novembre 2008.

faire référence à la méconnaissance de la liberté de recherche, mais il est loisible de considérer que le grief de la violation de la liberté d'expression et de communication englobe également celui de la liberté de recherche. Comme le souligne Michel de Villiers, « le véritable problème n'est pas, ici, celui de l'histoire saisie par le droit. Mais celui d'une histoire refoulée par le politique<sup>60</sup> ».

La décision d'espèce emporte-t-elle une inconstitutionnalité définitive de toute loi mémorielle<sup>61</sup> ? Suite à la récente élection présidentielle, la question se pose de savoir ce que fera le nouveau président de la République.

Préparer un nouveau texte sur la pénalisation du génocide arménien reste sujet à caution. Bertrand Mathieu assure que « la décision du Conseil constitutionnel va mettre un frein au délit d'opinion, surtout si c'est le législateur qui fixe lui-même la vérité historique. Symboliquement, le Conseil a choisi de mettre l'accent sur la liberté d'expression sans répondre aux autres arguments. Or, à partir du moment où il vise ce principe emblématique très large qui englobe la liberté des chercheurs, des journalistes et de tout citoyen, cela ne laisse quasiment aucune marge au gouvernement pour reprendre un texte de loi d'effet équivalent<sup>62</sup> ».

De plus, serait-ce bien utile ? En l'état du droit actuel, si une personne nie le génocide arménien, elle ne reste pas impunie. Il existe des voies de recours prévues au

pénal, par la loi du 29 juillet 1881 (art. 24, 32 et 33), et au civil sur le fondement de l'article 1382 du code civil<sup>63</sup>.

Au vu des normes de référence choisies par le Conseil constitutionnel, il est possible de considérer que la décision du 28 février 2012 est de portée générale et condamne la logique même des lois mémorielles. Si le Conseil constitutionnel avait eu à connaître d'une autre loi mémorielle, il aurait sans doute eu recours au même raisonnement, puisqu'en dehors de la loi du 29 janvier 2001, purement déclarative, les trois autres lois mémorielles contiennent des dispositions normatives et sont donc susceptibles de porter atteinte à la liberté d'expression.

Cependant, en ne sanctionnant pas expressément la loi du 29 janvier 2001, le Conseil constitutionnel condamne le mode d'adoption des lois mémorielles, plus que l'intervention du Parlement dans le droit mémoriel. Si, en vertu de l'article 3 de la Constitution, le Parlement co-exerce la souveraineté nationale appartenant au peuple et a la légitimité et la compétence pour investir le terrain mémoriel, la solution d'avenir pourrait être de remplacer les lois déclaratives par des résolutions et de renforcer le contrôle du Conseil pour les lois non déclaratives.

Du point de vue du Parlement, les lois déclaratives laisseraient la place aux résolutions de l'article 34-1 de la Constitution : « À l'histoire officielle, la force de la loi, à la mémoire officielle, la souplesse de la

60. Michel de Villiers, « La question de la portée des lois mémorielles », in Thierry-Serge Renoux (dir.), *Protection des libertés et Droits fondamentaux*, op. cit., p. 275.

61. Voir Paul Cassia, « La fin de la saga des lois mémorielles », *Libération*, 29 février 2012 ; Jean-Pierre Camby, « La loi et le négationnisme », art. cit.

62. Cité par Laurence Neuer, « Génocide arménien : faut-il s'obstiner ? », *Le Point*, 28 février 2012.

63. Certes, seule la négation de la Shoah peut donner lieu à des poursuites pénales, mais la contestation des autres génocides est passible d'une action au civil.

résolution<sup>64</sup>. » Bernard Accoyer mettait en exergue le fait que cette intrusion législative dans l'histoire était la conséquence de la limitation des pouvoirs du Parlement depuis 1958, privé du pouvoir de voter des résolutions jusqu'à la réforme de 2008<sup>65</sup>. Cela permettrait de recentrer la loi sur sa vocation normative tout en permettant au Parlement d'exercer sa fonction tribunitienne. C'est dans cet esprit que le Parlement européen avait adopté, le 18 juin 1987, une résolution en faveur de la reconnaissance du génocide arménien, à l'instar du Bundestag le 15 juin 2005.

156 En revanche, pour les lois non déclaratives, le contrôle du Conseil constitutionnel devrait être renforcé, notamment par la précision des normes de référence, par l'application systématique des différentes techniques du contrôle de proportionnalité, par le biais des réserves d'interprétation pour concilier libertés et autres objectifs (ordre public, intérêt général, etc.).

Dans cet article, on a pu montrer que le Conseil constitutionnel gardait en matière de lois mémorielles une large

marge de manœuvre, aussi bien en termes de normes de référence que de techniques de contrôle. De nombreux griefs soulevés par les requérants, comme la liberté de la recherche, le principe d'égalité entre citoyens, le principe de légalité des délits et des peines ou celui de nécessité des peines, n'ont pas été examinés dans la décision. En fondant sa censure sur la distinction des lois mémorielles (les lois déclaratives sont inopérantes et les lois mémorielles normatives de reconnaissance législative inconstitutionnelles) et sur la liberté d'expression et de communication, plus large que le dispositif pénal, le Conseil constitutionnel a marqué sa désapprobation de principe envers les lois mémorielles.

En raison de la violation présumée de nombreux autres principes constitutionnels et des marges de manœuvre dont il dispose, il est peu probable qu'un prochain texte mémoriel échappe à la censure avisée du Conseil constitutionnel, garant essentiel de la liberté d'expression et, au-delà, de l'État de droit.

64. Erwan Kerviche, « La Constitution, le chercheur et la mémoire », contrib. citée.

65. Bernard Accoyer, Rapport d'information du 18 novembre 2008 sur les questions mémorielles, AN, n° 1262. Après audition de nombreux juristes et historiens, cette mission de l'Assemblée nationale conduite par le président B. Accoyer avait conclu qu'il ne fallait plus voter de lois mémorielles.

---

PIERRE ASTIÉ  
DOMINIQUE BREILLAT  
CÉLINE LAGEOT\*

## REPÈRES ÉTRANGERS

(1<sup>er</sup> AVRIL – 30 JUIN 2012)

157

### ALGÉRIE

11 avril 2012. **Ben Bella.** Premier président de l'Algérie indépendante, Ahmed Ben Bella décède le 11 avril à Alger, à 96 ans. Huit jours de deuil sont décrétés.

10 mai 2012. **Élections législatives.** 44 partis et listes d'indépendants, 25 800 candidats dont 7 647 femmes sont en compétition pour 462 sièges. 800 000 Algériens vivant en France ont pu voter pour élire 4 députés.

La participation a été de 42,4 %. Le Front de libération nationale domine les élections avec 220 (+ 84) des 462 sièges contre 68 au Rassemblement national pour la démocratie (+ 4) du Premier ministre Ahmed Ouyahia (les deux partis de l'Alliance présidentielle ont la majorité absolue dans l'assemblée), 48 à l'Alliance Algérie verte, coalition regroupant le Mouvement pour la société et la paix (51 députés dans la chambre sortante) et d'autres partis islamistes, grands perdants des élections, 21 au Front des forces

socialistes et 20 au Parti des travailleurs de Louisa Hanoune. Le nombre de sièges est passé de 389 à 462.

### ALLEMAGNE

19 juin 2012. **Mécanisme européen de stabilité. Pacte budgétaire.** Suite à un recours des Verts à propos de la procédure d'adoption du Mécanisme européen de stabilité, la Cour constitutionnelle de Karlsruhe impose une participation accrue du Bundestag aux décisions relatives à l'intégration européenne. Les juges demandent « une prise d'influence effective et précoce [du Bundestag] sur le processus de constitution de la volonté du gouvernement ». Cela ne jouera pas sur le processus actuel en cours.

Die Linke annonce qu'elle va saisir la Cour constitutionnelle fédérale sur le Pacte budgétaire. Herta Däubler-Gmelin, SPD, ancienne ministre de la Justice fait de même. Les requérants estiment que ce pacte ne respecte pas les droits du Parlement sur les questions budgétaires. La

---

\* Université de Poitiers et CNRS – UMR 6224 CECOJI.

Cour fait savoir qu'elle va demander au président Gauck de ne pas parapher la loi en attendant la décision de la Cour. Le 21 juin Angela Merkel parvient à un compromis pour que le Mécanisme européen de stabilité et le Pacte budgétaire soient adoptés par le Parlement le 29 juin. Dans un contexte difficile suite au sommet européen, le Parlement fédéral autorise la ratification du Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance. Il y a eu 65 voix favorables et 4 défavorables au Bundesrat et 491 favorables et 111 défavorables ainsi que 6 abstentions au Bundestag le 29 juin.

158

26 juin 2012. **Judaïsme. Islam. Liberté religieuse.** Le Landgericht de Cologne, statuant en appel sur recours du procureur, suite à une décision de l'Amtsgericht de Cologne qui avait relaxé les parents et le médecin considérant la circoncision comme conforme au « bien-être de l'enfant » et estimant que les parents avaient voulu éviter à ce dernier toute « discrimination » dans un milieu culturel où la circoncision est le signe de l'appartenance religieuse infirme la décision. Il juge le 26 juin à propos de parents musulmans qui avaient fait circoncire leur fils de quatre ans, que la circoncision pour des motifs religieux est une blessure corporelle passible d'une condamnation considérant que « cette modification est contraire à l'intérêt de l'enfant qui doit décider plus tard par lui-même de son appartenance religieuse ». Le tribunal a jugé que la décision des parents contredit « le bien-être de l'enfant » car elle porte atteinte à son droit fondamental à une éducation « sans violence ». En outre, l'opération étant irréparable, elle lui « interdit de surcroît le libre choix de sa religion, lorsqu'il sera autonome ». Le Conseil de coordination des musulmans en Allemagne, tout comme le Conseil

central des juifs d'Allemagne réagissent très vivement. La décision est également critiquée par les Verts et par la Confédération catholique des évêques allemands.

Selon l'OMS, 661 millions d'hommes seraient circoncis, soit environ 30 % de la population mondiale masculine.

#### ARABIE SAOUDITE

16 juin 2012. **Prince héritier.** Le ministre de l'Intérieur Nayef ben Abdel Aziz, 79 ans, prince héritier depuis octobre 2011 à la mort de son frère le prince Sultan, décède le 16 juin à Genève. C'était un homme d'autorité, très actif dans la lutte contre le terrorisme. Le prince Salman Ben Abdel Aziz, 76 ans, dernier membre éminent du clan des Soudeyri (il est un des sept fils d'Abdel Aziz et de Hassa Bint Soudeyri, tout comme les rois Khaled et Fahd), ministre de la Défense et ancien gouverneur de Riyad, demi-frère du roi, devient prince héritier pour succéder au roi Abdallah, 88 ans, très malade. Le prince Ahmed, frère de Salman et demi-frère du roi, le remplace au ministère de l'Intérieur le 18 juin.

C'est le « conseil d'allégeance » comprenant 35 princes et présidé par le doyen des Al Saoud, le prince Mehaal Ben Abdel Azizi, demi-frère du roi, qui désigne le prince héritier. En Arabie Saoudite, le pouvoir se transmet d'un frère à l'autre en respectant le droit d'aînesse parmi les fils du roi Abdel Aziz Al Saoud, fondateur du royaume.

#### BELGIQUE

Mai-juin 2012. **Situation politique et institutionnelle.** Le 5 juin, la commission des affaires institutionnelles du Sénat valide le projet de scission de l'arrondissement électoral de Bruxelles-Hal-Vilvoorde par 12 voix contre 5. Les

6 membres de la coalition soutenant Elio Di Rupo et deux écologistes ont voté pour, et l'Alliance néoflamande et le Vlaams Belang ont voté contre. Les francophones des 35 communes de Hal-Vilvoorde ne bénéficieront plus des mêmes droits électoraux que ceux de la région bilingue de Bruxelles-Capitale. Les francophones habitant 6 communes « à facilités » pourront avoir le droit d'utiliser le français dans leurs relations avec l'administration et pourront voter soit sur des listes du Brabant flamand, soit sur des listes bruxelloises. Pour Elio Di Rupo, il s'agit d'« un pas de géant ».

#### BIRMANIE

1<sup>er</sup> avril 2012. **Élections législatives.** Des élections ont lieu pour 45 sièges dont 37 à l'Assemblée du peuple (Chambre basse), 6 à l'Assemblée nationale (Chambre haute) et 2 dans des parlements régionaux. Le scrutin a été reporté dans trois circonscriptions.

Aung San Suu Kyi est élue députée avec 82 % des suffrages dans la circonscription rurale de Kawhmu. Son parti, la Ligue nationale pour la démocratie, remporte 40 des 45 sièges dont 35 à la chambre basse, 3 à la Chambre haute et 2 dans des assemblées régionales.

Cette défaite du régime peut se révéler profitable pour lui en permettant une levée des sanctions. La session parlementaire s'ouvre le 23 avril. Aung San Suu Kyi refuse d'abord de prêter le serment de « protéger » la Constitution de 2008 : elle ne veut que la « respecter ». Les députés de la LND ne siègent donc pas encore. Finalement elle accepte de prêter serment le 2 mai.

Aung San Suu Kyi obtient un passeport et effectue son premier voyage hors du pays qu'elle n'avait pas quitté depuis vingt-cinq ans de peur d'être empêchée d'y revenir par la junte. Le 13 juin, elle entame une

tournee européenne. Le 14 juin, elle intervient devant l'ORT à Genève. Le 16 juin, vingt et un ans après avoir été lauréate, en 1991, elle donne sa conférence pour la réception (enfin) du prix Nobel de la paix à Oslo. Puis elle vient en Irlande, se rend aussi en Grande-Bretagne. Elle séjourne en France du 26 au 29 juin reçue comme un chef d'État.

Événement révélateur, le général Tin Aung Myint Oo, 62 ans, vice-président, démissionne et entre dans les ordres le 16 mai. C'est sans doute le signe de la victoire des « modérés » sur les « conservateurs » et l'affirmation d'une meilleure assise politique du président Thein Sein, artisan des réformes démocratiques.

159

#### CANADA

Avril-juin 2012. **Enseignement supérieur. Québec.** Depuis le début de l'année, les étudiants manifestent à Montréal et dans les autres villes du Québec pour protester contre une hausse de 75 % des droits d'inscription sur cinq ans décidée par le Premier ministre Jean Charest. On parle de « printemps érable ». La lutte est menée par la Coalition large de l'Association pour une solidarité syndicale étudiante (Classe).

Le 18 mai, le Parlement adopte une « loi spéciale » (loi 78), par 68 voix contre 48, restreignant le droit de manifester et prévoyant de lourdes amendes pour les contrevenants. Toute manifestation nécessite une déclaration préalable huit heures à l'avance. Tout rassemblement est interdit à moins de 50 mètres des établissements scolaires. La loi restera en vigueur jusqu'en juillet 2013. Amnesty International estime qu'il s'agit d'un « outrage aux libertés fondamentales ».

Le 27 juin, la Cour supérieure du Québec rejette une requête visant à suspendre deux articles (16 et 17) de la loi 78 en

attendant l'examen d'une autre requête demandant l'annulation de la loi pour inconstitutionnalité, mais qui ne sera examinée qu'à l'automne.

#### CORÉE DU NORD

11 avril 2012. **Leader(s)**. Kim Jong-un est nommé Secrétaire général du Parti des travailleurs lors d'une conférence exceptionnelle. Le 13 avril, il est élu « président » de la Commission militaire centrale du Parti du travail de Corée et désigné comme premier secrétaire du PTC à la veille du 100<sup>e</sup> anniversaire de la naissance de son grand-père Kim Il-sung. Il prononce ce jour-là son premier discours public.

#### COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

18 avril 2012. **Réforme**. Le Royaume-Uni qui préside le Conseil de l'Europe organise à partir du 18 avril à Brighton une conférence sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette dernière est submergée par les requêtes : 64 500 sont parvenues au greffe en 2011, 1 157 arrêts ont été rendus la même année. Le podium pour les condamnations est occupé par la Turquie (174), la Russie (133) et l'Ukraine (105).

La conférence adopte un plan pour améliorer le fonctionnement de la CEDH. Elle propose qu'une requête puisse être rejetée si le plaignant ne peut prouver une « inégalité significative ». Le délai de saisine sera réduit de six à quatre mois.

#### ÉGYPTE

23-24 mai et 16-17 juin 2012. **Élection présidentielle**. Le 12 avril, le Parlement interdit la candidature d'anciens membres du régime Moubarak. Le 14 avril, sur les 23 candidats, 10 sont disqualifiés par la

commission électorale dont le candidat des Frères musulmans, Khairat Al Chater, exclu en raison de condamnations sous l'ère Moubarak, le salafiste Hazem Abou Ismaïl en raison du passeport américain de sa mère et l'ancien chef des services de renseignement Omar Souleiman en raison de l'invalidité de 3 000 signatures. Ils étaient en tête dans les sondages. « Candidat de secours », Mohamed Morsi, président du parti Liberté et Justice, devrait représenter les Frères musulmans. Ahmed Chafik, dernier chef de gouvernement d'Hosni Moubarak, voit sa candidature validée.

Au premier tour, Mohamed Morsi, 60 ans, ingénieur civil, arrive en tête avec 24,8 % devant Ahmed Chafik, 71 ans (23,7 %), Hamdine Sabahi, nationaliste nassérien, parti Karama (20,7 %), Abdel Moneim Abou Al-Foutouh, 62 ans, Frère musulman dissident, favori des libéraux, devenu modéré (17,5 %) et Amr Moussa, 76 ans, ancien ministre des Affaires étrangères de Moubarak, ancien secrétaire de la Ligue arabe, doyen des candidats (11,1 %). Les autres candidats obtiennent moins de 1 %.

À la veille du second tour, la Haute Cour constitutionnelle dissout le Parlement au motif que le mode de scrutin uninominal, qui concerne un tiers des députés, serait inconstitutionnel. La Cour annule également la loi dite « d'isolement politique » interdisant aux dignitaires de l'ancien régime de se présenter aux élections, ce qui aurait pu conduire à l'exclusion d'Ahmed Chafik. En conséquence, le Conseil suprême des forces armées – dont le chef, le maréchal Hussein Tantaoui, a annoncé au Parlement qu'il « le considère comme dissous » – récupère le pouvoir législatif ! Cela apparaît comme un coup d'État masqué.

Le 17 juin, le Conseil suprême des forces armées publie des amendements

constitutionnels réduisant les pouvoirs du futur président. Il nommera sans doute le gouvernement mais n'aura pas de droit de regard sur l'armée. Le président n'est plus le chef du CSFA. Les militaires s'accordent le droit de former eux-mêmes l'Assemblée constituante.

Les députés destitués décident de se réunir dans le bâtiment du Sénat, l'accès à l'Assemblée leur étant interdit. Aurt-on un Mirabeau et un marquis de Dreux-Brézé égyptiens s'opposant ?

L'annonce du résultat des élections est retardée et n'intervient que le 24 juin, certains ayant craint que la Commission électorale n'ait la tentation de falsifier les résultats. Le candidat des Frères musulmans, Mohamed Morsi, est proclamé président avec 51,7% des voix face à Ahmed Chafik. Il cherche à rassurer, déclarant vouloir être le président de « tous les Égyptiens », appelant à l'unité nationale et s'engageant à respecter les traités signés par l'Égypte – ce qui devrait inclure les accords de paix avec Israël de 1979. Il promet de nommer une personnalité indépendante comme Premier ministre. Le nouveau président est investi le 30 juin.

27 mai et 2 juin 2012. **Régime Moubarak.** Le verdict dans le procès Moubarak tombe le 2 juin. L'ancien président est condamné à la prison à vie ainsi que son ministre de l'Intérieur Habib El Adli. Mais six anciens généraux sont acquittés alors qu'ils étaient poursuivis pour leur rôle dans la répression. En outre, les deux fils Moubarak sont libres car les faits de corruption qui leur étaient reprochés sont prescrits. Ces jugements provoquent la colère des Égyptiens.

L'état de santé d'Hosni Moubarak se dégrade vite. Il est considéré en état de mort clinique le 19 juin avant qu'on ne parle plutôt de coma.

## ÉTATS-UNIS

Janvier-mars 2012. **Élection présidentielle. Primaires.** Élections primaires et *caucuses* se suivent. Côté démocrates, le président Obama n'a pas d'adversaire dans la plupart des États.

Chez les républicains, Rick Santorum se retire de la compétition le 10 avril, avant l'élection en Pennsylvanie, État dont il a été gouverneur, qui s'annonçait difficile. Il ne reste plus que Mitt Romney, Newt Gingrich et Ron Paul. Mitt Romney, 65 ans, est largement assuré de l'emporter.

Le 24 avril, Mitt Romney remporte les primaires au Connecticut, au Delaware, dans l'État de New York, le Rhode Island et la Pennsylvanie. Newt Gingrich annonce son retrait le 2 mai.

Le 5 mai, Barack Obama lance officiellement sa campagne, les premières étapes étant l'Ohio et la Virginie, États sensibles.

Le 7 mai, Mitt Romney obtient le soutien de son ex-rival Rick Santorum.

Le 9 mai, le président Obama se prononce en faveur du mariage homosexuel, à la suite d'une déclaration du vice-président Biden le 6 mai, lui aussi favorable. Le 12 mai, Mitt Romney réplique devant une assemblée à la Liberty University de Lynchburg, Virginie, plus grande université chrétienne des États-Unis, en défendant le mariage comme « une relation entre un homme et une femme ».

Le 14 mai, Ron Paul décide de ne plus faire campagne, faute de fonds.

12 avril 2012. **Peine de mort.** La Chambre des représentants du Connecticut vote l'abolition de la peine de mort, cet État devenant le 17<sup>e</sup> État abolitionniste.

Rappelons que depuis 2007, 5 États (Illinois, New Jersey, Nouveau-Mexique et New York et Connecticut) sont devenus abolitionnistes. En 2011, 43 condamnés

ont été exécutés et 789 nouvelles condamnations à mort prononcées.

28 juin 2012. **Santé.** Selon l'agence de santé publique américaine, en 2011, 15 % des Américains n'avaient pas d'assurance-maladie.

La décision de la Cour suprême tant attendue intervient le 28 juin. La Cour confirme par 5 voix (Chief Justice Roberts, Juges Ginsburg, Breyer, Sotomayor et Kagan) contre 4 (Scalia, Kennedy, Thomas et Alito) la disposition la plus débattue, obligeant les Américains, à partir de 2014, à souscrire une assurance santé ou à payer une pénalité. Cependant la Cour limite certaines dispositions du texte sur l'extension de l'aide aux plus pauvres. C'est le Chief Justice, John Roberts, considéré pourtant comme conservateur qui a fait pencher la majorité. L'obligation, qui peut aboutir à une sanction pénale, peut en fait être considérée comme un impôt ce qui dès lors donne compétence au Congrès. C'est une défaite pour les républicains et notamment Mitt Romney, hostile à la loi.

#### GRANDE-BRETAGNE

2-5 et 27 juin 2012. **Monarchie.** Le jubilé de diamant (soixante ans de règne) d'Elizabeth II, âgée de 86 ans, reine depuis le 6 février 1952, est célébré avec faste. Ce n'est pas encore le règne le plus long du Royaume-Uni: Victoria a régné soixante-trois ans, sept mois et deux jours, de 1837 à 1901.

Un moment fort de ce jubilé est très certainement la visite de la reine en Irlande du Nord et la poignée de main échangée le 27 juin avec Martin McGuinness, ancien membre de l'IRA.

#### GRÈCE

6 mai et 17 juin 2012. **Élections législatives.** La situation devient de plus en plus inextricable à la suite des élections du 6 mai marquées par l'effondrement des deux grands partis, le PASOK notamment reculant à la troisième place. La participation a été de 65,1 %.

Le 6 mai, les conservateurs de la Nouvelle Démocratie sont en tête avec seulement 18,8 % des voix et 108 des 300 sièges. Le PASOK avec 13,2 % et 41 élus est devancé par la Coalition de la gauche radicale qui atteint 16,8 % et 52 sièges. Les Grecs indépendants avec 10,6 % ont 33 sièges, le Parti communiste avec 8,5 % a 26 élus, l'Aube dorée, néo-nazie, de Nikolaos Michaloliakos, nostalgique de la dictature des colonels avec 7 % a 21 élus et la Gauche démocratique avec 6,1 % a 19 sièges.

Le 7 mai, Antonis Samaras (Nouvelle Démocratie) est chargé de former un gouvernement, mais il échoue immédiatement. Le 8 mai c'est Alexis Tsipras de la Coalition de la gauche radicale qui est chargé de la même mission et échoue à son tour le 10 mai. Evangelos Venizelos (PASOK) renonce le 12 mai après avoir tenté de former un gouvernement d'« union nationale des forces pro-européennes ». Le président cherche alors la formation d'un gouvernement d'union nationale. Cette tentative échoue le 15 mai conduisant à de nouvelles élections.

Le 16 mai, Panagiotis Pikrammenos, 67 ans, magistrat, président du Conseil d'État, devient Premier ministre par intérim et forme son gouvernement le lendemain.

Le parti néo-nazi Aube dorée est accusé d'agressions sur des étrangers. Un député néo-nazi agresse deux élues de gauche lors d'un débat public.

Lors du scrutin du 17 juin, la Grèce se dote de justesse d'un Parlement susceptible d'être accepté par l'Union européenne. La

## Élections du 6 mai 2012

Inscrits	9 949 401
Votants	6 476 745 (65,10 %)
Blancs	35 760 (0,55 %)
Nuls	116 889 (1,80 %)
Suffrages exprimés	6 324 096

<i>Partis</i>	<i>voix</i>	<i>%</i>	<i>sièges</i>
Nouvelle Démocratie	1 192 051	18,85 (-14,6)	108 (+17)
Coalition de la gauche radicale (SYRIZA)	1 061 282	16,78 (+12,2)	52 (+39)
Mouvement socialiste panhellénique (PASOK)	833 527	13,18 (-30,7)	41 (-109)
Grecs indépendants	670 957	10,61 (+10,61)	33 (+33)
Parti communiste de Grèce (ΚΚΕ)	536 072	8,48 (+0,9)	26 (+5)
Aube dorée	441 018	6,97 (+6,7)	21 (+21)
Gauche démocrate (DIMAR)	386 263	6,11 (+6,11)	19 (+19)
Verts écologistes	185 410	2,93 (+0,4)	0 (=)
Alerte populaire orthodoxe (ΛΑΟΣ)	183 467	2,90 (-2,7)	0 (-15)
Alliance démocrate (DISY)	161 595	2,56 (+2,56)	0 (- 4)
Recréer la Grèce	135 965	2,15 (+2,15)	0 (=)
DRASI – Alliance libérale	114 058	1,80 (+1,80)	
Front de la gauche anticapitaliste	75 428	1,19 (+0,8)	
Pacte social	60 597	0,96 (+0,96)	0 (-8)
Renaissance démocratique	58 426	0,92 (+0,92)	
Mouvement « Ne paie pas »	55 675	0,88 (+0,88)	
Union centriste	38 376	0,61 (+0,34)	
Association Union nationale	38 225	0,60 (+0,60)	
Parti pirate de Grèce	32 484	0,51 (+0,51)	
Parti des successeurs de Kapodistria	28 511	0,45 (+0,29)	
Parti communiste – ML	16 033	0,25 (+0,10)	
Parti révolutionnaire des travailleurs	6 098	0,10 (+0,03)	
Autres (10 partis)	12 578	0,19	

163

participation a été de 62,5 %. Nouvelle Démocratie, formation conservatrice, arrive en tête avec 29,7 % des suffrages et 129 des 300 sièges. La Coalition de la gauche radicale arrive en deuxième position avec 26,9 % et 71 élus. Les socialistes du PASOK connaissent toujours leur descente aux enfers avec seulement 12,3 % et 33 élus. Les Grecs indépendants recueillent 7,5 % et 20 élus, enregistrant un recul, les néo-nazis d'Aube dorée avec 6,9 % et 18 élus

se maintiennent, juste devant la Gauche démocratique (6,3 % et 17 sièges) et le Parti communiste n'a que 4,5 % et 12 députés.

Le 20 juin, Antonis Samaras devient Premier ministre. Son cabinet formé avec son parti de la Nouvelle Démocratie, des socialistes du PASOK et de la gauche modérée DIMAR, est nommé le lendemain avec Dimitris Avramopoulos aux Affaires étrangères, Panos Panagiotopoulos à la Défense, Evripidis Stylianidis

## Élections du 17 juin 2012

Inscrits	9 951 970		
Votants	6 216 856	(62,47 %)	(-2,63)
Blancs	25 052	(0,40 %)	
Nuls	36 277	(0,58 %)	
Suffrages exprimés	6 155 527		

<i>Partis</i>	<i>voix</i>	<i>%</i>	<i>sièges</i>
Nouvelle Démocratie	1 825 646	29,66 (+8,26)	129 (+21)
Coalition de la gauche radicale SYRIZA	1 655 053	26,89 (+10,11)	71 (+19)
Mouvement socialiste panhellénique (PASOK)	833 527	12,28 (-0,9)	33 (-8)
Grecs indépendants	462 456	7,51 (-3,09)	20 (-13)
Aube dorée	425 980	6,92 (-0,5)	18 (-3)
164 Gauche démocrate (DIMAR)	385 079	6,26 (+0,15)	17 (-2)
Parti communiste de Grèce (KKE)	277 179	4,50 (-3,98)	12 (-14)
Recréer la Grèce/DRASI/Alliance libérale	98 063	1,59 (-2,36)	
Alerte populaire orthodoxe (LAOS)	97 099	1,58 (-1,32)	
Verts écologistes	54 421	0,88 (-2,05)	
Mouvement « Ne paie pas »	23 734	0,39 (-0,49)	
Front de la gauche anticapitaliste (ANTARSYA)	20 389	0,33 (-0,86)	
Parti des successeurs de			
Kapodistria Michail Iliadis	17 771	0,29 (-0,26)	
Union centriste (EK)	17 191	0,28 (-0,33)	
Parti pirate de Grèce	14 169	0,23 (-0,28)	
Mouvement Panathinaïkos	12 439	0,20 (+0,20)	
Parti communiste ML	7 648	0,12 (-0,13)	
Espoir national G. Papadopoulos	4 303	0,07 (+0,07)	
Parti libéral (LIBERTAS)	615	0,01 (-0,06)	
Candidats individuels	416	0,01 (-0,04)	
Mouvement national de résistance	80	0,01 (=)	
Renouveau		0,01 (=)	

à l'Intérieur et Vassilis Rapanos, proche du PASOK mais très hostile à SYRIZA, aux Finances. Le gouvernement doit compter sur le soutien de 179 députés sur 300. Le 25 juin, le ministre des Finances, Vassilis Rapanos, démissionne pour raisons de santé. Il est remplacé par Yannis Stournaras, 55 ans, économiste et ancien banquier. Un autre ministre démissionne. Il s'agit du secrétaire d'État à la marine

marchande, Giorgios Vernicos, en raison de sa participation à une société offshore.

## HONGRIE

2 avril et 2 mai 2012. **Président de la République.** Accusé de plagiat pour sa thèse de doctorat, son titre de docteur lui ayant été retiré par l'université

Semmelweis de Budapest, le président Pál Schmitt, 70 ans, ancien escrimeur de compétition, médaillé olympique en 1968 et 1972, se résout à démissionner le 2 avril. Le président de l'Assemblée nationale, László Kövér assure l'intérim. C'est János Áder, 52 ans, député européen, cofondateur du parti conservateur Fidesz et condisciple du Premier ministre, ancien président de l'Assemblée hongroise qui est élu, avec 262 voix contre 40, le Parlement comptant 386 députés. Il entre en fonction le 10 mai.

IRLANDE

31 mai 2011. **Référendum.** Les Irlandais approuvent le Pacte budgétaire européen avec 60,3 % de oui, la participation ayant été de 50 %. Le Premier ministre a joué un rôle déterminant.

*Référendum en Irlande*

Inscrits	3 144 828	
Votants	1 591 385	(50,60 %)
Nuls	7 206	(0,45 %)
Suffrages exprimés	1 584 179	
OUI	955 091	(60,29 %)
NON	629 088	(39,71 %)

ISLANDE

30 juin 2012. **Élection présidentielle.** « Personnalité télé de l'année » en 2010, Thora Arnósdóttir, 37 ans, journaliste, est candidate un mois après avoir accouché de son troisième enfant. Elle affronte Ólafur Ragnar Grímsson, 69 ans, président depuis le 1<sup>er</sup> août 1996, indépendant, ancien membre de l'Alliance

165

*Élection présidentielle en Islande*

Inscrits	235 495	
Votants	163 251	(69,3 %)
Nuls	4 096	
Suffrages exprimés	159 205	
<i>Candidats, partis</i>	<i>voix</i>	<i>%</i>
Ólafur Ragnar Grímsson, indépendant	84 036	52,78
Thora Arnósdóttir, indépendant	52 795	33,16
Ari Trausti Guðmundsson, indépendant, ancien communiste	13 762	8,64
Herdís Thorgeirsdóttir, indépendant	4 189	2,63
Andrea Ólafsdóttir, Coalition des propriétaires	2 867	1,8
Hannes Bjarnason, indépendant	1 556	0,98

du peuple (gauche), candidat à un 5<sup>e</sup> mandat. Celui-ci est réélu facilement dès le premier tour avec 52,78 % des suffrages. La présidence de l'Islande est toujours sous le sceau de la stabilité. Le pays n'a connu que cinq présidents depuis son indépendance en 1944.

#### ISRAËL

6 mai 2012. **Situation politique.** Le Premier ministre annonce le 6 mai des élections anticipées pour le 4 septembre. Mais il renforce sa position en recevant, à la surprise générale, le soutien de Shaul Mofaz, 63 ans, ancien ministre de la Défense, leader du parti centriste Kadima depuis six semaines et qui rallie la coalition au pouvoir. Benyamin Netanyahu s'apprêtait à demander à la Knesset de voter sa propre dissolution ce qui ne semble plus nécessaire puisqu'il dispose du soutien de 94 députés sur 120, la plus large coalition de l'histoire d'Israël.

#### ITALIE

17 avril 2012. « **Règle d'or** ». Le Sénat adopte en dernière lecture l'inscription de la « règle d'or » dans l'article 81 de la Constitution par 235 voix contre 11 et 24 abstentions.

#### LIBERIA

30 mai 2012. **Ancien président. Crimes contre l'humanité.** Charles Taylor, 64 ans, président du Liberia du 2 août 1997 au 11 août 2003, est reconnu coupable de onze chefs d'accusation relatifs aux crimes de guerre et crimes contre l'humanité en Sierra Leone. Le procureur avait requis le 3 mai une peine de quatre-vingts ans de prison. Il est condamné à cinquante ans de prison le 30 mai. On peut remarquer qu'il aura

114 ans à l'expiration de sa peine... Il est le premier ancien chef d'État condamné par la justice internationale depuis le procès de Nuremberg en 1946. L'amiral Dönitz y aurait été condamné à dix ans de prison.

#### NORVÈGE

24 mai 2012. **Église luthérienne. Laïcité.** Le Parlement abolit le 24 mai la disposition constitutionnelle faisant de l'Église évangélique luthérienne l'Église d'État. L'Église norvégienne et non l'État nommera ses évêques et ses doyens. L'État ne sera plus confessionnel et la religion luthérienne perd sa situation de « religion publique ». L'impôt ecclésiastique dans sa forme actuelle est supprimé. Enfin, les ministres ne devront plus nécessairement être membres de l'Église luthérienne.

#### PAYS-BAS

23 avril 2012. **Gouvernement.** Le gouvernement de Mark Rutte démissionne après l'échec des négociations entre la coalition et le PvdV de Geert Wilders, parti populiste, qui ne faisait que soutenir le gouvernement sans y participer. Le référendum porte sur les mesures pour réduire le déficit.

Malgré tout le gouvernement démissionnaire parvient le 26 avril à un accord réunissant trois petits partis d'opposition et deux partis membres de la coalition gouvernementale, D66 (réformateurs), GroenLinks (écologistes), ChristenUnie (chrétiens), vvd (libéraux) et CDA (chrétiens-démocrates), et permettant un accord sur un programme d'austérité qui est entériné par le Conseil des ministres le 21 mai 2012.

Le Parlement est dissous le 25 avril et les élections auront lieu le 12 septembre.

ROUMANIE

Le gouvernement de Mihai-Razvan Ungureanu, 44 ans, en fonction seulement depuis le 9 février à la tête d'une coalition Parti démocrate-libéral-Union démocrate magyare de Roumanie-Union nationale pour le progrès de la Roumanie, est renversé le 27 avril par une motion de censure qui a recueilli 235 voix sur les 460 députés. Le président Basescu désigne Victor Ponta, 39 ans, chef de l'opposition socialiste, pour lui succéder. Le FMI décide de suspendre le réexamen de son plan d'aide à Bucarest de 5 milliards d'euros. Le nouveau Premier ministre ne rassure pas les milieux d'affaires. Le gouvernement sera en fonction jusqu'aux élections législatives du 30 novembre

27 juin 2012. **Exécutif. Cour constitutionnelle.** La décision de la Cour constitutionnelle roumaine pourrait nous intéresser si nous devions à nouveau connaître la cohabitation. La Haute Juridiction se prononce pour trancher un différend entre le président de la République, Traian Basescu, et le Premier ministre, Victor Ponta, jugeant qu'il appartenait au président de la République, « en tant que chef de l'État » de participer au sommet européen de Bruxelles.

RUSSIE

16 avril 2012. **Cour européenne des droits de l'homme.** La CEDH condamne la Russie, le 16 avril, à propos du massacre de Katyn, en raison de l'absence de coopération judiciaire de la Russie et de son « attitude dépourvue d'humanité » dont témoigne « le déni de la réalité du massacre ». Elle qualifie le massacre de « crime de guerre ». Mais elle se déclare incompétente pour juger si la Russie avait violé

l'article 2 de la Convention (obligation d'enquête sur la perte de vies humaines). Elle estime qu'elle n'est pas habilitée à se prononcer sur les faits eux-mêmes, antérieurs à la Convention et à sa ratification par la Russie en 1998.

7 mai 2012. **Président de la République. Premier ministre. Gouvernement.** Vladimir Poutine redevient président de la Russie. Il propose son prédécesseur Dmitri Medvedev comme Premier ministre et nomme Victor Zubkov comme Premier ministre intérimaire jusqu'à ce que le 8 mai, Dmitri Medvedev soit confirmé par la Douma par 299 voix contre 144 et nommé formellement. Le 21 mai un nouveau gouvernement est formé avec le général de police Vladimir Kolokoltsev à l'Intérieur qui remplace Rachid Nourgaliev, les autres portefeuilles clefs restant inchangés.

Mai 2012. « **Sujets fédéraux** ». En moins de cinq mois, le président Poutine a remplacé 28 dirigeants de « sujets » fédéraux, soit le quart. Ce faisant, il met en place ses fidèles et atténue l'effet de la réforme qui prévoyait le retour des élections des gouverneurs au suffrage universel au lieu de leur nomination à Moscou, ce qui était une réponse à l'opposition. La nouvelle loi entre en vigueur le 1<sup>er</sup> juin. Ceux nommés auparavant seront soumis au verdict des électeurs dans cinq ans.

SÉNÉGAL

2 avril 2012. **Président de la République. Gouvernement.** Macky Sall, 51 ans, devient le 4<sup>e</sup> président du Sénégal. Alain Juppé représentait la France. Des questions se posent sur l'enrichissement du président sortant, Abdoulaye Wade, 86 ans, au pouvoir depuis le 1<sup>er</sup> avril 2000. Le président Sall nomme le 3 avril

Abdoul Mbaye, 59 ans, ancien banquier, ayant une réputation de rigueur, Premier ministre d'un gouvernement de 25 membres. Le chanteur Youssou Ndour dont la candidature à l'élection présidentielle avait été écartée est nommé ministre de la Culture et du Tourisme le 5 avril.

## SERBIE

6 mai 2012. **Élections présidentielle, législatives et municipales.** Le président Boris Tadic, 54 ans, Parti démocratique, au pouvoir depuis le 11 juillet 2004, démissionne le 5 avril afin de provoquer des élections anticipées permettant de faire coïncider les scrutins présidentiel et législatif. La présidente du Parlement Slavica Djukic Dejanovic, 60 ans, Parti socialiste de Serbie, assure l'intérim.

12 candidats sont en lice à l'élection présidentielle.

Boris Tadic, Parti démocratique, président sortant, est en tête au premier tour avec 26,5 % des voix, devant Tomislav Nikolic, Parti progressiste serbe avec 26,2 %, Ivica Dacic, Parti socialiste de Serbie avec 14,9 %, Vojislav Kostunica, Parti démocratique de Serbie, avec 7,8 %, Zoran Stankovic, Régions unifiées, avec 6,9 % et Cedomir Jovanovic, Parti libéral-démocrate avec 5,3 %. La participation a été de 57,8 %. Ivica Dacic est en position d'arbitre.

Tomislav Nikolic, déjouant les pronostics, et sans doute en raison d'une forte abstention, l'emporte au second tour avec 51,2 % contre 48,8 % à Boris Tadic. La participation est tombée à 46,3 %. Le nouveau président prend ses fonctions le 31 mai.

Aux élections législatives, la coalition (SNS-NS-PSS-PS) soutenant le nouveau président arrive en tête avec 24 % des suffrages seulement, devançant de peu

avec 22,3 % le DS au pouvoir. Le parti radical serbe, isolé après sa scission et dont le leader comparait devant le TPİY, s'effondre et perd ses 78 députés.

Même si le nouveau président Tomislav Nikolic a assuré que la Serbie ne changera pas de position par rapport à l'Union européenne, on peut craindre que les relations seront plus difficiles qu'avec Boris Tadic qui était résolument pro-européen. Le nouveau président, le 1<sup>er</sup> juin, nie tout génocide à Srebrenica. Les États-Unis réagissent vivement à cette déclaration.

Le 28 juin, le président charge Ivica Dacic, 45 ans, Parti socialiste de Serbie, de former le gouvernement. Celui-ci comprend les socialistes, les nationalistes du SNP du président Nikolic et le petit parti des Régions unies, réunissant 131 voix sur 250. Ancien fidèle de Slobodan Milosevic, ministre de l'Intérieur des gouvernements Cvetkovic dirigés par les démocrates, le président inquiète les pro-Européens.

## SLOVÉNIE

11 avril 2012. **Règle d'or.** Les parlementaires slovènes révisent la Constitution pour y inclure la « règle d'or », par 70 voix contre 3 et 12 abstentions. L'article 148 de la Constitution est donc complété.

## SUISSE

17 juin 2012. **Votations.** 3 votations avaient lieu le 17 juin. La participation a été d'une extrême faiblesse: 37,7 à 38 %.

– Les Suisses refusent l'initiative « accéder à la propriété grâce à l'épargne-logement » avec 1 331 860 de non (68,9 %) et 600 807 de oui (31,1 %). Tous les cantons ont voté non. Les libéraux-radicaux et l'Union démocratique du centre (populiste) appelaient à voter oui.

– Ils rejettent, avec 1 460 742 de non (75,2 %) contre 480 514 de oui (24,8 %),

l'initiative « Pour le renforcement des droits populaires dans la politique étrangère » visant à soumettre à référendum tout accord ou traité international. Tous les cantons ont voté non. Seule l'UDC populiste soutenait l'initiative.

Ils refusent la modification du 30 septembre 2011 de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal) (Réseaux de soins) avec 1 480 889 non (76 %) contre 466 996 (24 %). Les chrétiens-sociaux, l'UDC et le PBD (populistes) et les socialistes appelaient à voter non, et les Verts donnaient liberté de vote. Les autres partis étaient favorables.

## SYRIE

Avril-juin 2012. **Impasse politique.** Le 1<sup>er</sup> avril, le groupe des pays amis de la Syrie se réunit à Istanbul. Il appelle les groupes d'opposition à se réunir autour du Conseil national syrien dont l'action est pourtant critiquée à l'intérieur du pays.

Damas accepte la date du 10 avril pour commencer à appliquer le plan Annan. Mais Bachar al-Assad exige des « garanties écrites » que les opposants déposeront les armes.

Le 11 avril, Kofi Annan annonce avoir reçu une lettre de Damas annonçant l'arrêt des combats militaires sur tout le territoire syrien dès le 12 avril. Le cessez-le-feu entre en vigueur le 12 avril, mais le dialogue n'a pas débuté.

Le 14 avril, le Conseil de sécurité approuve l'envoi de 250 hommes non armés en Syrie pour contrôler le cessez-le-feu. Moscou a approuvé le vote du document après la suppression de passages dénonçant les exactions du régime syrien. Le Conseil adopte à l'unanimité sa première résolution sur la Syrie autorisant le déploiement d'observateurs pour surveiller le cessez-le-feu. Les premiers commencent leur mission le 16 avril.

Le 21 avril, le Conseil de sécurité envoie une mission (MISNU) de 300 observateurs pour quatre-vingt-dix jours.

Malgré la situation, des élections législatives ont lieu le 7 mai. 7 915 candidats étaient en lice pour les 250 sièges. Sept des neuf partis créés récemment ont présenté des candidats dans le cadre de la nouvelle Constitution, le rôle dirigeant du parti Baas ayant disparu. L'opposition boycotte le scrutin.

Selon les autorités, la participation a été de 58 %. En fait 5,2 des 10,1 millions d'électeurs potentiels se sont inscrits. Parmi ceux-ci, 51,26 % d'entre eux ont effectivement voté. Le Bloc Unité nationale au sein duquel se fondait le parti Baas obtient 183 des 250 sièges, les autres allant pour la plupart à des candidats sans étiquette favorables au pouvoir.

Le 15 mai, Burhan Ghalioun est élu pour un mandat de trois ans à la tête du Conseil national syrien, principale coalition de l'opposition, conservant un poste obtenu en 2011 par consensus. Cette nomination est critiquée comme imposée par les Frères musulmans. L'opposition se montre de plus en plus divisée. Burhan Ghalioun démissionne le 24 mai.

108 personnes sont tuées le 25 mai, la plupart à Houla dans les bombardements. Des forces gouvernementales dont les blindés entrent pour la première fois à Alep.

Le 29 mai, la France expulse Lamia Chakkour, ambassadrice de Syrie en France. C'est une réplique au massacre de Houla. L'Allemagne prend ensuite la même décision, puis l'Italie, l'Espagne, le Royaume-Uni, la Belgique, les Pays-Bas et la Suisse. Le Canada, l'Australie et les États-Unis font de même.

Le 10 juin, Abdel Basset Sayda, modéré kurde, est élu à la tête du Conseil national syrien, suite à une réunion tenue à Istanbul.

Il n'a pas d'expérience politique ni de notoriété.

Le 16 juin, la mission d'observation des Nations unies suspend son action « du fait de l'intensification des violences ». Mais elle reste en Syrie.

Le 22 juin, la Syrie abat un avion turc F-4 Phantom au large de ses côtes. Il est « touché par un coup direct après être entré dans l'espace aérien syrien », selon les autorités syriennes. L'avion effectuait, sans arme, une mission de test d'un système radar. Il est entré un moment dans l'espace aérien syrien, mais a été détruit quinze minutes plus tard, dans l'espace international, à 13 milles des côtes syriennes, sans aucun avertissement.

L'OTAN se réunit d'urgence à Bruxelles. Le 26 juin, la Turquie met en garde la Syrie prévenant qu'elle riposterait à toute violation de sa frontière. L'OTAN manifeste sa solidarité avec la Turquie... mais reste prudente.

Le 30 juin a lieu à Genève la première réunion du groupe de contact, « groupe d'action sur la Syrie », qui associe les cinq membres du Conseil de sécurité, la Turquie, l'Union européenne, le Qatar, Koweït et l'Irak. L'Arabie Saoudite et l'Iran n'ont pas été invités. Un accord sur les principes d'une transition intervient. Il envisage la formation d'un gouvernement d'union nationale qui inclurait des membres du gouvernement actuel et de l'opposition. Il n'implique pas le départ du président al-Assad.

## TUNISIE

13 juin 2012. **Régime Ben Ali.** Le 23 mai, la peine capitale est requise contre Zine el-Abidine Ben Ali, « réfugié » en Arabie Saoudite, par un tribunal militaire. Il est poursuivi pour « complicité d'homicides volontaires ». Il est condamné le 13 juin à

la prison à perpétuité pour son rôle dans la sanglante répression à Thala et Kasserine en janvier 2011. Des non-lieux sont accordés à d'anciens responsables du ministère de l'Intérieur, ce qui provoque la colère des familles des victimes.

Juin 2012. **Constitution.** Le préambule de la Constitution est rédigé. Il pose les principes du caractère civil de l'État, de l'identité arabo-islamique de la Tunisie et de la séparation des pouvoirs. Il indique « les objectifs de la révolution qui a permis la libération du peuple de la colonisation et de la dictature » et pose que la Constitution se fondera « sur les principes de l'islam empreints d'ouverture ». Le texte devra être adopté par l'Assemblée en séance plénière.

## UNION EUROPÉENNE

Avril-juin 2012. **Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance (Pacte budgétaire).** Signé le 2 mars 2012, le Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance, dit Pacte budgétaire, commence à être approuvé.

Le 28 mars, les députés grecs l'approuvent par 194 voix contre 59 et 47 abstentions, le dépôt des instruments de ratification intervenant le 10 mai.

Le 13 avril, les députés portugais par 204 voix contre 24 et 2 abstentions.

Le 19 avril, les députés slovènes l'approuvent par 74 voix contre 0 et 2 abstentions, les instruments de ratification étant déposés le 30 mai.

Le 8 mai, les députés roumains l'approuvent par 237 voix contre 0 et 2 abstentions, le Sénat le 21 mai par 89 voix contre 1.

Le 14 mai, les députés polonais l'approuvent par 294 voix contre 155 et le Sénat par 50 voix contre 30.

Le 31 mai, les députés danois l'ap-

prouvent par 80 voix contre 27 et les Lettons par 67 voix contre 29 et 1 abstention, la Lettonie déposant les instruments de ratification le 22 juin. Le même jour, les Irlandais approuvent par référendum avec 60,29 % de oui contre 39,71 % de non, l'abstention ayant été de 49,4 %. Le résultat avait pourtant paru incertain.

Le 28 juin, les députés lituaniens l'approuvent par 112 voix contre 11 et 21 abstentions.

Enfin, il y a eu 65 voix favorables et 4 défavorables au Bundestag et 491 favorables et 111 défavorables ainsi que 6 abstentions au Bundestag le 29 juin.

1<sup>er</sup> avril 2012. **Initiative citoyenne européenne.** L'initiative citoyenne européenne permettant aux citoyens européens de proposer de nouvelles normes à la Commission entre en vigueur. Désormais, un million de citoyens d'au moins sept États pourront demander à la Commission de proposer des mesures dans un domaine de la compétence de l'UE. C'est la Commission qui décidera dans les trois mois de la suite qu'elle entend donner. Mais un refus devra être justifié. C'est une idée

qui fut proposée par Jürgen Meyer, représentant du Bundestag à la Convention qui a préparé le « traité-constitution ». Sa mise en œuvre a été posée par un règlement du 16 février 2011.

28-29 juin 2012. **Sommet. Zone euro.** Un paquet croissance de 120 milliards € (1 % du PIB), est constitué de sources différentes : la recapitalisation de la BEI pour 10 milliards € lui permettra d'augmenter ses capacités d'emprunt ; 55 milliards € inutilisés des fonds structurels ; des « project bonds », emprunts pour financer des infrastructures pour 5 milliards €. La zone euro décide de mettre sur pied avant la fin de l'année une « union bancaire ». Les États membres s'entendent pour lancer une « union politique » et une union budgétaire. Ce résultat a pour conséquence une hausse des Bourses, celle de Paris connaissant sa meilleure séance de l'année. Ce résultat est dû à une stratégie efficace de l'Italien Mario Monti principalement et de l'Espagnol Mariano Rajoy, avec le soutien de François Hollande, afin d'obtenir l'accord d'Angela Merkel.



CHRONIQUE  
CONSTITUTIONNELLE FRANÇAISE

(11 MAI – 30 JUIN 2012)

173

REPÈRES

14 mai. À la veille de son investiture, M. Hollande déclare devant le conseil national du PS : « Je ne participerai plus à aucune instance partisane et ne recevrai à l'Élysée aucun parlementaire de la majorité. [...] Certes je suis socialiste et j'entends bien le rester. »

25 mai. Dans un entretien au *Figaro Magazine*, M. Fillon déclare : « Depuis le départ de Nicolas Sarkozy, il n'y a plus à l'UMP de leader naturel. Donc il y aura compétition. »

La commission exécutive de la CGT rejette le choix de Mme Prigent comme successeur de M. Thibault.

26 mai. M. Peillon se proclame *ministre des élèves*.

« Le Conseil constitutionnel doit se supprimer pour non-conformité à la Constitution », s'agissant de la parité, affirme Mme Roudy dans un article au *Monde*.

30 mai. Première réunion de l'association des Amis de Nicolas Sarkozy, présidée par M. Hortefeux.

2 juin. « La politique, ce n'est pas le festival de Cannes », affirme M. Ayrault dans son discours de Nantes (Loire-Atlantique).

5 juin. M. Mamère, député écologiste, annonce le dépôt d'une proposition de loi en faveur de la concomitance des dates des élections présidentielles et législatives.

9 juin. Le président Hollande commémore, à Tulle, la pendaison de 99 personnes par la division Das Reich, en 1944.

11 juin. Le bureau politique de l'UMP se prononce, en vue des élections législatives, pour le *ni ni* : ni Front républicain avec la gauche ni accord avec le Front national.

14 juin. Mme Morano, ancienne ministre, candidate UMP à Toul (Meurthe-et-Moselle), est piégée par l'humoriste Gérard Dahan, qui se fait passer pour un dirigeant du Front national.

18 juin. Sur BFMTV, M. Rocard estime que « la dissuasion nucléaire ne sert à rien ».

19 juin. MM. Noah et Forget sont entendus par la commission d'enquête sénatoriale sur l'évasion des capitaux.

21 juin. M. Vidalies, ministre chargé des

relations avec le Parlement, déclare que le groupe écologiste à l'Assemblée aura « la liberté d'expression, mais pas la liberté de vote ». « Il n'est pas question de donner l'impression que le gouvernement décide et que le Parlement exécute », lui rétorque M. de Rugy, coprésident du groupe.

23 juin. M. Pascal Durand succède à Mme Cécile Duflot à la tête du parti EELV.

24 juin. Sur Canal +, Mme Kosciusko-Morizet met en cause M. Buisson, conseiller de l'ancien chef de l'État : « Son objectif, ce n'était pas de faire gagner Nicolas Sarkozy. C'était de faire gagner Charles Maurras. »

29 juin. À l'issue du Conseil européen consacré à la crise de l'euro, le président Hollande accepte de ratifier, après autorisation parlementaire, le traité de discipline budgétaire signé par son prédécesseur, en mars.

#### ASSEMBLÉE NATIONALE

– *Bibliographie*. A. Fuchs-Cessot, « “Le député Lisbonne” : un objet juridique atypique », *RDP*, 2012, p. 332 ; A. Verdier-Molinié, « À quand la transparence sur les rémunérations à l'Assemblée nationale ? », *Le Monde*, 21-6.

– *Bureau*. À la suite des nominations auxquelles l'Assemblée a procédé les 26 et 27 juin, ce dernier est ainsi composé : président, M. Bartolone (s) ; vice-présidents, Mme Dumont (s), M. Sirugue (s), M. Baupin (EE), Mmes Mazetier (s), Vautrin (UMP) et M. Le Fur (UMP) ; questeurs : M. Roman (s), Mmes Clergeau (s) et Briand (UMP) ; secrétaires, MM. Charasse (RRDP), Cinieri (UMP), Dolez (GDR), Giacobbi (RRDP), Mmes Got (s), Grosskost (UMP), MM. Laurent (app. s), Lequiller (UMP), Perrut (UMP),

Mme Poletti (UMP) et MM. Salles (UDI) et Serville (GDR) (JO, 28-6).

– *Composition (XIII<sup>e</sup> législature)*. Conformément à la tradition républicaine, M. François Hollande s'est démis, par une lettre du 11 mai, de son mandat de député (Corrèze, 1<sup>re</sup>) (JO, 15-5). Huit députés ont démissionné : MM. Fabius (Seine-Maritime, 4<sup>e</sup>) (s), le 4 juin (JO, 5-6), Berdati (Hauts-de-Seine, 7<sup>e</sup>) (UMP), le 6 juin (JO, 8-6) ; Mme Bachelot-Narquin (Maine-et-Loire, 1<sup>re</sup>) (UMP) ; MM. Chatel (Haute-Marne, 1<sup>re</sup>) (UMP), Douillet (Yvelines, 12<sup>e</sup>) (UMP), Mmes Montchamp (Val-de-Marne, 7<sup>e</sup>) (UMP), Morano (Meurthe-et-Moselle, 5<sup>e</sup>) (UMP) et M. Wauquiez (Haute-Loire, 1<sup>re</sup>) (UMP), le 17 juin (JO, 19-6).

M. Ayrault (Loire-Atlantique, 3<sup>e</sup>) (s), nommé Premier ministre, a cessé d'exercer son mandat, le 15 juin. Il a été remplacé par M. Fougerat, éphémère député... d'une décade, à l'égal des suppléants des membres de son gouvernement. M. Fillon, son prédécesseur à Matignon, a recouvré son siège, le lendemain pour une décade (JO, 19-6).

– *Composition (XIV<sup>e</sup> législature)*. La nouvelle Assemblée se caractérise par le renouvellement de ses membres : 234 nouveaux, soit 40 % du total, parmi eux 134 sont issus du PS. La féminisation progresse avec 155 élues (104 PS et 27 UMP), soit 26,9 % ou plus du quart de l'Assemblée, contre 22 % du Sénat. La moyenne d'âge s'établit à 54 ans ; la benjamine de la République, Marion Maréchal-Le Pen (Vaucluse, 3<sup>e</sup>) (NI), est âgée de 22 ans. Les quadragénaires arrivent en force : 138 contre 66 à la fin de la dernière législature. La diversité progresse avec 8 députés, tous issus du PS (M. Hammadi) (Seine-Saint-Denis, 7<sup>e</sup>).

Pour les départements métropolitains,

un seul député représente respectivement la Creuse (M. Vergnier) (s) et la Lozère (M. Morel-A-L'Huissier) (UMP) (cette *Chronique* n° 132, p. 193); tandis que M. Marleix (Cantal, 2<sup>e</sup>) (UMP) siège aux côtés de son fils (Eure-et-Loir, 2<sup>e</sup>) (UMP).

Concernant la représentation socio-professionnelle, l'aspect saillant réside dans l'accroissement des permanents, dont le nombre passe de 15 à 44 dans la nouvelle législature, ainsi que celui des retraités de l'enseignement au nombre de 38. Par ailleurs, 75 % des députés détiennent plus d'un mandat (250 députés-maires; 16 présidents d'exécutifs régionaux) (v. *Le Monde*, 30-6).

En dernière analyse, la volonté affichée par les partis politiques, et le ps en particulier, a eu raison du scrutin majoritaire et de son effet de refoulement, à l'opposé de la RP, qui, pour moitié *grosso modo* au Sénat, favorise la féminité et la diversité (v. J.-L. Héryn, *Le Sénat en devenir*, 2<sup>e</sup> éd., 2011, p. 50).

– *Président*. Le doyen d'âge, M. François Scellier (Val-d'Oise, 6<sup>e</sup>) (UMP), a prononcé l'allocution inaugurale, le 26 juin. Puis, il a cédé la place à M. Claude Bartolone (Seine-Saint-Denis, 6<sup>e</sup>) (s) qui avait remporté la primaire face à Mme Guigou et MM. Glavany et Vaillant. Il a été élu, dès le premier tour qui l'opposait à M. Accoyer, président sortant (UMP) par 298 voix contre 185; les députés écologistes et centristes votant blanc. Les ministres-députés n'ont pas participé au vote. M. Bartolone est le 12<sup>e</sup> titulaire du «perchoir» (cette *Chronique*, n° 123, p. 181) et le 5<sup>e</sup> socialiste, après MM. Mermaz, Fabius, Emmanuelli et Forni, à accéder à ce rang protocolaire (cette *Chronique*, n° 94, p. 178). Innovation, la passation de pouvoir à l'hôtel de Lassay s'est déroulée en fin d'après-midi.

Le président Bartolone a décidé, le

29 juin, de réduire son indemnité de 30 %, à l'égal de M. Bel, son homologue du Sénat.

V. *Commissions. Contentieux électoral. Droits et libertés. Élections législatives. Groupes. Session extraordinaire.*

#### AUTORITÉ JUDICIAIRE

– *Bibliographie*. A. Martinon et F. Petit (dir.), *Le Juge judiciaire et la Constitution*, Paris, Dalloz, 2012; C. Argenton, « Pour l'indépendance statutaire du Parquet », *Commentaire*, n° 138, 2012, p. 449; Club des juristes, *Pour une administration au service de la justice*, 2012.

V. *Droits et libertés*.

#### AUTORITÉ JURIDICTIONNELLE

V. *Contentieux électoral. Droits et libertés*.

#### COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

– *Bibliographie*. S. Lamouroux, « La réforme des collectivités territoriales et le Conseil constitutionnel: ombres et lumière », *RFDC*, 2012, p. 83; « Trente ans de décentralisation » (dossier), *AJDA*, 2012, p. 778.

– *Coopération décentralisée*. Le décret 2012-817 du 25 juin porte publication du protocole additionnel entre les gouvernements français et brésilien signé à Saint-Georges-de-l'Oyapock (Guyane), le 12 février 2008 (*JO*, 27-6).

– *Libre administration (art. 72 C)*. En matière de péréquation financière entre les collectivités (art. 72-2 C), reposant « sur des critères objectifs et rationnels », le Conseil constitutionnel a rappelé (2012-255/265 QPC) (*JO*, 30-6) que les règles fixées par la loi, sur ce fondement,

« ne doivent pas restreindre les ressources [desdites collectivités] au point de dénaturer » ce principe constitutionnel (cette *Chronique*, n° 140, p. 130). Au cas particulier, la libre administration des départements a été préservée.

– *Naissance d'une commune*. Un arrêté du 30 mars 2012 porte création de la commune nouvelle de Baugé-en-Anjou (Maine-et-Loire) (*JO*, 9-6).

#### V. Droits et libertés.

#### 176 COMMISSION NATIONALE DES COMPTES DE CAMPAGNE ET DES FINANCEMENTS POLITIQUES (CNCCFP)

– *Bibliographie*. CNCCFP, *XIV<sup>e</sup> Rapport d'activité 2011*, La Documentation française, 2012.

#### COMMISSIONS

– *Bibliographie*. J.-L. Warsmann, *Commission des lois 2007-2012 : cinq ans de travail au service des Français*, Rapport AN, XIII<sup>e</sup> législature, n° 4422.

– *Assemblée nationale*. Le groupe socialiste s'est assuré la présidence des commissions permanentes (v. *Majorité*), sauf la commission des finances réservée à l'opposition en vertu de l'article 39, alinéa 3 RAN qui a codifié la pratique antérieure, mais le rapporteur général de celle-ci est socialiste (*JO*, 29-6).

– Affaires culturelles et éducation. Patrick Bloche.

– Affaires économiques. François Brottes.

– Affaires étrangères. Élisabeth Guigou.

– Affaires sociales. Catherine Lemorton.

– Défense nationale et forces armées. Patricia Adam.

– Développement durable et aménagement du territoire. Jean-Paul Chantaguet.

– Finances. Gilles Carrez (UMP); rapporteur général : Christian Eckert.

– Lois. Jean-Jacques Urvoas.

– *Sénat*. François Marc (s) a été élu rapporteur général de la commission des finances le 20 juin (*JO*, 21-6) en remplacement de Mme Nicole Bricq nommée au gouvernement.

– *Auditions de ministres*. Bien que le Premier ministre ait interdit aux membres du gouvernement d'être auditionnés par le Parlement avant sa déclaration de politique générale, il a autorisé les ministres de la Justice et des Droits des femmes, Mmes Taubira et Vallaud-Belkacem, à être entendues, vu l'urgence, sur le projet de loi relatif au harcèlement sexuel par les commissions sénatoriales des lois et des affaires sociales et la délégation aux droits des femmes, le 26 juin (*BQ*, 15-6). Auparavant, avant la fin de la législature, Mme Touraine, ministre des Affaires sociales, avait refusé la demande d'audition sur la réforme des retraites, formulée par M. Méhaignerie, président de la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale, le 5 juin.

Le ministre de la Défense, M. Le Drian, a été entendu par la commission sénatoriale des affaires étrangères et de la défense, le 5 juin, à l'égale de celle des finances, qui avait reçu le Premier président de la Cour des comptes, le 30 mai, à propos de la certification des comptes de l'État et de l'exécution budgétaire 2011.

V. *Assemblée nationale. Sénat. Session extraordinaire*.

#### CONSEIL CONSTITUTIONNEL

– *Bibliographie*. R. Badinter, « La nomination à vie des anciens présidents de la République au Conseil constitutionnel

devient une aberration. L'exception française de trop » (à propos des membres), *Le Monde*, 20/21-5; M. Guillaume, « Avec la QPC, le Conseil constitutionnel est-il devenu une Cour suprême ? », *JCP*, 11-6, p. 1176; J.-Ph. Feldman et D. de Béchillon, « Le nouveau rôle du Conseil constitutionnel », *Commentaire*, n° 138, 2012, p. 468 et 474.

– *Chr. RFDC*, 2012 p. 105; *Les Nouveaux Cahiers*, n° 36, p. 81.

– *Compétence*. S'agissant de la délégalisation d'une disposition antérieure à 1958, en l'occurrence la loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, le Premier ministre a saisi le Conseil, au lieu de prendre un décret après avis du Conseil d'État (art. 37 C) (2012-229 L, 5 avril 2012) (*JO*, 23-5). Hors le recours en rectification matérielle, le Conseil s'est reconnu *proprio motu* le pouvoir de modifier une décision précédente, en rapport avec son pouvoir d'observation, en matière électorale (2012-122 ORGA du 28 juin) (*JO*, 29-6).

– *Composition*. Pour la première fois depuis sa création en 1959, le Conseil se compose de 12 membres avec l'entrée du président Sarkozy, le 15 mai; soit 3 membres de droit et 9 membres nommés, ou 8 politiques et 4 juristes de profession (cette *Chronique*, n° 134, p. 162). La justice constitutionnelle ne doit-elle pas se montrer en vue de satisfaire l'impartialité objective.

– *Décisions*. V. *Tableau* ci-après.

– *Membre de droit et à vie*. Le président Sarkozy est devenu le troisième chef de l'État de la V<sup>e</sup> République à rejoindre le Conseil, en cette qualité, le 15 mai. Il dispose, à l'égal de ses prédécesseurs,

d'un bureau, au premier étage, qui fait face à celui du président Debré. Mais, de manière inédite en matière de QPC, il a participé, le 19 juin, à l'audience publique, puis au délibéré (2012-259 et 2012-260) (*JO*, 30-6).

– *Observations*. V. *Élection présidentielle*.

V. *Collectivités territoriales. Élection présidentielle. Droits et libertés. QPC*.

#### CONSEIL DES MINISTRES

– *Tenue*. Mme Duflot s'est présentée en pantalon jean, le 16 mai, lors du premier conseil réuni par le président Hollande. Elle devait, cependant, y renoncer la semaine suivante.

V. *Gouvernement. Ministres*.

#### CONSEIL ÉCONOMIQUE, SOCIAL ET ENVIRONNEMENTAL

– *Visite*. Le président Hollande s'y est rendu le 12 juin (*Le Monde*, 14-6).

#### CONSTITUTION

– *Bibliographie*. J.-É. Gicquel, « Constitution du 4 octobre 1958 », *Juris-classeur administratif*, fasc. 101, Paris, Lexis Nexis, 2012.

#### CONTENTIEUX ÉLECTORAL

– *Bibliographie*. R. Ghevontian, « Le Conseil constitutionnel, juge électoral », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 36, p. 45.

– *Élections législatives*. Le Conseil constitutionnel a rejeté, le 7 juin, la requête de Mme Luciani tendant à l'annulation de l'ordonnance du président du tribunal

- 
- 5-4 2012-229 L. Délégalisation (JO, 23-5). V. *Pouvoir réglementaire et ci-dessus*.  
2012-230 L. Délégalisation (JO, 23-5). V. *Pouvoir réglementaire*.
- 11-5 Meyet (JO, 12-5). V. *Élection présidentielle*.
- 14-5 2012-242 QPC, Salariés protégés (JO, 15-5). V. *Droits et libertés*. QPC.  
2012-243 à 2012-246 QPC, Contrat de travail des journalistes (JO, 15-5).  
V. *Droits et libertés*.
- 16-5 2012-248 QPC, Accouchement sous X (JO, 17-5). V. *Droits et libertés*. QPC.  
2012-249 QPC, Prélèvement de cellules (JO, 17-5). V. *Droits et libertés*. QPC.
- 7-6 2012-231 L. Délégalisation (JO, 8-6). V. *Pouvoir réglementaire*.  
Mme Pascale Luciani (JO, 8-6). V. *Contentieux électoral*.
- 8-6 2012-250 QPC, Aide sociale (JO, 9-6). V. *Droits et libertés*. Loi.  
2012-251 QPC, Boues d'épuration (JO, 9-6). V. *Droits et libertés*.  
2012-253 QPC, État d'ivresse (JO, 9-6). V. *Droits et libertés*.
- 14, 21-6 Observations sur l'élection présidentielle (JO, 23-6). V. *Élection présidentielle*.
- 178 18-6 2012-254 QPC, Sécurité sociale (JO, 19-6). V. QPC.
- 22-6 2012-258 QPC, Marché des viandes en Nouvelle-Calédonie (JO, 23-6). V. *Droits  
et libertés*. QPC.  
2012-261 QPC, Mariage (JO, 23-6). V. *Droits et libertés*.
- 28-6 2012-122 ORGA, Modification de la décision du 24 février 1981 relative au  
tirage au sort de l'ordre des candidats à l'élection à la présidence de la Répu-  
blique (JO, 29-6). V. *Élection présidentielle*.  
2012-260 QPC, Mariage d'une personne en curatelle (JO, 30-6). V. *Droits et  
libertés et ci-dessous*.
- 29-6 2012-259 QPC, Français musulmans d'Algérie (JO, 30-6). V. *Droits et libertés*.  
QPC et ci-dessous.  
2012-255/265 QPC, Départements de la Seine-Saint-Denis et du Var (JO, 30-6).  
V. *Collectivités territoriales. Droits et libertés*.
- 

administratif de Melun, laquelle avait elle-même rejeté la demande d'annulation de l'arrêté du préfet du Val-de-Marne fixant la liste des candidats en tant qu'il retenait la candidature de M. H. Plagnol et de son remplaçant, M. J. Leroy ; fort classiquement, le Conseil a considéré qu'en l'espèce les conditions fixées par la jurisprudence *Delmas* du 11 juin 1981 n'étaient pas réunies : il ne peut exceptionnellement statuer sur les requêtes mettant en cause la régularité d'élections à venir que si l'irrecevabilité qui leur est opposée compromettrait l'efficacité de son contrôle, vicierait le déroulement du scrutin et porterait

ainsi atteinte au fonctionnement normal des pouvoirs publics (v. J.-P. Camby, *Le Conseil constitutionnel, juge électoral*, Paris, Dalloz, 2009, n° 91). Pour saisir le Conseil, Mme Luciani a donc dû attendre l'élection de M. Plagnol dont le suppléant étant déjà celui d'un sénateur se trouve de ce fait inéligible (8 novembre 1988, Seine-Saint-Denis, 9<sup>e</sup> circ.).

– *Représentants européens supplémentaires*. Par un arrêt *Dupré*, du 22 mai, le Conseil d'État a décliné sa compétence pour apprécier la loi du 26 mai 2011 (cette *Chronique*, n° 139, p. 141), confiant à l'Assemblée nationale, par dérogation

à la loi du 7 juillet 1977, le soin de procéder à leur élection. (RFDA, 2012, p. 807).

V. *Assemblée nationale*.

## DROIT CONSTITUTIONNEL

– *Bibliographie*. F. Borella, « La situation actuelle du droit constitutionnel », *RFDC*, 2012, p. 3; X. Magnon, R. Ghevontian et M. Stefanini, *Pouvoir exécutif et Parlement: de nouveaux équilibres? L'impact de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 sur le rééquilibrage des institutions*, Aix-en-Provence, PUAM, 2012.

– *Chr. RFDA*, 2012, p. 528.

## DROIT PARLEMENTAIRE

– *Bibliographie*. J.-P. Camby, « Les actes parlementaires (contentieux) », *Répertoire contentieux administratif*, Paris, Dalloz, avril 2012.

## DROITS ET LIBERTÉS

– *Bibliographie*. « La liberté d'expression » (dossier), *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 36, 2012; *Droit administratif et Libertés: quelles leçons tirer de l'histoire* (actes du colloque AFDA), *RDP*, 2012, p. 420 et 717; F.-X. Millet, « Réflexions sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux », *RFDA*, 2012, p. 307; J.-P. Costa (ancien président de la CEDH), *RDP*, 2012, p. 267; D. de Béchillon, B. Mathieu et F. Mélin-Soucramanien, « Faut-il actualiser le préambule de la Constitution? », *Constitutions*, 2012, p. 247; O. Dufour, « La CNIL s'empare du dossier de la vidéo-surveillance », *LPA*, 27-6; S. Kauffmann, « La parité normale et le *New Deal* », *Le Monde*, 23-5.

– *Chr. CEDH, RDP*, 2012, p. 785.

– *Note*. W. Mastor et J.-G. Sorbara sous CC, 2012-647 DC (loi sur des génocides), *RFDA*, 2012, p. 507.

– *Droit d'aller et venir, protection de la santé et liberté individuelle*. La conduite dans un local de police ou de gendarmerie d'une personne trouvée en état d'ivresse dans les lieux publics ne méconnaît pas ces principes constitutionnels, selon le Conseil constitutionnel (2012-253 QPC) (*JO* 9-6). Celle-ci ne peut être qualifiée de détention arbitraire, en raison de la brièveté de la privation de liberté organisée à des fins de police administrative. Par une réserve d'interprétation, le Conseil a indiqué, cependant, que lorsque la personne est placée en garde à vue, après avoir fait l'objet d'une telle mesure de privation de liberté, elle est prise en compte dans la durée de ladite garde à vue (cons. 9).

– *Droits au respect de la vie privée et de mener une vie familiale normale* (art. 2 de la Déclaration de 1789 et 11<sup>e</sup> al. du Préambule de 1946). L'accouchement sous X a été jugé conforme à la Constitution, au terme d'une QPC (2012-248 QPC) (*JO*, 16-5). « Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur l'équilibre ainsi défini entre les intérêts de la mère de naissance et ceux de l'enfant » (cons. 8). Démarche topique en vue de solliciter le Parlement.

– *Droits de la défense et garde à vue* (III). En complément à sa jurisprudence (cette *Chronique*, n° 141, p. 181), le Conseil constitutionnel a été appelé à se prononcer sur le régime de l'audition libre (art. 78 CPP, rédaction de la loi du 14 avril 2011). Cette disposition a

été validée (2012-257 QPC) (*JO*, 18-6). L'obligation de comparution pour les nécessités de l'enquête, ordonnée par un officier de police judiciaire, n'est pas déséquilibrée entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infraction, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnelles garanties (droits de la défense, art. 16 de la Déclaration de 1789; liberté d'aller et venir art. 2 et 4; liberté individuelle, art. 66 C).

Cependant, l'audition libre de la personne soupçonnée d'avoir commis ou tenté de commettre une infraction doit être informée de la nature et de la date de l'infraction dont il s'agit, ainsi que de son droit de quitter à tout moment les locaux de police et de gendarmerie (cons. 9). Sous cette réserve importante, les droits de la défense sont préservés.

– *Égalité des sexes*. Outre la progression du nombre de députées (voir *supra*), trois d'entre elles président une commission permanente sur les huit existantes; on note aussi trois vice-présidentes sur six et une questeuse sur trois au Bureau de l'Assemblée. Par ailleurs, le groupe écologiste a adopté le principe d'une présidence tournante (v. *Assemblée nationale*).

– *Égalité devant la loi* (art. 6 de la *Déclaration de 1789*). Des personnes placées dans des situations différentes, selon l'interprétation classique, ne peuvent prévaloir de ce principe (cette *Chronique* n° 140 p. 136), s'agissant, au cas particulier, de la conservation de la nationalité française au lendemain de l'indépendance de l'Algérie.

– *Égalité devant la loi et respect des droits de la défense* (art. 6 et 16 de la *Déclaration de 1789*). Le régime spécifique des journalistes, découlant de la loi du 29 mars

1935, ne méconnaît pas, à l'évidence, ce principe, dès lors qu'ils sont placés dans une situation différente des autres salariés (2012-243 à 246 QPC) (*JO*, 15-5). Quant à la saisine de la commission arbitrale des journalistes, en matière d'évaluation de l'indemnité de licenciement, en cas de faute grave ou de fautes répétées, il s'agit d'une juridiction spécialisée composée majoritairement de personnes désignées par des organisations professionnelles, afférentes à la spécificité de cette profession. Le droit à un recours juridictionnel effectif est assuré par l'existence de voies de recours, même si, comme le relève le Conseil, le principe du double degré de juridiction n'a pas, en lui-même, valeur constitutionnelle (cons. 13).

– *Égalité devant les charges publiques* (art. 13 de la *Déclaration de 1789*). Suivant son interprétation classique (cette *Chronique*, n° 142, p. 158), le Conseil constitutionnel a repoussé une QPC relative à l'épandage agricole des boues d'épuration, en rappelant, au surplus, qu'il ne lui appartient pas de remettre en cause le choix du législateur de favoriser l'élimination desdites boues.

En matière de péréquation financière entre les collectivités territoriales (art. 72-2 C), la même analyse s'impose, dès lors que « les critères de redistribution sont objectifs et rationnels et qu'ils sont en lien direct avec l'objectif poursuivi par le législateur » (2012-255/265 QPC) (*JO*, 30-6).

– *Indépendance et impartialité des juridictions* (art. 16 de la *Déclaration de 1789*). Par une décision 2012-250 QPC (*JO*, 9-6), le Conseil constitutionnel a frappé d'inconstitutionnalité l'article L. 134-2 du code de l'action sociale et de la famille relatif à la commission centrale d'aide sociale. Cette juridiction

administrative spécialisée, qui examine les recours formés par les décisions rendues par les commissions départementales, comprenait des fonctionnaires, désignés par le ministre intéressé, chargés d'instruire les dossiers et ayant voix délibérative. Or la présence de ceux-ci n'offrait pas les garanties d'impartialité requises, selon la jurisprudence (cette *Chronique*, n° 141, p. 175).

– *Liberté (art. 2 de la Déclaration de 1789)*. L'article 460 du code civil relatif au mariage d'une personne en curatelle, qui le subordonne à l'autorisation du curateur, a été déclaré conforme à la Constitution (2012-260 QPC) : « les restrictions qui accompagnent son exercice afin de protéger les intérêts de la personne n'ont pas porté à cette liberté une atteinte disproportionnée », selon une interprétation classique (cette *Chronique*, n° 142, p. 156). À ce titre, l'opposition du ministère public à la célébration du mariage contracté à des fins étrangères à l'union matrimoniale (art. 146, 175-1 et 180 du code civil) a été déclarée conforme (2012-261 QPC) (*JO*, 23-6).

– *Liberté d'aller et venir*. La chambre criminelle de la Cour de cassation, par un arrêt du 5 juin, a décidé, conformément à la Cour de justice de l'Union européenne (cette *Chronique*, n° 139, p. 150), qu'il n'est pas possible d'incarcérer ou de placer en garde à vue un étranger se trouvant en séjour irrégulier (*Le Monde*, 8-6).

– *Liberté d'entreprendre et liberté contractuelle (art. 4 de la Déclaration de 1789)*. L'autorisation préalable de l'inspecteur du travail, en matière de licenciement d'un salarié protégé (délégué syndical, représentant syndical, délégué du personnel, entre autres), ne porte pas une

atteinte disproportionnée à ces libertés, en raison du but d'intérêt général poursuivi par le législateur, en vue de préserver son indépendance dans l'exercice de son mandat, a jugé le Conseil constitutionnel au terme de sa démarche ordinaire de conciliation (2012-242 QPC) (*JO*, 14-5). De manière classique, le principe d'égalité (art. 6 de la Déclaration de 1789) doit être écarté en pareille occurrence. Cependant, au terme d'une réserve d'interprétation (cons. 10), il appartient au salarié protégé d'informer son employeur, au plus tard lors de l'entretien préalable au licenciement, dès lors que la protection accordée découle d'un mandat extérieur à l'entreprise.

Une validation législative subordonnée aux conditions habituelles, énoncées par le Conseil constitutionnel (cette *Chronique* n° 142, p. 156), n'affecte pas cette liberté, dès lors que, selon la démarche ordinaire, elle « ne porte pas une atteinte excessive qui ne serait pas justifiée par un motif d'intérêt général suffisant ». Par suite, la loi du pays calédonien du 17 octobre 2011 a été validée (2012-258 QPC) (*JO*, 23-6).

– *Liberté personnelle et protection de la santé (art. 2 de la Déclaration de 1789 et 11<sup>e</sup> al. du Préambule de 1946)*. S'agissant du prélèvement, chez la femme enceinte, de cellules du sang de cordon ou placentaires, le Conseil constitutionnel a écarté la QPC soulevée, au motif qu'« il ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de remettre en cause, en l'état des connaissances et des techniques, les dispositions prises par le législateur » (2012-249) (*JO*, 17-5).

## ÉLECTION PRÉSIDENTIELLE

– *Bibliographie.* F. Rolin, « Les “500 signatures” : derrière la stratégie électorale, une question de fond sur le devenir de l’élection présidentielle », *D*, 2012, p. 563 ; P. Martin, « L’élection présidentielle des 22 avril et 6 mai 2012 », *Commentaire*, n° 138 ; A. Lancelot, « L’élection présidentielle. Perspective historique et statistique », *ibid.* J. Jaffré, « Ce que signifie le vote du 6 mai », *Le Monde*, 5-6.

– *Contentieux.* Les résultats de l’élection ayant été proclamés le 10 mai, constate la décision 151 PDR du 11 mai, il n’y a pas lieu à statuer sur la requête présentée le 25 avril par M. Meyet tendant à l’annulation du décret de convocation des électeurs et du refus de modifier les heures de clôture pour le second tour.

– *Observations.* La publication des résultats (cette *Chronique*, n° 142, p. 165) a été suivie, comme lors des précédentes élections (cette *Chronique*, n° 123, p. 183), par la décision 155 PDR du 21 juin formulant les observations du Conseil constitutionnel sur les scrutins des 22 avril et 6 mai. Il s’interroge notamment sur les conditions de présentation des candidats au regard de la représentativité de certains et sur la publicité du nom des présentateurs (cette *Chronique*, n° 142, p. 164). À ce propos, il considère que le tirage au sort de leurs noms ne doit plus attendre la fin de la période de réception des présentations, certains candidats dépassant largement le nombre requis bien avant, et la décision 122 ORGA du 28 juin supprime en conséquence la dernière phrase de la décision du 24 février 1981 qui prévoyait que le tirage au sort portait sur l’ensemble des présentations. Le Conseil rappelle en outre le caractère personnel

des présentations, et revient sur les modalités de la campagne ; pour favoriser la clarté du débat, il suggère de substituer l’équité à l’égalité de temps de parole applicable aux médias audiovisuels dans la période s’étendant entre la publication de la liste des candidats et l’ouverture de la campagne officielle. Quant à la diffusion prématurée de résultats partiels, la réglementation devrait être précisée pour tenir compte de l’évolution des techniques (Internet), et l’harmonisation des heures de clôture des bureaux de vote en métropole est recommandée.

V. *Conseil constitutionnel. Contentieux électoral. Vote.*

## ÉLECTIONS LÉGISLATIVES

– *Candidatures.* Le nombre des candidats, 6 603, dont 2 651 femmes (soit 40 %), a diminué par rapport à 2007 où il s’élevait à 7 639, dont 3 177 femmes (41 %), et plus encore par rapport au record de 2002 où l’on en comptait 8 455, dont 3 250 femmes (38,5 %).

– *Résultats.* Le calendrier électoral en vigueur depuis 2002, qui fixe les élections législatives six semaines après l’élection présidentielle, entraîne une désaffection que traduit l’accroissement continu de l’abstention : 35,6 % au premier tour de 2002, 39,5 % à celui de 2007, et 42,77 % le 10 juin 2012. Le scrutin a révélé une bipolarisation presque parfaite, avec 34,43 % pour le parti socialiste et ses associés et 34,10 % pour l’UMP et ses alliés, tandis que le MoDem enregistre un nouvel échec qui semble consacrer l’effacement du centre (François Bayrou lui-même sera d’ailleurs battu). Mais cette bipolarisation est asymétrique, car le ps dispose de renforts, Europe Écologie-Les Verts et le Front de gauche, tandis que l’UMP

*Résultats des élections législatives des 10 et 17 juin 2012*

PREMIER TOUR		
Inscrits	46 084 286	
Votants	26 372 018	
Abstentions	42,77 %	
Suffrages exprimés	25 952 622	

<i>Partis</i>	<i>votants</i>	<i>%</i>
Extrême gauche	253 512	0,9
Front de gauche	1 793 044	6,91
Parti socialiste	7 618 282	29,35
Radicaux de gauche	429 059	1,65
Divers gauche	881 301	3,40
EELV	1 418 138	5,46
Divers écologiste	249 182	0,96
Régionalistes	145 788	0,56
Divers	133 776	0,52
Alliance centriste	156 026	0,60
Le Centre	458 055	1,76
Nouveau Centre	569 925	2,20
Parti radical	321 056	1,24
UMP	7 037 313	27,12
Divers droite	910 058	3,51
Front national	3 528 608	13,60
Extrême droite	49 499	0,19

183

DEUXIÈME TOUR		
Inscrits	43 233 977	
Votants	23 956 263	
Abstentions	44,59 %	
Suffrages exprimés	23 029 437	

<i>Partis</i>	<i>votants</i>	<i>%</i>
Front de gauche	249 515	1,08
Parti socialiste	9 420 557	40,91
Radicaux de gauche	538 327	2,34
Divers gauche	709 409	3,08
EELV	828 968	3,6
Régionalistes	135 350	0,59
Alliance centriste	123 352	0,54
Le Centre	113 196	0,49
Nouveau Centre	568 303	2,47
Parti radical	311 211	1,35
UMP	8 740 680	37,95
Divers droite	418 138	1,82
Front national	842 693	3,66
Extrême droite	29 738	0,13

SOURCE : Ministère de l'Intérieur.

est concurrencée par le Front national, lequel était tombé à 4, 50 % en 2007 et obtient cette fois 13, 60 % (sous l'étiquette « Rassemblement bleu Marine »), sans retrouver cependant le score de 15 % en 1997. Au total, 36 candidats ont été élus ou réélus le 10 juin, dont 23 ps, notamment le Premier ministre et cinq membres de son gouvernement. Deux candidats à l'élection présidentielle qui s'affrontaient à Hénin-Beaumont (Pas-de-Calais) ont polarisé l'attention des médias : Mme Marine Le Pen, présidente du Front national, arrivée en tête de ce duel, et Jean-Luc Mélenchon pour le Front de gauche, qui a été écarté du second tour au profit du candidat ps.

184

Les 541 sièges restant à pourvoir ont donné lieu à 495 duels et 34 triangulaires (contre une seule en 2007), dont 28 où le FN était présent en raison de sa progression ; en outre, il y avait 12 candidatures uniques. À la différence de 2007, la dynamique du premier tour s'est confirmée au ballottage, en dépit d'une abstention encore plus forte (44,59 %). Le ps s'est assuré avec ses apparentés la majorité absolue, comme en 1981 ; il a même remporté 7 des 12 sièges des Français de l'étranger institués par la révision de 2008, et tous les membres du gouvernement qui se présentaient ont été élus ou réélus, mais Mme Ségolène Royal, candidate à l'élection présidentielle de 2007, a été battue à La Rochelle par un dissident socialiste. L'UMP, quant à elle, a eu du mal à résister aux pressions du FN, qui a obtenu 2 élus, mais sa présidente, Mme Marine Le Pen, a été battue. Au total, l'Assemblée nationale a été largement renouvelée, puisqu'elle compte 40 % de nouveaux élus (233 contre 132 en 2007), et 155 femmes y siégeront, soit 26,8 %.

V. *Assemblée nationale. Contentieux électoral.*

## GOUVERNEMENT

– *Bibliographie.* J.-É. Gicquel, « Gouvernement », *Juris-classeur administratif*, fasc. 101, Paris, Lexis Nexis, 2012 ; Y. Jegouzo, « Structures gouvernementales et changement », *AJDA*, 2012, p. 1025.

– *Condition des membres.* Le Premier ministre J.-M. Ayrault et les 25 ministres candidats, sur un total de 35, ont été élus les 10 et 17 juin à l'Assemblée nationale ; 6 d'entre eux l'avaient été à l'issue du premier tour (MM. Ayrault, Cazeneuve, Cuvillier, Fabius, Lurel, et Mme Batho). Le cas de M. Sapin, ministre du Travail, est singulier, pris en sa qualité de suppléant de M. Chanteguet (Indre, 1<sup>re</sup>). Mais, au préalable, le Premier ministre avait posé la règle politique selon laquelle un ministre échouant serait contraint à la démission. À titre dissuasif, deux ministres ne sont pas entrées en lice : Mmes Taubira et Vallaud-Belkacem.

– *Déclaration d'intérêts.* Conformément au principe d'impartialité, énoncé dans la charte de déontologie adoptée le 17 mai, les ministres ont rempli une déclaration rendue publique, à l'exception des informations concernant des tiers (v. *Le Figaro*, 21-6). Le précédent avait été créé sous le gouvernement Fillon, en avril 2011 (cette *Chronique*, n° 138, p. 171). Les ministres confient la gestion de leur patrimoine mobilier à un intermédiaire agréé, selon les termes de la charte ; ils s'abstiennent de donner suite à toute invitation pour un séjour privé qui émanerait d'un gouvernement étranger ou de personnes physiques ou morales ; ils remettent au service des domaines les cadeaux d'une valeur supérieure à 150 €.

– *Démission du gouvernement Fillon III.* Conformément à la tradition républicaine,

le Premier ministre a remis la démission de son gouvernement à M. Sarkozy, à l'issue de l'élection présidentielle. Le décret du 10 mai en prend acte (*JO*, 11-5) (cette *Chronique*, n° 123, p. 187).

– *Nomination du gouvernement Ayrault I.* Le décret du 16 mai (*JO*, 18-5) porte nomination des membres du 35<sup>e</sup> gouvernement de la V<sup>e</sup> République (cette *Chronique*, n° 137, p. 221). Composé de 35 membres, Premier ministre inclus, il présente diverses caractéristiques (v. *Tableau* ci-après).

**I.** Assurément, l'aspect novateur, voire spectaculaire, réside dans l'application du principe de parité (art. 1<sup>er</sup> C) : 17 femmes et 17 hommes, hors le Premier ministre, pour la première fois en France, à deux nuances près : seule Mme Taubira est appelée, place Vendôme, à exercer une fonction régaliennne, au 4<sup>e</sup> rang protocolaire ; dans la répartition entre ministres de plein exercice et ministres délégués, la représentation masculine l'emporte d'une unité.

**II.** La structure du gouvernement est simplifiée. Ses membres se répartissent entre ministres et ministres délégués, à l'exclusion de l'appellation de ministre d'État, nonobstant le retour de M. Fabius, ancien Premier ministre, selon l'habitude prise (cette *Chronique*, n° 137, p. 221) et de celle de secrétaires d'État, comme dans le gouvernement Villepin (cette *Chronique*, n° 115, p. 200). La dénomination de ministre délégué se substitue à celle de ministre auprès d'un ministre, qui s'était généralisée avec la formation du gouvernement Fillon III, en 2010 (cette *Chronique*, n° 137, p. 221).

Cette distinction bipartite est accordée au principe des pôles (économie, affaires sociales, affaires étrangères, écologie) autour desquels l'architecture du gouvernement a été bâtie.

**III.** L'origine parlementaire des membres s'impose à la réflexion : 21 députés, une sénatrice et 4 représentants européens, sur un total de 35 membres. Trois ministres ne disposent d'aucun mandat électif (Pellerin, Benguigui et M. Hamon).

**IV.** Sans préjudice d'une manière de relèver générationnelle et de la prise en compte de la diversité (Mmes Vallaud-Belkacem, Benguigui, Pellerin et M. Arif), l'expérience ministérielle de ses membres est réduite. Après Georges Pompidou, en 1962, et Pierre Mauroy en 1981, M. Jean-Marc Ayrault est le 3<sup>e</sup> Premier ministre à n'avoir pas occupé une fonction gouvernementale ; 29 ministres le sont aussi pour la première fois. Seuls 5 anciens ministres (MM. Fabius, Moscovici, Sapin, Le Drian et Mme Lebranchu) apportent leur expérience.

**V.** Le gouvernement reflète, pour une part déterminante, la majorité présidentielle : aux côtés des ministres représentatifs des sensibilités du PS, les écologistes y font leur entrée avec Mme Duflot, secrétaire nationale, et M. Canfin, ainsi que les radicaux de gauche (Mmes Taubira et Pinel) ; bref « Hollande, un gouvernement de synthèse » (*Libération*, 17-6). En revanche, aucun membre du Mouvement républicain et citoyen de M. Chevènement, ni du Front de gauche de M. Mélenchon n'y figurent.

**VI.** Quant aux départements ministériels, certains sont créés (Égalité des territoires ; Redressement productif) ; restaurés (Droits de la femme) ; remémbrés (Économie finances et Budget) ; émancipés (Fonction publique) ou requalifiés (les Outre-mer ; développement), pour s'en tenir à l'essentiel.

VII. Il reste que certaines régions ne sont plus présentes (Alsace, Auvergne, Champagne-Ardenne, Corse, Limousin).

– *Démission du gouvernement Ayrault I.* À l'issue du second tour des élections législatives, le Premier ministre a présenté sa démission au chef de l'État, le 18 juin, mettant un terme à ce nouveau gouvernement d'un mois (cette *Chronique*, n° 123, p. 188).

– *Nomination du gouvernement Ayrault II.* Nommé sur-le-champ, à nouveau Premier ministre, M. Ayrault a constitué un second gouvernement, le 36<sup>e</sup> de la V<sup>e</sup> République (décret du 21 juin) (*JO*, 22-6). Ce dernier est à l'image du précédent à quelques détails près (v. *Tableau* ci-après).

L'équipe est reconduite, les 25 ministres candidats ayant été élus, accrue de 4 ministres délégués, selon le principe de parité (Mmes Escoffier et Conway-Mouret et MM. Repentin et Garot), soit au total 39 membres. La représentation sénatoriale est portée à 4 ministres : outre Mme Bricq (Seine-et-Marne), Mmes Escoffier (Aveyron), Conway-Mouret (Français de l'étranger) et M. Repentin (Savoie). Par ailleurs, deux ministres délégués deviennent ministres à part entière : Mme Batho, à la suite d'un désaccord avec sa ministre de tutelle, et Mme Pinel, par un geste de considération à l'égard des radicaux de gauche, parallèlement à la nomination de Mme Escoffier. Au surplus, des ajouts sont attribués à certains ministres « méritants » (Mme Carlotti qui reçoit la Lutte contre l'exclusion ; M. Hamon, la Consommation ; M. Cuvillier, la Mer et la Pêche). En revanche, un retranchement s'opère : la Francophonie avec Mme Benguigui est désormais séparée des Français de l'étranger avec Mme Conway-Mouret.

En dernière analyse, deux ministres

changent d'attributions : Mme Bricq devient ministre du Commerce extérieur (département émancipé de Bercy) à la suite d'une décision controversée relative au forage pétrolier au large des côtes de la Guyane (v. A.-S. Mercier, « Nicole Bricq : Shell l'a tuée », *Le Monde*, 27-6). Mme Batho succède à l'Écologie.

– « *Séminaire de travail* ». Le Premier ministre a réuni, le 25 juin, les ministres, en vue de la préparation du projet de loi de finances de l'année (*Le Monde*, 25-6).

V. *Conseil des ministres. Habilitation législative. Ministres. Premier ministre. Président de la République.*

#### GROUPES

– *Assemblée nationale.* Bien que l'effectif requis par l'article 19 RAN ait été maintenu à 15 membres, 6 groupes ont pu être constitués, contre 4 sous la XIII<sup>e</sup> législature :

– Socialiste, républicain et citoyen (SRC), président Bruno Le Roux : 295 membres, dont 16 apparentés.

– Union pour un mouvement populaire (UMP), président Christian Jacob : 196 membres, dont 11 apparentés.

– Union des démocrates et indépendants (UDI), président Jean-Louis Borloo : 29 membres.

– Écologiste, président François de Rugy : 18 membres.

– Gauche démocrate et républicaine (GDR), président André Chassaigne : 15 membres.

– Radical, républicain, démocrate et progressiste (RRDP), président Roger-Gérard Schwartzberg : 15 membres.

– Non inscrits : 9.

V. *Assemblée nationale.*

## COMPOSITION DU GOUVERNEMENT AYRAULT I

PREMIER MINISTRE  
**Jean-Marc Ayrault**

## MINISTRES

**Laurent Fabius**, ministre des Affaires étrangères  
**Vincent Peillon**, ministre de l'Éducation nationale  
**Christiane Taubira**, garde des Sceaux, ministre de la Justice  
**Pierre Moscovici**, ministre de l'Économie, des Finances et du Commerce extérieur  
**Marisol Touraine**, ministre des Affaires sociales et de la Santé  
**Cécile Duflot**, ministre de l'Égalité des territoires et du Logement  
**Manuel Valls**, ministre de l'Intérieur  
**Nicole Bricq**, ministre de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie  
**Arnaud Montebourg**, ministre du Redressement productif  
**Michel Sapin**, ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social  
**Jean-Yves Le Drian**, ministre de la Défense  
**Aurélie Filipetti**, ministre de la Culture et de la Communication  
**Geneviève Fioraso**, ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche  
**Najat Vallaud-Belkacem**, ministre du Droit des femmes, porte-parole du gouvernement  
**Stéphane Le Foll**, ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire  
**Marylise Lebranchu**, ministre de la Réforme de l'État, de la Décentralisation et de la Fonction publique  
**Victorin Lurel**, ministre des Outre-mer  
**Valérie Fourneyron**, ministre des Sports, de la Jeunesse, de l'Éducation populaire et de la Vie associative.

187

## MINISTRES DÉLÉGUÉS

**Jérôme Cahuzac**, ministre délégué auprès du ministre de l'Économie, des Finances et du Commerce extérieur, chargé du budget  
**George Pau-Langevin**, ministre déléguée auprès du ministre de l'Éducation nationale, chargée de la réussite éducative  
**Alain Vidalies**, ministre délégué auprès du Premier ministre, chargé des relations avec le Parlement  
**Delphine Batho**, ministre déléguée auprès de la garde des Sceaux, ministre de la Justice  
**François Lamy**, ministre délégué auprès de la ministre de l'Égalité des territoires et du Logement, chargé de la ville  
**Bernard Cazeneuve**, ministre délégué auprès du ministre des Affaires étrangères, chargé des affaires européennes  
**Michèle Delaunay**, ministre déléguée auprès de la ministre des Affaires sociales et de la Santé, chargée des personnes âgées et de l'autonomie.  
**Sylvia Pinel**, ministre déléguée auprès du ministre du Redressement productif, chargée de l'artisanat, du commerce et du tourisme  
**Benoît Hamon**, ministre délégué auprès du ministre de l'Économie, des Finances et du Commerce extérieur, chargé de l'économie sociale et solidaire  
**Dominique Bertinotti**, ministre déléguée auprès de la ministre des Affaires sociales et de la Santé, chargée de la famille  
**Marie-Arlette Carlotti**, ministre déléguée auprès de la ministre des Affaires sociales et de la Santé, chargée des personnes handicapées  
**Pascal Canfin**, ministre délégué auprès du ministre des Affaires étrangères, chargé du développement  
**Yamina Benguigui**, ministre déléguée auprès du ministre des Affaires étrangères, chargée des Français de l'étranger et de la francophonie  
**Frédéric Cuvillier**, ministre délégué auprès de la ministre de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie, chargé des transports et de l'économie maritime  
**Fleur Pellerin**, ministre déléguée auprès du ministre du Redressement productif, chargée des petites et moyennes entreprises, de l'innovation et de l'économie numérique  
**Kader Arif**, ministre délégué auprès du ministre de la Défense, chargé des anciens combattant

Source: *Journal officiel*.

## COMPOSITION DU GOUVERNEMENT AYRAULT II

## PREMIER MINISTRE

**Jean-Marc Ayrault**

## MINISTRES

**Laurent Fabius**, ministre des Affaires étrangères**Vincent Peillon**, ministre de l'Éducation nationale**Christiane Taubira**, garde des Sceaux, ministre de la Justice**Pierre Moscovici**, ministre de l'Économie et des Finances**Marisol Touraine**, ministre des Affaires sociales et de la Santé**Cécile Duflot**, ministre de l'Égalité des territoires et du Logement**Manuel Valls**, ministre de l'Intérieur**Nicole Bricq**, ministre du Commerce extérieur**Arnaud Montebourg**, ministre du Redressement productif**Delphine Batho**, ministre de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie**Michel Sapin**, ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social**Jean-Yves Le Drian**, ministre de la Défense**Aurélie Filipetti**, ministre de la Culture et de la Communication**Geneviève Fioraso**, ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche

188

**Najat Vallaud-Belkacem**, ministre du Droit des femmes, porte-parole du gouvernement**Stéphane Le Foll**, ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire et de la Forêt**Marylise Lebranchu**, ministre de la Réforme de l'État, de la Décentralisation et de la Fonction publique**Victorin Lurel**, ministre des Outre-mer**Sylvia Pinel**, ministre de l'Artisanat, du Commerce et du Tourisme**Valérie Fourneyron**, ministre des Sports, de la Jeunesse, de l'Éducation populaire et de la Vie associative.

## MINISTRES DÉLÉGUÉS

**Jérôme Cahuzac**, ministre délégué auprès du ministre de l'Économie et des Finances, chargé du budget**Georgé Pau-Langevin**, ministre déléguée auprès du ministre de l'Éducation nationale, chargée de la réussite éducative**Alain Vidalies**, ministre délégué auprès du Premier ministre, chargé des relations avec le Parlement**François Lamy**, ministre délégué auprès de la ministre de l'Égalité des territoires et du Logement, chargé de la ville**Bernard Cazeneuve**, ministre délégué auprès du ministre des Affaires étrangères, chargé des affaires européennes**Michèle Delaunay**, ministre déléguée auprès de la ministre des Affaires sociales et de la Santé, chargée des personnes âgées et de l'autonomie**Benoît Hamon**, ministre délégué auprès du ministre de l'Économie et des Finances, chargé de l'économie sociale et solidaire et de la consommation**Dominique Bertinotti**, ministre déléguée auprès de la ministre des Affaires sociales et de la Santé, chargée de la famille**Marie-Arlette Carlotti**, ministre déléguée auprès de la ministre des Affaires sociales et de la Santé, chargée des personnes handicapées et de la lutte contre l'exclusion**Pascal Canfin**, ministre délégué auprès du ministre des Affaires étrangères, chargé du développement**Thierry Repentin**, ministre délégué auprès du ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social, chargé de la formation professionnelle et de l'apprentissage**Yamina Benguigui**, ministre déléguée auprès du ministre des Affaires étrangères, chargée de la francophonie**Frédéric Cuvillier**, ministre délégué auprès de la ministre de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie, chargé des transports, de la mer et de la pêche**Fleur Pellerin**, ministre déléguée auprès du ministre du Redressement productif, chargée des petites et moyennes entreprises, de l'innovation et de l'économie numérique**Kader Arif**, ministre délégué auprès du ministre de la Défense, chargé des anciens combattants.**Anne-Marie Escoffier**, ministre déléguée auprès de la ministre de la Réforme de l'État, de la Décentralisation et de la Fonction publique, chargée de la décentralisation**Guillaume Garot**, ministre délégué auprès du ministre de l'Agriculture, de l'Agroalimentaire et de la Forêt, chargé de l'agroalimentaire**Hélène Conway-Mouret**, ministre déléguée auprès du ministre des Affaires étrangères, chargée des Français de l'étrangerSource: *Journal officiel*.

HABILITATION LÉGISLATIVE

– *Durée de l’habilitation.* Une demi-douzaine d’ordonnances ont été publiées au mois de juin sur la base d’autorisations accordées au gouvernement Fillon, dont deux transposant des directives européennes (ordonnances 2012-809 du 13 juin [JO, 14-6] relative aux systèmes de transport intelligents et 2012-814 du 22 juin [JO, 23-6] relative à la durée de travail des transporteurs routiers), les autres [JO des 1<sup>er</sup> et 8-6] concernant le département de Mayotte (cette *Chronique*, n° 137, p. 214). Controversée, cette pratique a été jugée régulière par le Conseil d’État (arrêt *Schmitt* du 5 mai 2006), l’autorisation devant porter ses effets même en cas de changement de gouvernement (cette *Chronique*, n° 119, p. 158). En l’espèce, il y a eu de surcroît changement de président et de législature, les pouvoirs de l’Assemblée nationale expirant le 19 juin.

V. Loi.

IMMUNITÉS PARLEMENTAIRES

– *Inviolabilité.* M. André Santini, député (NC) des Hauts-de-Seine, a été condamné, le 5 juin, par le tribunal correctionnel de Nanterre à 2 000 euros d’amende et un euro de dommages et intérêts pour injure publique envers une candidate socialiste (BQ, 6-6).

LOI

– *Bibliographie.* M. Philip-Gay (dir.), *Les Études d’impact accompagnant les projets de loi*, Paris, LGDJ, 2012 ; G. Bergougous, « Du contrôle de l’application des lois à leur évaluation », *Constitutions*, 2012, p. 265. ; F. Hamon, « Le Conseil constitutionnel et les lois mémorielles » (sous 647DC), *LPA*, 4-5 ;

– *Disposition législative liberticide.* Une seule disposition législative a été abrogée au cours de la période de référence : l’article L. 134-2 du code de l’action sociale et des familles, dans trois de ses dispositions (2012-250 QPC) (JO, 9-6) (cette *Chronique*, n° 142, p. 168). Mais, le Conseil a multiplié (à titre de compensation ?) les conformités sous réserve, notamment en droit pénal.

V. *Habilitation législative. Pouvoir réglementaire. QPC.*

LOI DE FINANCES

– *Bibliographie.* G. Chaffardon et J.-F. Joye, « La LOLF a dix ans : un rendez-vous (déjà) manqué ? », *RDP*, 2012, p. 303.

MAJORITÉ

– *Premières tensions.* Mécontents de n’avoir pas obtenu la présidence de la commission du développement durable, les députés écologistes ont fait savoir qu’ils ne voteraient pas pour le candidat socialiste à la présidence de l’Assemblée nationale (*Le Monde*, 28-6), et M. André Chassaigne a également exprimé la frustration du groupe GDR qu’il préside, pour des raisons analogues. Finalement, M. Claude Bartolone a été élu sans surprise, le 26 juin, par 298 voix contre 185 à M. Bernard Accoyer (UMP), président sous la XIII<sup>e</sup> législature, mais il y eut 55 blancs et nuls.

V. *Assemblée nationale.*

MINISTRES

– *Bibliographie.* N. Havas, *La Responsabilité ministérielle en France*, préface G. Larcher, avant-propos L. Fontaine, Paris, Dalloz, 2012.

– *Charte de déontologie*. «Le bon fonctionnement d’une démocratie passe par l’existence d’un lien de confiance entre les citoyens et ceux qui gouvernent.» À cette fin, les ministres ont été invités, le 17 mai, à l’issue du premier Conseil des ministres du gouvernement Ayrault I, à signer une charte qui rassemble «quelques principes simples» devant guider leur comportement. Ceux-ci s’énoncent comme suit: «solidarité et collégialité»; «concertation et transparence»; «impartialité»; «disponibilité»; «intégrité et exemplarité» (BQ, 21-5).

190 – *Condition individuelle*. M. Montebourg a été condamné, le 23 mai, par le TGI de Paris, pour injure proférée en 2011 à l’encontre de dirigeants de Sea France. Il a interjeté appel. Le Premier ministre a énoncé à cette occasion sa doctrine: «Toute condamnation qui disqualifierait un responsable politique pour des actes contraires aux valeurs de la République conduirait à l’exclure du gouvernement» (*Le Monde*, 25-5).

– «*Disponibilité*» ou la règle politique du non-cumul des mandats. Le Premier ministre, tel jadis son prédécesseur Lionel Jospin (cette *Chronique*, n° 83, p. 192), a enjoint les ministres de se mettre en conformité, dans le délai d’un mois, avec cette règle découlant de la charte de déontologie. Aucun d’entre eux ne sera plus chef d’un exécutif local ou même adjoint, président d’une société locale, d’un office HLM ou d’une instance intercommunale. Cependant, il pourra demeurer, s’il le souhaite, simple conseiller (BQ, 21-5).

– *Méthode de travail*. En application du principe de «solidarité et collégialité», figurant dans le code de déontologie, les ministres sont invités à exprimer leurs opinions sur les décisions à prendre dans le cadre des délibérations du

gouvernement, condition de sa «vitalité». Mais, «une fois la décision prise, c’est le principe de solidarité qui s’applique. L’expression, directe ou indirecte, de désaccords ne peut qu’affaiblir le gouvernement» (BQ, 21-5).

– *Solidarité*. Pour manquement à ce principe, M. Ayrault a rappelé à l’ordre M. Peillon et Mme Duflot, et contraint Mme Bricq à changer d’affectation ministérielle, lors de la formation de son deuxième Gouvernement (v. *Premier ministre*).

– *Traitement*. Conformément à un engagement de M. Hollande, le décret 2012-766 du 17 mai réduit de 30 % la rémunération des membres du gouvernement, en dehors de celles du Premier ministre et du chef de l’État (nouvelle rédaction du décret du 6 août 2002) (JO, 19-5) (cette *Chronique*, n° 104, p. 186). La rémunération brute d’un ministre s’élève à 9940 € et celle d’un secrétaire d’État à 9443 €.

V. *Commissions. Conseil des ministres. Gouvernement. Premier ministre. Président de la République*.

## NOUVELLE-CALÉDONIE

– *Note*. L. Janicot et A. Roblot-Troizier sous Conseil constitutionnel, 205 QPC, RFDA, 2012, p. 355.

## PARLEMENT

V. *Assemblée nationale. Premier ministre. Sénat*.

## PARLEMENTAIRES

– *Bibliographie*. Chr. Parent, «Histoire du costume parlementaire», RDP, 2012, p. 379.

V. *Assemblée nationale. Commissions. Groupes. Immunités parlementaires.*

#### PARTIS POLITIQUES

– *Consultations présidentielles.* Le président Hollande a reçu à l'Élysée, du 4 au 7 juin, les dirigeants des partis représentés au Parlement en vue de préparer le G20 et le Sommet pour la terre de Rio. Le Front national, qui n'était pas (encore) représenté au Parlement, n'a pas été invité et a protesté (*Le Monde*, 2-6).

#### POUVOIR RÉGLEMENTAIRE

– *Délégation.* De manière classique, le Conseil constitutionnel a jugé que l'appellation « agent judiciaire du Trésor » avait un caractère réglementaire (2012-231 L) (*JO*, 8-6), ainsi que l'existence et la consultation du Conseil supérieur de l'énergie (2012-229 L) (*JO*, 23-5) et celle de l'Observatoire national du service public de l'électricité et du gaz (2012-230) (*ibid.*).

V. *Conseil constitutionnel. Habilitation législative. Loi.*

#### PREMIER MINISTRE

– *Ancien Premier ministre.* M. Laurent Fabius est redevenu, pour la deuxième fois, ministre, en l'occurrence celui des Affaires étrangères, dans le gouvernement Ayrault I (décret du 16 mai) (*JO*, 17-5). Occupant le second rang dans l'ordre protocolaire, il ne s'est vu attribuer, pour autant, la distinction de ministre d'État, tel naguère M. Juppé (cette *Chronique*, nos 123 et 137, p. 194 et 221).

– *Autorité.* M. Ayrault a rappelé à l'ordre M. Peillon, qui, dès sa prise de fonction, le 16 mai, avait annoncé une modification

de la semaine scolaire, puis l'allongement des vacances de la Toussaint, le 14 juin, en l'absence de concertation (*Le Monde*, 18-5 et 15-6). Mme Duflot, qui préconisait, le 5 juin, la dépénalisation du cannabis, s'est heurtée au refus du chef de l'État et du Premier ministre. Elle « s'est exprimée là en tant que chef de parti » devait souligner ce dernier (*ibid.*, 8 et 9-6). Reste le cas significatif de Mme Bricq, dont le changement d'attributions est révélateur de l'autorité arbitrale du chef du gouvernement (*infra*).

– *Nomination.* M. Jean-Marc Ayrault, député-maire de Nantes (Loire-Atlantique), président du groupe socialiste à l'Assemblée depuis 1997, est devenu le 19<sup>e</sup> Premier ministre de la V<sup>e</sup> République (décret du 15 mai) (*JO*, 16-5). Après avoir démissionné au lendemain des élections législatives, il a été renouvelé dans ses fonctions (décret du 18 juin) (*JO*, 19-6). Pour la première fois sous la V<sup>e</sup> République, les deux titulaires du pouvoir exécutif n'avaient exercé aucune responsabilité ministérielle jusque-là.

– *Relations prometteuses avec le Parlement.* Intervenant devant le groupe socialiste de l'Assemblée, le 22 mai, M. Ayrault a affirmé : « Le Parlement sera désormais estimé à sa juste valeur, contrairement à ce qu'il s'est passé au cours des cinq dernières années où le président... a réduit l'Assemblée nationale à une simple chambre d'échos des préoccupations présidentielles. » À propos de la révision de 2008, il a estimé que « le rééquilibrage attendu n'a pas eu lieu [...]. Je demanderai aux membres du gouvernement d'associer les parlementaires compétents à chaque étape de l'élaboration de leurs projets. L'opposition ne sera pas négligée pour autant » (*BQ*, 23-5). Il tiendra la même promesse devant

le groupe socialiste du Sénat, le 5 juin, de les associer « à toutes les grandes décisions du Gouvernement » (*ibid.*, 6-6).

– *Rôle* : la « *liberté d'arbitrage* ». « J'ai un rapport constant, confiant et extrêmement agréable avec le président de la République », a observé M. Ayrault. « C'est lui, élu par tous les Français, qui fixe les orientations, donne le cap. Il est le garant des engagements qu'il a pris à l'occasion de l'élection présidentielle », selon l'entretien publié sur le site internet de *L'Express*. « Le contre-modèle, c'était "l'omniprésidence" de Nicolas Sarkozy qui a créé des dysfonctionnements dans la machine gouvernementale [...]. Mon rôle est politique. Je ne me substituerai pas à mes ministres, je garderai ma liberté d'arbitrage. Je l'ai fait à Nantes. J'impulse, je fais confiance, je délègue, je coordonne, et aussi souvent que nécessaire, je tranche » (*BQ*, 30-5). Le précédent de Mme Bricq s'impose à la réflexion.

V. *Gouvernement. Ministres. Parlement. Président de la République.*

PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE

– *Bibliographie*. S. Baumont, *Les Présidents de la République française*, Toulouse, Milan, 2012; S. Raffy, *Le Président. François Hollande, itinéraire secret*, Paris, Pluriel, 2012.

– *Concl.* N. Reuland sous TA Paris, *Avrillier*, 17 février 2012, *AJDA*, 2012, p. 1113 (accès aux documents administratifs afférents aux sondages de l'Élysée).

– *Anciens présidents*. M. Sarkozy n'a pas présenté ses adieux à ses compatriotes à la différence de ses prédécesseurs (cette *Chronique*, n° 123, p. 198). Il s'est adressé à ses partisans, le 6 mai, à la Mutualité à

Paris : « Ma place ne pourra plus être la même [...]. Mon engagement dans la vie de mon pays sera désormais différent. [...] Je vous aime. Merci, merci à vous » (*Le Monde*, 8-6). Il s'est installé dans les bureaux mis à sa disposition par l'État, 77, rue de Miromesnil Paris VIII<sup>e</sup>, avec des collaborateurs, conformément au « statut » découlant de la lettre du 8 janvier 1985 du Premier ministre (L. Fabius) à M. Giscard d'Estaing (v. R. Dosière, *L'Argent de l'État*, Paris, Seuil, 2012, p. 280). Sans préjudice de sa qualité de membre de droit du Conseil constitutionnel (*supra*), M. Sarkozy a participé, aux côtés de M. Giscard d'Estaing, à la cérémonie d'hommage, présidée par M. Hollande, le 14 juin, aux soldats morts en Afghanistan, dans la cour des Invalides (*Le Monde*, 16-6).

– *Chef de l'État*. « J'ai pris immédiatement les responsabilités du pays et je m'y étais préparé », a déclaré le président Hollande, invité, de manière simple, du journal télévisé de France 2, le 29 mai. Il a répété qu'il ne s'impliquerait pas dans la campagne législative : « Je ne suis pas le chef de la majorité ; c'est le Premier ministre. Je ne suis pas non plus le chef du ps. » Il a demandé, cependant, aux Français de lui accorder « une majorité large, solide et cohérente » afin de tenir ses engagements de chef de l'État (*Le Monde*, 31-5).

– *Chef de la diplomatie*. Naturellement, le président Hollande a représenté la France aux réunions internationales du G8 à Camp David (États-Unis), en mai ; à celles du G20, à Los Cabos au Mexique, et du Sommet sur le développement durable à Rio de Janeiro, au Brésil, en juin. Il a participé aux conseils européens des 23 mai et 28 juin à Bruxelles et aux rencontres préparatoires afin que la discipline à

budgetaire, remède à la crise de l'euro, puisse prendre cependant en compte la croissance (*Le Monde*, 1<sup>er</sup>/2-7).

– *Chef des armées*. Au lendemain du sommet de l'OTAN, réuni à Chicago, les 20 et 21 mai, le président Hollande s'est rendu, le 25 mai, à Kaboul. Il s'est déclaré « garant de l'opération de retrait » des troupes françaises d'Afghanistan, conformément à son engagement de campagne (*Le Monde*, 27-5). Il a présidé, le 14 juin, à Paris, la cérémonie en hommage à des soldats morts dans ce pays. Par ailleurs, il a récusé l'opinion avancée par M. Rocard de lier le renoncement à l'arme nucléaire à des économies budgétaires, le 20 juin (*ibid.*, 16 et 22-6).

– *Collaborateurs*. Par arrêté du 15 mai (*JO*, 16-5), date de la prise de fonction du président Hollande, les principaux collaborateurs du chef de l'État ont été nommés : le secrétaire général de l'Élysée, M. Jean-René Lemas, et deux secrétaires généraux adjoints, le conseiller politique, M. Aquilino Morelle, la directrice du cabinet, Mme Sylvie Hubac, son directeur adjoint et son chef de cabinet. Le général Benoît Puga demeure chef de l'état-major particulier (cette *Chronique*, n° 134, p. 178) dont les autres membres ont été nommés le lendemain (*JO*, 19-5), en même temps que 23 conseillers répartis en cinq pôles : diplomatique, économique et financier, politiques publiques, cabinet (dont M. Bernard Rullier pour les relations avec le Parlement), presse et communication ; 8 autres conseillers ont été nommés le 22 (*JO*, 23-5), ainsi que le chef adjoint de cabinet, et le 4 juin M. Bernard Combes, chargé des relations avec les élus (*JO*, 5-6).

– *Compagne ou « First Girlfriend »* (expression américaine) : vie privée et vie

publique. Innovant, Mme Valérie Trierweiler a salué, à la suite du nouveau président, les invités qui attendaient celui-ci à l'Élysée, lors de sa prise de fonction le 15 mai (*Le Monde*, 17-5). À la recherche d'une dénomination et d'attributions, à rebours de celles d'une « potiche », selon son expression, la compagne de M. Hollande se réfère à Danielle Mitterrand et à Hilary Clinton. Entre-temps, après avoir renoncé à une émission politique sur la chaîne Direct 8, elle poursuit son activité de journaliste à *Paris Match* (v. « Eleanor Roosevelt, l'insoumise », 7-6), tout en disposant au palais de l'Élysée d'un bureau et de collaborateurs. « La compagne est un relais entre le président et les Français. J'ai décidé d'assumer cette double fonction », a-t-elle déclaré (*Libération*, 7-6). De manière retentissante, par un *tweet*, le 12 juin, elle est intervenue dans la campagne des élections législatives, en apportant son soutien à M. Olivier Falorni, candidat socialiste dissident, à l'encontre de Mme Ségolène Royal (Charente-Maritime, 1<sup>re</sup>). « Chacun doit être à sa place », a déclaré le lendemain le Premier ministre en appelant l'intéressée à conserver un « rôle discret » (*BQ*, 14-6). Assurément, une situation ambiguë, unique sous la République. V. R. Bacqué et A. Chemin, « Les femmes du président », *Le Monde*, 14-6 ; « Seule contre tous. Comment elle peut rebondir », *Elle*, 22-6.

– *Élections législatives*. Sur France 2, le 29 mai, le président Hollande a répondu à une question sur les prochaines élections à l'Assemblée nationale : « Je vais demander aux Français qu'ils fassent en sorte qu'il y ait une majorité pour le changement » (*Le Monde*, 31-5).

– *Installation*. La passation de pouvoir du 7<sup>e</sup> président de la République, empreinte

de civilité, s'est déroulée le 15 mai, à l'expiration du mandat de M. Sarkozy (cette *Chronique*, n° 123, p. 197). Les règles coutumières ont été suivies. Cependant, M. Hollande n'a pas accompagné son prédécesseur jusqu'à sa voiture. Par ailleurs, la conjointe de celui-ci et la compagne de celui-là ont été associées, de manière novatrice, à ce départ; tout comme Mme Trierweiler a salué les invités du nouveau chef de l'État. M. Hollande s'est rendu le soir même à Berlin saluer la chancelière après le passage obligé à l'Hôtel de Ville de Paris. Préalablement, il avait rendu hommage, au cours de brèves cérémonies, à Jules Ferry et à Marie Curie (*Le Monde*, 17-5).

– *Incompatibilité*. V. *Assemblée nationale*.

– *Portrait*. M. Hollande a pris la pose dans les jardins de l'Élysée, le 29 mai, devant l'objectif de M. Depardon (*Le Monde*, 1<sup>er</sup>-6). Ce décor avait été préalablement celui du président Chirac en 1995.

– *Pour une présidence simple*. Écho de l'anaphore du 2 mai (cette *Chronique*, n° 142, p. 148), le président Hollande, lors de la cérémonie d'investiture, le 15 suivant, a affirmé: «Président de la République, j'assumerai pleinement les responsabilités exceptionnelles de cette haute mission. Je fixerai les priorités, mais je ne déciderai pas de tout ni à la place de tous. Conformément à la Constitution, le gouvernement déterminera et conduira la politique de la Nation. Le Parlement sera respecté dans ses droits. La justice disposera de toutes les garanties de son indépendance. Le pouvoir d'État sera exercé avec dignité mais simplicité. Avec une grande ambition pour le pays. Et une scrupuleuse sobriété dans les comportements. L'État sera impartial parce qu'il est la propriété de tous les Français.

[...] Les règles de nomination des responsables publics seront encadrées. [...] Je crois en la démocratie locale et j'entends la revivifier par un nouvel acte de décentralisation » (site de la présidence).

– *Protection*. La gendarmerie nationale est réintégrée au sein du groupe de sécurité de la présidence de la République (GSPR), dont elle avait été écartée en 2007, selon un communiqué de l'Élysée, daté du 31 mai (BQ, 4-6).

– *Résidence*. L'attrait présidentiel pour le pavillon de La Lanterne dans le domaine du château de Versailles se confirme avec M. Hollande. À preuve, son séjour lors du congé de la Pentecôte (*Le Figaro*, 30-5).

– *Santé*. Le service médical de la présidence a indiqué que, à la demande du chef de l'État, un examen médical et biologique lui a été pratiqué en mai. L'examen clinique et para-clinique s'est révélé normal (site de la présidence).

– *Simplicité*. «Président normal», le chef de l'État s'est rendu aux studios de France 2 le 29 mai pour se prêter à une interview, rompant avec la pratique qui voulait que journalistes et techniciens se déplacent à l'Élysée pour recueillir les déclarations présidentielles. Dans le même ordre d'idées, c'est par le train qu'il était allé au Conseil européen de Bruxelles le 23 mai, et c'est en voiture que, revenant de voter à Tulle, il s'est trouvé pris dans les embouteillages le dimanche 17 juin.

– *Statut pénal*. L'assemblée plénière de la Cour de cassation a jugé, le 15 juin, que le président de la République peut se constituer partie civile, nonobstant son inviolabilité temporaire. Elle a confirmé l'arrêt de la cour de Versailles qui avait

infirmé le sursis à statuer jusqu'à l'expiration de son mandat, décidé le 7 juillet 2009 par le tribunal de Nanterre sur la demande de réparation du président Sarkozy dans l'affaire de son compte bancaire piraté (cette *Chronique*, n<sup>os</sup> 133, p. 188 et 134, p. 180). A été ainsi écarté le moyen tiré de l'égalité des armes, en l'espèce inopérant, et celui de l'impartialité objective, la nomination des juges par le président de la République n'affectant par leur indépendance (*Le Monde*, 16/17-6). Il est à noter que la Cour de cassation avait refusé de transmettre au Conseil constitutionnel une QPC posée à cette occasion, estimant que la question relevait de la compétence du juge (cette *Chronique*, n<sup>o</sup> 137, p. 237).

– *Style*. En visite dans une école à Dieudonne (Oise), le chef de l'État a déclaré le 7 juin : « J'ai voulu imprimer une exemplarité. Pas simplement une simplicité. J'essaie d'être le plus proche possible des Français. »

V. *Assemblée nationale. Conseil économique, social et environnemental. Gouvernement. Ministres. Premier ministre.*

#### QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ

– *Bibliographie*. D. Rousseau (dir.), *La QPC*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, La Gazette du Palais-Lextenso éditions, 2012; X. Domino et A. Brettonneau, « QPC, deux ans déjà, l'âge de raison », *AJDA*, 2012, p. 422; J. Barthélémy et L. Boré, « QPC et saisine directe du Conseil constitutionnel », *Constitutions*, 2012, p. 300; J. Benetti, « Échec au renvoi : les décisions de QPC de "non-lieu à statuer" », *RDP*, 2012, p. 593; V. Saint James, « Les décisions de la Cour de cassation et du Conseil d'État de ne pas transmettre une QPC : la place

des cours souveraines en question ? », *ibid.*, p. 607.

– *Chr. LPA*, 4 et 5-6; *Constitutions*, 2012, p. 369; *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n<sup>o</sup> 36, 2012, p. 81.

– « *Dispositions législatives* ». Une nouvelle loi locale du pays de Nouvelle-Calédonie (cette *Chronique*, n<sup>o</sup> 141, p. 194) a été contestée (2012-258 QPC) (*JO*, 23-6). Au surplus, il y a lieu de relever :

I. *Ratione temporis*, une loi de la III<sup>e</sup> République, celle du 29 mars 1935, a été déferée au Conseil (2012-243 QPC) (*JO*, 15-5); de même qu'une ordonnance du 7 mars 1944 prise par le Comité français de la Libération nationale (2012-259 QPC) (*JO*, 30-6).

II. Les réserves d'interprétation se sont multipliées en vue d'assurer la conformité de la loi : 2012-242 QPC (*JO*, 15-5); 2012-251 QPC (*JO*, 9-6); 2012-258 QPC (*JO*, 23-6), entre autres. Cette démarche confirme la sollicitude du juge en vue de protéger les droits de la défense, en matière de garde à vue (2012-257 QPC) (*JO*, 18-6) et la liberté individuelle (2012-253 QPC) (*JO*, 9-6). La réécriture de la disposition par le législateur est ainsi encouragée.

III. Quant à l'incompétence négative, la méconnaissance par le législateur de sa compétence a été écartée par le Conseil (2012-254 QPC) (*JO*, 19-6), au terme d'une formulation renforcée, au motif « qu'elle ne prive pas de garanties légales les exigences découlant du 11<sup>e</sup> alinéa du Préambule de 1946 (droit à la sécurité sociale) et qu'elle n'affecte pas par elle-même aucun droit ou liberté que la Constitution garantit ».

– *Retenue à l'égard du Parlement*. Une fois de plus (cette *Chronique*, n<sup>o</sup> 141, p. 195),

le Conseil, confronté à une matière sensible (l'accouchement sous X), a estimé qu'« il ne lui appartenait pas de substituer son appréciation à celle du législateur sur l'équilibre défini entre les intérêts de la mère et ceux de l'enfant » (2012-248 QPC, cons. 8), tout en invitant implicitement ce dernier à agir. Une attitude identique se retrouve, à l'égard des connaissances et des techniques, retenue par le Parlement concernant le prélèvement de cellules (2012-249 QPC, cons. 8).

V. *Collectivités territoriales. Conseil constitutionnel. Droits et libertés.*

196

#### RÉFÉRENDUM

– *Bibliographie.* P. Taillon, *Le Référendum, expression directe de la souveraineté du peuple ?*, préface de H. Brun, avant-propos de B. Mathieu et G. Otis, Paris, Dalloz, 2012.

#### RÉPUBLIQUE

– *Bibliographie.* R. Delpard, *La Fabuleuse Histoire du drapeau français*, Ivry-sur-Seine, Quai de Seine, 2012.

#### RÉSOLUTIONS (ART. 88-6C)

– *Sénat.* Devenue résolution du Sénat (art. 73 octiès RS), la résolution portant avis motivé, adoptée le 22 mai par la commission des affaires sociales, estime contraire au principe de subsidiarité la proposition de règlement du Conseil relatif à l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement. En vertu du traité de Lisbonne, le texte visé par un tel avis doit être réexaminé si le tiers des parlements de l'Union européenne se prononce en ce sens: c'est ce qui est intervenu, pour la première fois, à propos de ladite

proposition de règlement (*Le Monde*, 29-5) (cette *Chronique*, n° 141, p. 196).

#### RÉVISION DE LA CONSTITUTION

– *Bibliographie.* J. Gicquel, A. Levade, B. Mathieu et D. Rousseau (dir.), *Un Parlement renforcé ? Bilan et perspectives de la réforme de 2008*, Paris, Dalloz, 2012; X. Magnon, R. Ghevontian et M. Stefanini (dir.), *Pouvoir exécutif et Parlement: de nouveaux équilibres ? L'impact de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 sur le rééquilibrage des institutions*, Aix-en-Provence, PUAM, 2012.

#### SÉNAT

– *Bibliographie.* Ph. Bachschmidt, « Le Sénat, assemblée permanente », *Constitutions*, 2012, p. 269.

– *Budget.* Pour la première fois, le Bureau s'est prononcé par un vote, sur les propositions des questeurs. Il a adopté le projet de budget pour 2013 (cette *Chronique*, n° 142, p. 180); lequel a été transmis à la commission des crédits commune aux deux assemblées.

– *Composition.* Trois anciens ministres du gouvernement Fillon III ont recouvré leur siège à compter du 17 juin (*JO*, 19-6): MM. Longuet (Meuse), Mercier (Rhône) et de Raincourt (Yonne). En revanche, M. Richert (Bas-Rhin) a démissionné, le 14 mai (*JO*, 23-5). Une sénatrice, Mme Bricq (Seine-et-Marne) (s), rapporteure générale du budget, a été nommée ministre dans le gouvernement Ayrault I (décret du 16 mai) (*JO*, 17-5). Mme Lipietz (EELV) a été appelée à la remplacer, en qualité de suivante de liste (*ibid.*, 19-6). Le gouvernement Ayrault II accueille trois nouveaux sénateurs, Mme Bricq changeant

d'affectation : Mmes Escoffier (Aveyron) (RDSE) et Conway-Mouret (Français de l'étranger) (s), et M. Repentin (Savoie) (s) en qualité de ministres délégués (décret du 21 juin) (*JO*, 22-6). Conséquence immédiate, le Premier ministre devait se borner à une déclaration, au sens de l'article 50-1 C en lieu et place de l'article 49 *in fine*, compte tenu de l'étroitesse de la majorité de gauche.

– *Déontologie*. Lors de sa réunion du 27 juin, le bureau a examiné les déclarations d'activité et d'intérêts des sénateurs (cette *Chronique*, n° 141, p. 197).

V. *Commissions. Gouvernement. Résolutions. Session extraordinaire*.

#### SESSION EXTRAORDINAIRE

– *Convocation*. Le décret du 27 juin porte convocation du Parlement le 3 juillet, avec un ordre du jour chargé : déclaration de politique générale devant l'Assemblée nationale (art. 49, al. 1 C) et une déclaration du gouvernement devant le Sénat (art. 50-1), par crainte de ne pas obtenir la majorité, au terme d'une démarche inédite ;

débat sur les résultats du Conseil européen des 28 et 29 juin ; débat d'orientation sur les finances publiques (terminologie nouvelle) ; débat sur la politique commune de la pêche ; examen de 19 projets de loi (loi de finances rectificative pour 2012, loi de règlement de 2011, harcèlement sexuel et d'autorisation d'engagements internationaux) et d'une proposition de loi visant à abroger la loi du 20 mars 2012 relative à la majoration des droits à construire, sans préjudice de la séance hebdomadaire des questions au gouvernement (*JO*, 28-6) (cette *Chronique*, n° 123, p. 201).

#### SONDAGES

– *Note*. R. Rambaud, sous CE, 8 février 2012, *Mélenchon, RFDA*, 2012, p. 520.

#### VOTE

– *Vote électronique*. Plus de 125 000 électeurs sur plus d'un million de Français de l'étranger ont voté sur Internet, pour la première fois, lors des élections législatives (*Le Monde*, 3/4-6) (cette *Chronique*, n° 141, p. 198).



---

# SUMMARIES

MAURO BARBERIS

## **The Future Past of the Separation of Powers**

Applied to Montesquieu's doctrine, the category "separation of powers" means three things: a distinction between constitutional functions and two different rules – balance and separation of powers in the strict meaning of the term – in order to distribute them between the various constitutional organs. Using this analytical framework, this paper notes that, according to Montesquieu, only the judiciary should be separated from the other powers, on the condition its functions be attributed to jurors rather than permanent judges. Moreover, the paper demonstrates that the historical time of the separation of powers – the age of the legislative state, as opposed to the constitutional state – is suspended between a past and a future when not only have the legislative and executive branches always balanced each other, but also when judges have always participated to the production of the law.

199

SANDRINE BAUME

## **The Use of Neutral Powers**

The notion of neutral powers has essentially found three institutional expressions in democratic regimes: the presidency, the constitutional jurisdiction and, more recently, the regulatory authorities. These bodies have appropriated the concept of neutrality in a particular fashion and have defined their role with a concern for the restoration of a proper institutional balance. The corrective actions introduced by these neutral powers have determined both their legitimacy and the harsh criticisms they inspire.

OLIVIER BEAUD

## **The Multiplication of Powers**

Constitutional law has formally apprehended the separation of powers by considering that it refers to judicial functions that produce the rules

of law implemented by the organs of the state. Yet, the material conception of the separation of powers put forward by Hauriou, as well as the taking into account of new, materially influential power (such as financial power, local powers), and the rediscovery of justice invite us to conceive of the separation of powers in a different manner.

ISABELLE BOUCOBZA

### **The Existence of a Judiciary Power as a Misguided Concept**

200 The existence of a judiciary power is a concept presented as resulting from the description of the implementation of the theory of the separation of powers in the jurisprudence of the Constitutional Council. Yet, this “implementation” is only the result of a choice of interpretation by this jurisprudence, based on the authors’ preferences regarding the best way to organize powers. The criticism of the concept’s deceptively descriptive character opens the way for the development of a non normative analysis of judicial power, whose existence has never been in dispute. Following the various interpretations of positive law, this paper probes two domains: on one hand, the definition of the judicial activity and its normative reach; on the other, the judicial regime of the organs that exercise this activity. What is at stake in each of these domains is the division, the sharing, and the mastering of this “power”, notably to the benefit of governmental power.

JULIEN BOUDON

### **The Separation of Power in the United States**

Since the end of the nineteenth century, French judicial doctrine has described the separation of powers in the United States as “rigid”. This view is misguided. Dependent on the political disputes of the Third Republic, it ignores the key features of the American system. This system is characterized by an interdependence of the institutions (subject to the approval of the Members of Congress) and their collaboration in the performance of governmental functions.

DAVID KESSLER

### **Have The Media any Power?**

The place taken by the media in the political system in the recent period has undoubtedly contributed to the strengthening of their dimension as a countervailing power and, taken all media together, has increased their role in the political debate. While the various powers have integrated information in the logical course of their action, it can still make

an independent intrusion and disrupt pre-established plans. In the age of the internet and social networks, a fifth power has emerged which threatens the predominance of information. In this context, the media can launch into a ruthless and useless competition or, instead, establish their particular role in the public space thanks to the meticulousness of their work.

ARMEL LE DIVELLEC

**The Articulation of Powers in Parliamentary Democracies:  
Fusion and Mitigation**

Even though it remains a celebrated myth today, the separation of powers does not exist as a univocal judicial principle operating in liberal and democratic constitutional systems. On the other hand, contemporary political regimes all rest on the constitutional principle of separate organs and functions, whose articulation in various ways is a key feature of the system. All European parliamentary democracies are based on a broadly similar system of coexistence between two logics: one is the organic and functional fusion of governmental powers (cabinet and parliament), the other is mitigation carried out through “countervailing powers” outside of the cabinet-parliament couple.

201

AGNÈS ROBLLOT-TROIZIER

**A Modern Concept:**

**the Separation of Power and the Control of the Law**

In France, judicial control of the law is traditionally considered as violating the theory of the separation of powers. It should, instead, be understood as an implementation of this theory, since it gives judges an “ability to prevent”, conducive to the balance of powers. Regularly implemented by constitutional judges who define its current meaning, the principle of the separation of powers is reinforced by this judicial interpretation which enhances one of the fundamental dimensions of the concept: the protection of the rights of citizens.

ÉRIC THIERS

**The Control of the Majority by the Opposition:**

**The Philosopher’s stone of the New Distribution of Powers?**

The classic principle of the separation of powers, which distinguishes between the Executive branch and Parliament, currently seems to be questioned by a more operational principle renewed by the 2008 constitutional reform: the control of the majority by the opposition. To

the cost of a notable change in our political tradition, the 23 July 2008 constitutional law has introduced a legal and symbolic recognition of the opposition in Parliament. However essential this concept may be for the revitalization of our institutional life, it does not satisfy all the requirements of the distribution of powers in a democratic regime. Parliament should remain a positive actor of the institutional game, and not just act as a countervailing power.

MATHIEU TOUZEIL-DIVINA

**Arab Springs and Revolutions:  
toward a Renewal of the Separation of Powers ?**

202 The theory of the separation of powers, taken in its original meaning of the dispersion of powers, appears to have acquired a new theoretical and practical usefulness with the unfolding of the Arab Springs. Yet, while a desire for a differentiated democratic organization of power has been palpable, notably in Egypt, Tunisia and Morocco, the will of the peoples has not been instantaneously translated into a judicial and constitutional system. Rather, one observes systems of blurred and performative separation together with a provisional concentration of powers.

## **CHRONICLES**

ANNE-CHLOÉ FOIRRY

**Memorial Laws, Legal Normativity and Freedom of Expression  
in the Jurisprudence of the Constitutional Council:  
a Complex Balance and Possible Evolutions**

PIERRE ASTIÉ, DOMINIQUE BREILLAT  
AND CÉLINE LAGEOT

**Foreign Chronicles**  
(April 1<sup>st</sup> – June 30<sup>th</sup>, 2012)

PIERRE AVRIL AND JEAN GICQUEL

**French Constitutional Chronicle**  
(May 11<sup>th</sup> – June 30<sup>th</sup>, 2012)



# VOTRE REVUE **POUVOIRS** EST DÉSORMAIS EN LIGNE !

www.revue-pouvoirs.fr, c'est :

## En accès libre

- l'intégralité de plus de 50 numéros de 1994 à 2005
- l'ensemble des sommaires et des résumés (français et anglais) depuis 1994
- un accès intégral aux chroniques régulières
- plus de 10 000 pages (800 documents) à télécharger, imprimer et conserver
- un moteur de recherche, un index, des auteurs, etc.

## Pour les abonnés

- l'accès à l'intégralité des numéros les plus récents dès le jour de parution

# POUVOIRS

## BULLETIN D'ABONNEMENT

Photocopiez ce formulaire d'abonnement ou recopiez-le sur papier libre et adressez-le à :

Alternatives économiques  
12, rue du Cap-Vert  
21800 QUETIGNY

Tél. : 03.80.48.10.33

Fax : 03.80.48.10.34

e-mail : cpettinaroli@alternatives-economiques.fr

Veillez m'inscrire pour :

un abonnement de 1 an  
(4 numéros papier et l'intégralité du site en libre accès)

un réabonnement à partir du numéro : .....  
(avec l'intégralité du site en libre accès)

Tarif : 65 €

M.    Mme    Mlle

Nom : .....

Prénom : .....

Adresse : .....

Code postal : ..... Ville : .....

Pays : .....

Téléphone : ..... Fax : .....

e-mail : .....

(obligatoire si vous voulez bénéficier de l'accès intégral au site)

Tous les modes de paiement sont acceptés (y compris CB)



© « POUVOIRS », NOVEMBRE 2012  
ISSN 0152-0768  
ISBN 978-2-02-108642-3  
CPPAP 59-303

RÉALISATION : PAO ÉDITIONS DU SEUIL  
IMPRESSION : CPI FIRMIN-DIDOT AU MESNIL-SUR-L'ESTRÉE (EURE)  
DÉPÔT LÉGAL : NOVEMBRE 2012. N° 108642 (XXXXXX)  
IMPRIMÉ EN FRANCE

