

La séparation des pouvoirs ?

Du concept politique aux concrétisations juridiques

Stéphane Mouton

DANS **REVUE FRANÇAISE DE DROIT CONSTITUTIONNEL** 2019/4 N° 120 , PAGES 825 À 842
ÉDITIONS **PRESSES UNIVERSITAIRES DE FRANCE**

ISSN 1151-2385

ISBN 9782130821830

DOI 10.3917/rfdc.120.0825

Date de mise en ligne : 25/11/2019

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2019-4-page-825?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Presses Universitaires de France.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

La séparation des pouvoirs ? Du concept politique aux concrétisations juridiques

STÉPHANE MOUTON

Le lien entre le concept politique et les concrétisations juridiques de la séparation des pouvoirs se comprend à la lumière du libéralisme qui entretient avec le pouvoir politique une relation complexe. S'il le considère comme un phénomène nécessaire à la bonne organisation des sociétés, ce courant de pensées le tient néanmoins en suspicion en raison des atteintes aux libertés qu'il peut engendrer dans son exercice. Pour transcender cette contradiction, la séparation des pouvoirs est avancée comme la première concrétisation juridique du constitutionnalisme moderne, la clé de voûte de l'organisation politique de l'État, dont les deux principes constitutifs, l'autorité et la liberté, antagonistes par nature, se trouvent articulés dans un exercice *raisonné*, entendons constitutionnel du Pouvoir¹.

Depuis que Montesquieu a averti qu'« un organe ne peut concentrer deux fonctions » sans verser dans un autoritarisme destructeur des libertés², l'ingénierie constitutionnelle de l'État moderne s'efforce de réaliser une distribution des trois grandes fonctions régaliennes du pouvoir politique (législative, gouvernementale et judiciaire) entre différents organes constitutionnels au sein de l'État³. Dans l'ère politique moderne, entendons depuis les grandes révolutions démocratiques, les Constitutions

Stéphane Mouton, professeur de droit public, co-directeur de l'institut Maurice Hauriou (IMH), université Toulouse I Capitole.

1. E. Sieyès, *Exposition raisonnée de la Déclaration des droits de l'homme*, 21 et 22 septembre 1789, Les grands orateurs de la Révolution française, NRF, La Pléiade, 1988 ; voir ici L. Jaume : Aux origines du contrôle de constitutionnalité, XVIII^e-XX^e siècles, 2003. Et pour une lecture critique, S. Rials, « Sieyès ou la délibération sous la prudence. Éléments pour une interprétation de la philosophie de la Révolution et de l'esprit du légicentrisme », *Droits*, n° 13, 1991, p. 125-138.

2. Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, livre VI, chap. 11, « De la Constitution d'Angleterre », Paris, Seuil, « Œuvres complètes », p. 586.

3. Nous adhérons à cette définition de principe, moderne, selon laquelle la séparation des pouvoirs est une « théorie des fonctions étatiques » : M. Barberis, « La séparation des pouvoirs », *Traité international de droit constitutionnel* (dir. M. Troper & D. Chagnollaud), 2012, t. I, *Théorie de la Constitution*, chap. V, p. 706.

auront une fonction clairement assignée⁴ : établir les conditions juridiques d'une relation faite de collaboration et de contrôle entre les organes de gouvernement, de sorte que se freinant les uns les autres, ils puissent mettre la puissance au service des droits naturels pour la conservation et le développement desquels les citoyens « entrent » dans l'état social, et consentent à obéir à l'exercice de ces dits organes de gouvernement⁵. Là se situe le théorème constitutionnel à partir duquel le principe de la séparation des pouvoirs doit se concrétiser dans le cadre de réalisations relevant de conceptions dites *souples* ou *strictes*, *dualistes* ou *trialistes* de la séparation des pouvoirs⁶. Ce sont elles qui déterminent la classification des régimes démocratiques parlementaires, présidentiels, ou encore semi-présidentiels selon des critères toujours discutés par la doctrine⁷. Deux siècles après sa consécration dans les premières grandes Constitutions modernes, il semble d'ailleurs admis qu'il n'existe pas une concrétisation juridique parfaite de la séparation des pouvoirs⁸. Il existerait plutôt plusieurs variations d'un « idéal type » dont les mises en œuvre répondent à différentes interprétations théoriques⁹. Plus pragmatiquement, il existerait un modèle théorique dont les réalisations seraient aussi conditionnées par les spécificités des peuples qui s'accordent à

4. Dans ses concrétisations, le principe de la séparation des pouvoirs est le fruit d'une lente évolution politique en Grande Bretagne. Il émerge empiriquement dans le droit constitutionnel coutumier britannique d'abord, avant de trouver, presque simultanément du point de vue chronologique, une consécration juridique formelle dans les textes constitutionnels au États-Unis et France ensuite, et dans le reste du monde des États qui se réclament de la démocratie jusqu'à aujourd'hui enfin. Sur les origines britanniques, D. Baranger : *Parlementarisme des origines*, Paris, Puf, « Léviathan », 1999, p. 199-208

5. Comme le souligne Sieyès, la domination politique de l'État suppose l'obligation pour celui-ci de mettre en œuvre sa puissance au service d'une bonne organisation de la société car c'est cette dernière qui assure à chaque membre du corps social la pleine jouissance de ses droits naturels : l'obéissance au pouvoir a pour corollaire la garantie des droits qui permet aux citoyens de se perfectionner : « L'objet de l'union nationale est le bonheur des associés. L'homme avons-nous dit, marche constamment à ce but ; il n'a pas prétendu en changer, lorsqu'il s'est associé à ses semblables. Donc l'état social ne tend pas à dégrader, à avilir les hommes, mais au contraire à les ennoblir, les perfectionner », *Exposition raisonnée de la Déclaration des droits de l'homme*, *op. cit.*

6. Nous renvoyons d'abord ici à la thèse de M. Troper : *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, p. 207. Voir aussi pour une remise en cause des classifications traditionnelles : J. Boudon : « Le mauvais usage des spectres : la séparation rigide des pouvoirs », *RFDC*, n° 78, 2009.

7. Sur la question des régimes, voir la récente analyse de J. Boudon, « Les systèmes "mixtes" et la catégorie des "régimes présidentiels". La qualification constitutionnelle de la V^e République », *Historia et ius*, 13/2018, paper 12.

8. Sur la discussion doctrinale autour des sens de l'art. 16 de la Déclaration des droits et les conceptions constitutionnelles de la séparation des pouvoirs : O. Beaud, « Michel Troper et la séparation des pouvoirs », in M. Troper, *Revue Droits*. Dans un article plus récent, M. Troper recensait d'ailleurs près de six significations différentes du principe de la séparation des pouvoirs, « La V^e République et la séparation des pouvoirs », in *La V^e République : des institutions libérales ?*, *Revue Droits*, n° 43-2006, p. 34.

9. M. Troper : « La V^e République et la séparation des pouvoirs », *ibid.*

considérer que le Pouvoir doit être divisé pour être mis au service des exigences de la démocratie politique.

Malgré la multiplicité de ses concrétisations possibles, le principe de la séparation des pouvoirs est toutefois travaillé par quelques forces qui influent sur les spécificités propres à chaque régime politique. Depuis le milieu du XX^e siècle, le renforcement du pouvoir gouvernemental a longtemps été la plus visible, avant qu'elle ne soit redoublée par une seconde. Cette force nouvelle se manifeste par le développement d'un mécanisme juridictionnel venant au renfort des buts poursuivis par la séparation des pouvoirs dans toutes les démocraties constitutionnelles européennes. Il s'agit de la montée en puissance de la justice constitutionnelle dans les modèles parlementaires, relevant de Constitutions écrites, la France, l'Italie, l'Espagne ou encore l'Allemagne, mais aussi, de Constitutions dites *souples*, comme au Royaume-Uni, à l'instar de la consécration d'une Cour suprême en 2009 suite au *Constitutional Reform Act* de 2005¹⁰. Le point est important car sans aller vers la consécration d'une conception *tripartite* des pouvoirs à l'américaine, l'affirmation d'une justice de nature constitutionnelle au cœur de l'organisation des régimes parlementaires est de nature à modifier substantiellement les concrétisations juridiques modernes de la séparation des pouvoirs dite *dualiste* dans les États construits sur un principe de souveraineté au sein duquel « une logique des recours tend à se substituer à dynamique des forces¹¹ ». Désormais en effet, sous l'empire de cette force nouvelle, un contre-pouvoir juridictionnel surgit face aux pouvoirs de gouvernement quelles que soit les réalisations de la séparation des pouvoirs.

Qu'en est-il en France ? Dans quelle mesure le contrôle de constitutionnalité et la culture du contre-pouvoir judiciaire qu'il véhicule naturellement affecte-t-il la concrétisation juridique moderne de notre séparation des pouvoirs ? La réponse on le devine facilement nous invite à une vraie modération car les mécanismes de contrôle de constitutionnalité définis par les articles 61 et 61-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 n'apportent pas de vraies modernisations à la classique concrétisation de la séparation des pouvoirs. Au contraire même. Depuis longtemps et dans une jurisprudence constante fort connue¹², le Conseil constitutionnel la consacre sur le fondement d'une « conception française de la séparation des pouvoirs » dont la justification demeure, nous allons tenter de le

10. A. Duffy-Meunier « La Cour suprême au Royaume-Uni après le Constitutional Reform Act 2005 : une juridiction hors norme », *Jus Politicum*, n° 9 [http://juspoliticum.com/article/La-Cour-supreme-au-Royaume-Uni-apres-le-Constitutional-Reform-Act-2005-une-juridiction-hors-norme-641.html].

11. Ph. Raynaud, « Le droit et la science politique », *Jus Politicum*, n° 2, « Droit, politique et justice constitutionnelle », <http://www.juspoliticum.com/Le-droit-et-la-science-politique.html>.

12. CC, décis. n° 86-22 DC du 23 janvier 1987, *Conseil de la concurrence*.

démontrer, sinon contestable, au moins discutable. Car loin d'encourager une évolution de la concrétisation naturelle de la séparation des pouvoirs fondée sur une culture des contre-pouvoirs dans le but d'assurer une meilleure garantie des libertés contre la Puissance publique, les contrôles de constitutionnalité français renforcent les logiques d'un mécanisme de contrôle du pouvoir ou les droits restent façonnés par un intérêt général dont les organes d'État mesurent seuls la pertinence. Il en résulte qu'à l'inverse d'autres Cours constitutionnelles, le Conseil constitutionnel ne peut être érigé en un contre-pouvoir dont la légitimité découlerait de la garantie des droits constitutionnels qu'il pourrait assurer face aux pouvoirs gouvernementaux. Il est un organe qui suit, module peut être, influe certainement, mais suit toujours la volonté de la loi. Il ne peut être un censeur de l'État à raison d'une atteinte à des droits fondamentaux revendiqués par les membres du corps social. On avancera la cohérence du régime représentatif et ses nécessités sous-tendues par l'indiscutable culture démocratique de la volonté générale servie par un État garant de la juste reconnaissance des droits. On justifiera encore cette position par le souci de ne pas sombrer dans un funeste gouvernement des juges. Dix ans d'existence pour la Question prioritaire de constitutionnalité présentée comme une promesse pour les citoyens de se saisir de leur Constitution pour défendre leurs droits, démontre que cette innovation devant permettre aux justiciables de défendre les « droits et libertés que la Constitution garantit » contre une disposition législative dont la justification relative à sa constitutionnalité s'étiole souvent devant l'ombre tutélaire de l'intérêt général qui innerve les buts poursuivis par la loi¹³. Il n'existe pas ou très mal en France de droits subjectifs constitutionnels opposables à l'intérêt général défini par les organes de l'État, comme il n'existe pas de vrais contre-pouvoirs sociétaux vis-à-vis de ses institutions politiques et administratives qui organisent, contrôlent et disciplinent les membres du corps social¹⁴.

Pour quelles raisons la concrétisation moderne de la séparation des pouvoirs en France, relayée par une culture du contrôle qui ne souffre pourtant plus de vraies contestations, ne peut véritablement s'enraciner dans une culture des contre-pouvoirs fondée sur la défense des droits naturels ? N'est-ce pas ce que doit exiger un État démocratique qui

13. D. Rousseau, *Le conseil constitutionnel n'est pas le gardien des droits et libertés*.

14. Si l'État légitime son action politique en l'adossant aux valeurs démocratiques de liberté et d'égalité, le fondement de son action sur la société reste une entreprise de discipline des comportements, de standardisation des pensées autour d'une normalité dont il définit les contenus et les contours et dont il fait chaque individu un garant du respect, un gendarme de ces valeurs. Ainsi loin d'être un acteur de défense de ses droits contre le pouvoir qui pourrait y porter atteinte, l'individu en réalité se met au service de l'État et se fait gendarme du respect de ses droits face à autrui : Voir M. Foucault, « Il faut défendre la société », *Cours au Collège de France (1975-1976)*. Sur le plan juridique, voir D. Baranger, sur les méthodes *Juspoliticum*, n° 7.

revendique son attachement à la défense de droits fondamentaux notamment protégés par des juridictions constitutionnelles ? C'est ce qu'il convient de voir ici dans une démonstration en trois temps posant d'abord un constat, ensuite une explication et enfin une suggestion.

I – LE CONSTAT :
L'EXISTENCE D'UN PARADOXE CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS

Si les concrétisations juridiques de la séparation des pouvoirs peuvent connaître des spécificités les unes par rapport aux autres, toutes néanmoins convergent vers un même but. Toutes visent à réaliser une distribution des compétences régaliennes de l'État entre différents organes constitutionnels afin que le danger liberticide qui résulterait de la concentration de l'exercice du pouvoir par l'un de ces organes soit neutralisé. Loin d'affaiblir la puissance, toute la mécanique de la séparation cherche à insérer l'exercice concret du pouvoir politique dans un système de freins qui doit lui conférer une plus grande efficacité pour réaliser la liberté politique. Tel est le sens de cet esprit parlementaire à l'anglaise qui permet aux pouvoirs « de marcher de concert ». Dans le système bien compris de la « fusion » entre le Gouvernement et le Parlement (Bagehot) dont les relations sont organisées dans un esprit de confiance entre les pouvoirs, la séparation des pouvoirs justifie un mécanisme de distribution des compétences constitutionnelles entre les principaux organes de gouvernement afin que la puissance de l'État gagne en efficacité. Loin de fragiliser l'exercice de la puissance en exerçant sur les organes de l'État une paralysie de leur fonction, cette dynamique vertueuse des contrôles réciproques a toujours eu pour corollaire le développement, désormais raisonné, de la puissance politique du Gouvernement¹⁵.

Or, la succession des Constitutions françaises depuis 1791 à aujourd'hui démontre que nous n'avons jamais bien saisi la subtilité d'un mécanisme ou la puissance politique découle d'une mécanique fondée sur la division des pouvoirs. Dans toutes les concrétisations juridiques de la séparation des pouvoirs de 1791 à 1875, la culture des contre-pouvoirs qui doit inspirer toutes les variations du modèle de Montesquieu a toujours été instrumentalisée de sorte que la dynamique des contrôles qu'elle inspire a inéluctablement mené à l'impuissance au

15. Pour une présentation générale de cette théorie de la « fusion gouvernementale », voir A. Le Divillec, « Propositions pour l'analyse doctrinale des régimes parlementaires », Congrès de l'AFDC, des 25-27 septembre 2008, Paris, Atelier n° 6, p. 2, site ADFC : <http://www.droitconstitutionnel.org>

mieux, à la ruine des Constitutions au pire. Dès lors, une culture de la suspicion entre les pouvoirs a remplacé une culture de la confiance, pourtant indispensable au bon fonctionnement de la séparation des pouvoirs. Explicite dans les premiers temps politiques qui suivent la révolution, cette culture va s'instiller dans l'organisation du régime parlementaire démocratique qui s'enracine dans les institutions à la fin du XIX^e siècle. Dans le cadre des constitutions parlementaires qui se succéderont depuis la crise de 1877, la responsabilité politique par exemple a toujours été perçue comme un mécanisme de contrôle et de sanction permettant au Parlement de fragiliser la puissance gouvernementale dans un contexte de soumission de ce dernier à son égard¹⁶.

Quels que soient les régimes politiques, cette culture de suspicion à l'égard des contre-pouvoirs n'a jamais cessé d'influer sur le bon fonctionnement de la séparation des pouvoirs. Elle a toujours été perçue comme une ingénierie complexe concrètement tenue en suspicion par les gouvernants qui l'accuseront de freiner l'efficacité du pouvoir démocratique. Il en découlera une conséquence fondamentale d'un point de vue pratique, entendons expérimental. Par-delà les proclamations de principe, les gouvernants chercheront toujours à esquiver les contraintes constitutionnelles pour retrouver dans son exercice sa pleine puissance souveraine. Là est le paradoxe français ! Alors que la garantie de la liberté politique exige la mise en place d'un mécanisme vertueux de division constitutionnelle du pouvoir comme le dictent les principes du constitutionnalisme moderne, dans l'environnement constitutionnel français, le but naturellement commandé par la séparation des pouvoirs, la protection des droits, justifie au contraire une légitime suspicion contre le principe de la distribution dans le contrôle qui fragiliserait, écueil vicieux, le bon exercice de la puissance de l'État.

Ce renversement de perspective sera lourd de conséquence pour le constitutionnalisme français car celui-ci ne reposera jamais concrètement sur une culture des contre-pouvoirs politiques. La Constitution de la V^e République de ce point de vue est un exemple patent. Loin d'être la Constitution de synthèse que l'on décrit souvent, comme les textes précédents, elle s'inscrit dans cette logique de réaction constitutionnelle, finalement classique dans notre histoire. De la sorte, loin de permettre un rééquilibrage des relations politiques entre les organes supérieurs de l'État par le droit de la Constitution, les mécanismes de rationalisation du parlementarisme vont être mis au service d'une ingénierie constitutionnelle visant à rompre avec les dysfonctionnements d'un régime parlementaire démocratique dont le discours politique pointe les excès à partir de 1958 surtout.

16. Sur l'impact de la crise du 16 mai sur le fonctionnement des institutions, voir la préface de J.-M. Denquin « Sur le 16 mai », *La crise du 16 mai 1877 : édition critique des*

Dans le souci obsessionnel de de Gaulle de préserver les compétences constitutionnelles du pouvoir gouvernemental vis-à-vis du Parlement, la rationalisation du parlementarisme établi par le texte de 1958 ne se définit plus comme un ensemble de règles constitutionnelles s'efforçant « d'introduire tout le processus complexe de la vie politique dans le cadre du droit » dans le but d'établir des équilibres politiques nécessaires au bon fonctionnement de ce régime¹⁷. Bien au contraire, elle vise à justifier la mise en place de mécanismes constitutionnels justifiant un déséquilibre en faveur du gouvernement au motif de sa nécessaire protection contre le Parlement. Conformément à une dynamique historique à laquelle elle n'échappe donc pas, la Constitution du 4 octobre 1958 met en place les conditions du « tout pouvoir » gouvernemental, en rupture avec le « tout pouvoir » des assemblées parlementaires afin que la décision se déploie jusqu'au Parlement sans que puissent s'élever de vrais contre-pouvoirs contre les abus possibles d'une telle puissance. Soutenue par le « fait majoritaire », toute la logique des institutions en France ne cessera jamais d'être conditionnée par une obsession, l'efficacité politique, toujours entravée par une complexe ingénierie constitutionnelle qui n'aurait d'autres ambitions que de pousser les organes de gouvernement à l'impuissance. Au final en France, soit « un pouvoir toujours domine l'autre¹⁸ » à l'avantage de la présidentialisation aujourd'hui, soit ils se neutralisent¹⁹.

À l'instar du projet de révision constitutionnelle avancé par le président Macron et son gouvernement, tous les projets de révision constitutionnelle véhiculent ce paradoxe qui s'exprime dans un discours ambivalent. Dans la proclamation, les projets de révision et les révisions elles-mêmes s'inscrivent dans le souci d'un rééquilibrage des pouvoirs au sein de la V^e République au nom du respect de la démocratie constitutionnelle. Dans les faits, au-delà des proclamations visant à rééquilibrer les institutions, revaloriser le Parlement, renforcer les pouvoirs des juges,

principaux débats constitutionnels, sous la direction de C.-M. Pimentel, Paris, Dalloz, institut Michel Villey, 2017, p. 47-48.

17. Voir ici les écrits de B. Mirkin-Guetzévich, « Les nouvelles tendances du droit constitutionnel », *RDP*, 1928, p. 23. Voir aussi S. Pinon, « Le nouveau droit constitutionnel à travers les âges », Atelier n° 2 « Constitution, enseignement et doctrine », VII^e Congrès de droit constitutionnel, AFDC, Paris, 2008.

18. Voir ici l'analyse de M. Hauriou de la séparation des pouvoirs dans son *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 1929.

19. Ce phénomène de neutralisation se manifeste avec force lors des périodes inédites dites de cohabitation sous la V^e République. Loin d'assurer une résurgence des principes du régime parlementaire, ces périodes de cohabitation figent en réalité les institutions : la logique politique initiée par la discordance entre les majorités bloque la mise en œuvre possible des mécanismes juridiques de contrôle. *In fine*, la solution à ce problème s'est résolue par deux réformes (le quinquennat et l'inversion du calendrier électoral) permettant le renforcement du pouvoir gouvernemental vis-à-vis du Parlement et pérenniser les dynamiques du parlementarisme présidentialisé.

développer les modes de participation des citoyens dans la décision démocratique, toutes les révisions ont toujours conduit, de manière inéluctable, à une pérennisation, voire un renforcement du pouvoir gouvernemental au nom de l'efficacité²⁰.

II – UNE EXPLICATION :

L'AMBIGUÏTÉ CONSTITUTIONNELLE FRANÇAISE

Les raisons d'un tel paradoxe se trouveraient dans les vicissitudes d'une histoire constitutionnelle qui, comme le soulignait Hauriou, « s'explique par les remous d'une révolution violente » et qui n'aurait pu « du premier coup trouver l'équilibre véritable des forces nouvelles qu'elle avait déchaînées, aux prises avec les forces anciennes inhérentes à tout ordre social »²¹. Mais en réalité, le choc provoqué par la Révolution va générer une période d'instabilité et démontrer que les organes de gouvernement ne peuvent gouverner conformément à une ingénierie reposant sur des contre-pouvoirs établis sur le partage et l'équilibre entre différentes fonctions politiques. Face au désordre politique, c'est l'État et son administration qui vont capter l'exercice concret du pouvoir. Cette captation va naturellement engendrer des transformations relatives à la séparation des pouvoirs dans la mesure où ses concrétisations juridiques devront s'adapter à une culture de l'exercice du pouvoir étatique fondée sur des principes politiques et juridiques hostiles à l'esprit de division de la puissance.

Cette transformation va d'ailleurs être encouragée par une ambiguïté politique et juridique qui s'exprime dans l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme. La concrétisation naturelle de la séparation des

20. Voir en ce sens le *Projet de loi constitutionnelle pour une démocratie plus représentative, responsable et efficace*, enregistré à l'Assemblée nationale le 9 mai 2018 (n° 911). L'*exposé des motifs* souligne la volonté du président de la République et de son Gouvernement de présenter des propositions ayant vocation à moderniser les institutions dans la continuité de la conception constitutionnelle du général de Gaulle qui « a mis en place des institutions robustes et équilibrées, permettant à l'État de mener son action en toutes circonstances et ce, dans le respect des valeurs républicaines ». Dès lors, si le projet s'attache notamment à la volonté de s'inscrire dans une volonté clairement affichée depuis 2008 de revaloriser le Parlement, dans leur esprit, toutes les propositions convergent vers un objectif : réorganiser les compétences dans le souci de permettre au Gouvernement de retrouver les conditions d'une action politique efficace. En ce sens, « *Mieux légiférer* », qui se manifeste par « *un meilleur respect des règles constitutionnelles* », se traduit par des dispositions qui renforcent l'efficacité de l'action gouvernementale au détriment du Parlement : art. 3 relatif au respect de la procédure d'irrecevabilité des propositions de loi ou amendement méconnaissant le domaine législatif ; art. 4 et 5 relatifs à l'examen des textes en commissions et en séances et à l'efficacité de la navette parlementaire...

21. M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 1929, p. 293-294.

pouvoirs animée par une dynamique politique de contre-pouvoirs juridiquement déterminés conforme à la culture anglo-saxonne va être redoublée par une autre concrétisation, fondée sur une dynamique de rationalisation du pouvoir par le droit très artificielle pour la défense des droits. Certes, l'article 16 de la Déclaration condense l'esprit du constitutionnalisme de 1789 pour lequel l'organisation politique de l'État doit reposer sur un texte, la Constitution, qui fixe les principes relatifs à l'exercice du pouvoir politique dont les fonctions sont distribuées à des organes représentatifs distincts afin que l'exercice de la puissance soit mis au service des droits²². Tel un triptyque cette disposition consacre un théorème politique qui se construit sur trois principes juridiques. L'organisation du pouvoir au sein d'une société politique moderne repose sur une condition, la Constitution, dont l'affirmation est rendue possible par une méthode, la séparation des pouvoirs, au service d'un but, la garantie des droits. Outre l'esprit des Lumières, résonne encore dans ce texte l'écho de l'expérience américaine qui fait de l'existence de la Constitution la condition de la bonne organisation du pouvoir au sein du nouvel État qu'elle crée. Mais si aux États-Unis, la Constitution doit assurer la distribution des fonctions politiques entre différents organes représentatifs dans un nouveau système politique construit sur le principe de *l'autogouvernement*²³, en France, le constitutionnalisme ne se fonde pas sur un principe aussi radical. Ce n'est pas la Constitution qui pose les deux principes de la séparation des pouvoirs et de la garantie des droits. Si la Constitution est invoquée dans le souci de répondre aux exigences de séparation des pouvoirs et de garantie des droits conformément à la première source d'inspiration constitutionnelle, elle ne l'est, à la lecture littérale de l'article 16, que de manière négative et comme une conséquence de la réalisation de ces deux conditions au sein de la société politique. Toute société qui ne réalise pas la séparation des pouvoirs et la garantie des droits n'a pas de Constitution nous dit

22. Art. 16 D. 1789, « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

23. Voir en ce sens B. Ackernam, « En effet, les Américains, il suffit de lire Le Fédéraliste pour s'en convaincre, ne cherchèrent pas à transférer la souveraineté des mains d'un Roi à celle du Peuple, mais posèrent la question aiguë de l'autogouvernement du Peuple. Comment un Peuple peut-il se gouverner lui-même sans que les factions qui prétendent parler en son nom s'arrogent le monopole du pouvoir et par là l'en dépossèdent. La réponse à cette question est bien connue : c'est celle de la division des pouvoirs et l'institutionnalisation d'un mécanisme de checks and balances. Nous avons l'habitude de dire, nous en France, que la Souveraineté nationale s'exprime dans la loi votée par le Parlement parce que les représentants du Peuple sont le Peuple lui-même. Par ce geste nous effaçons l'idée même de représentation. Au contraire, les Américains pensent que la place du peuple est inassignable dans telle ou telle institution, mais il est dans le Président, dans le Sénat, dans la Chambre des représentants, dans la Cour suprême. Chacune de ces institutions peut prétendre parler au nom du peuple puisqu'elles en sont des représentations mais aucune d'entre elles n'est le peuple lui-même », in *Les fondements de la démocratie américaine*.

cette disposition. Elle ne nous dit pas que la Constitution est un texte nécessaire en démocratie parce qu'elle déterminerait l'existence de ces deux conditions...

Cette affirmation en négatif du constitutionnalisme démontre qu'en dépit de sa volonté de rattacher l'organisation du Pouvoir de l'État aux principes constitutionnels modernes, la France ne « saute pas clairement le pas » politique vers la démocratie, comme le firent les États-Unis. Elle ne consacre en rien la souveraineté du peuple qui fait désormais reposer l'organisation du pouvoir sur le principe de l'autogouvernement républicain. La « révolution violente » dont nous parle Hauriou devient en réalité un prétexte, qui comme un leitmotiv, ne cessera plus jamais de justifier un arrêt du processus révolutionnaire et démocratique et de permettre à une conception ancestrale du Pouvoir politique de s'instiller dans une structure étatique qui se réclame des idées modernes. Car voilà la réalité. Au-delà des formes institutionnalisées par lesquelles il se diffuse dans l'ère démocratique, le pouvoir politique²⁴ demeure monarchique dans ses expressions. Dans ce contexte, l'État est certes un support de l'autorité politique qui se conformera aux principes du constitutionnalisme moderne depuis 1789 dans la forme. Mais dans le fond, il demeurera une institution conditionnée et travaillée dans ses structures et son organisation par une conception du Pouvoir inspirée d'une théorie bodinienne de la souveraineté construite par et pour les besoins de la démocratie.

Plus loin que la recherche des raisons expliquant les dysfonctionnements potentiels d'une ingénierie, l'explication se trouverait dans notre conception du pouvoir. En dépit de ses modes d'organisation et d'expression rationalisés par un droit qui repose désormais sur des valeurs démocratiques, désignation des gouvernants par les gouvernés au nom d'une source populaire de l'autorité, distribution des fonctions régaliennes entre différents organes au nom d'une délégation de compétence pouvoirs et une limitation enfin de l'exercice de la puissance par le respect des droits d'un souverain supérieur aux représentants, dans sa nature, le pouvoir reste adossé à une conception encore théologique de l'autorité publique. Sous l'enveloppe d'un formalisme juridique conforme aux principes modernes du constitutionnalisme, souveraineté nationale, séparation des pouvoirs et garantie des droits, le pouvoir demeure conçu comme une faculté de commandement indiscutable dans ses fondements parce qu'émanant d'une autorité supérieure à la société, indivisible dans son expression et irrésistible dans ses effets. Il en résulte qu'en dépit de ses formes d'organisation démocratique le pouvoir restera toujours appréhendé comme une puissance dont la légitimité réside dans une

24. Nous entendons par pouvoir politique ici le pouvoir ayant pour fonction d'organiser le groupe social dans son ensemble.

instance politique supérieure et détachée de la société dont il façonne l'organisation et jusqu'à l'existence même. Là réside l'explication à l'impossible culture des contre-pouvoirs en France qui devrait pourtant animer le principe de la séparation des pouvoirs.

En premier lieu, si le principe de séparation des pouvoirs ne repose pas sur une culture des contre-pouvoirs, là est le point principal, c'est parce que sa concrétisation juridique ne résulte pas d'une conception de **la démocratie qui repose sur un mécanisme de représentation** de la société dans l'État. En France, le système politique va se construire sur un principe d'intégration de celle-ci dans celui-là. Dans le constitutionnalisme américain, inspiré par un système républicain qui se fonde sur le principe de la souveraineté du peuple, la Constitution et les principes qu'elle définit puisent leur autorité dans un principe de représentation qui relie la société à l'État par un mécanisme de délégation de volonté des citoyens aux organes représentatifs. C'est ce mécanisme de figuration de deux entités distinctes, les gouvernants représentants et les différentes forces sociales représentées, qui assure la mise en place des conditions d'une possible culture des contre-pouvoirs entre différents organes qui sont dès lors légitimes à exercer leurs compétences dans une dynamique constitutionnelle du contrôle réciproque, à l'instar de ce que considérait Montesquieu d'ailleurs²⁵.

Rien de tel en France. La question de savoir ce que représentent les organes constitutionnels sera rapidement éludée sous le prétexte des nécessités. Ce problème sera reconsidéré sous les effets d'un travail de désubstantialisation politique des organes constitutionnels commencé par les révolutionnaires eux-mêmes, et d'abord Sieyès dont la construction constitutionnelle repose sur une « stratégie d'évitement de la souveraineté²⁶ ». C'est ce processus qui aboutit à une reconstruction « abstraite » de la souveraineté nationale, construite sur une fiction pulvérisant la société politique en une somme de citoyens qui « veulent par la nation ». Dès lors, la représentation politique, naturellement sollicitée pour lier la société à l'État et justifier le bon exercice de la puissance, ne repose plus sur un principe de délégation de volonté de la société vers

25. Comme le souligne S. Roland, « Loin de concevoir des organes comme des autorités réduites à l'exercice de la ou des fonctions étatiques dont ils sont investis, comme de simples titulaires d'une compétence juridique, en somme comme des instances politiquement désincarnées, il les pense au contraire à partir de leur capacité à réfracter dans le dispositif constitutionnel les différentes forces sociales présentes dans la Cité, c'est-à-dire en prenant en compte les principes de légitimité qui déterminent leur titre réel – au-delà de leur titre légal – à exercer le pouvoir », « Les figures organiques de la légitimité dans la doctrine constitutionnelle de Montesquieu », *RFHIP*, n° 1-2009, *ibid.*, p. 9.

26. L. Jaume : « Le contrôle de constitutionnalité de la loi a-t-il un sens pour la doctrine française de la révolution et des premières années du XIX^e siècle ? », *Aux origines du contrôle de constitutionnalité – XVIII^e-XX^e siècle*, D. Chagnollaud (dir.), Éditions Panthéon-Assas, 2003, p. 20.

les organes représentatifs. Sa fonction change. La représentation repose sur un processus de figuration politique de la société politique dans les organes de l'État juridiquement habilités à reconstruire dans une éthique de l'intérêt général les besoins politiques de la population. Ceux-ci désormais sont portés par un pouvoir qui retrouve son unité dans la loi qui exprime la volonté générale.

Dans un tel contexte de désubstantialisation politique de l'organisation constitutionnelle de l'« État-nation » en second lieu, l'organisation du pouvoir ne résulte pas d'une volonté de faire de la société une puissance politique dont l'État relayerait les choix pas le biais de ses organes « représentatifs » parce qu'élus par la nation. Au contraire, l'organisation du pouvoir résulte d'une institution supérieure à elle et détachée de la société qui veut pour la nation, et l'assimile pour ce faire à ses organes. Le principe de séparation des pouvoirs n'aura jamais vocation à réaliser cette distribution nécessaire des fonctions constitutionnelles entre différents organes représentant les différences forces sociales composant la nation. Reposant sur une entreprise d'esquive des droits des citoyens au profit de l'État, l'organisation du pouvoir se trouve conditionnée par une culture étatique qui transporte dans l'ère républicaine moderne une conception monarchique du pouvoir. Le pouvoir souverain ne se partage pas. Il est une puissance indivisible qui glissera de la main du Roi vers celle des organes représentatifs de la nation qui recherchera toujours son unité au-delà de la volonté de distribuer les trois grandes fonctions de l'État entre trois catégories d'organes. En réalité, c'est une même conception de la puissance qui se perpétue de la Monarchie à la République, au sein d'une institution qui organise la dépersonnalisation, l'État, qui ne recherche la relation avec les citoyens que pour asseoir son entreprise de domination nécessaire en vue de l'organisation de la société qui exige dans sa forme « démocratique » l'assentiment du peuple²⁷.

Dans le langage constitutionnel de la République, une telle culture se traduit par les principes de l'unité et de l'indivisibilité de la souveraineté nationale de sorte qu'en dépit de toutes les concrétisations constitutionnelles, de la balance des pouvoirs ou de la spécialisation des pouvoirs comme l'analyse M. Troper²⁸, le principe de séparation des pouvoirs n'aboutira donc jamais à instaurer ce système de frein nécessaire à la garantie de la liberté politique. Face à l'absence de forces sociales à défendre, les contre-pouvoirs politiques sans cesse consacrés par les Constitutions ne seront jamais que de faibles paravents de papiers soit esquivés, soit neutralisés par les acteurs politiques au nom des nécessités politiques, donc celles de l'État, dont ils décident du sens « dans l'intérêt de la nation ».

27. Cf. J.-M. Denquin, « Sur le 16 mai », *op. cit.*, p. 48.

28. Thèse précitée.

La « conception française de la séparation des pouvoirs » consacrée par le Conseil constitutionnel dans sa jurisprudence établie par les décisions de 1980 et 1987, est notamment fille de cette dénaturation. Elle est l'expression d'une concrétisation viciée du principe de la séparation des pouvoirs qui ne se justifie plus par l'existence de pouvoirs sociaux dont la représentation est nécessairement prise en compte dans le processus de légitimation des gouvernants habilités à exercer les fonctions étatiques. Elle relève d'une culture de la séparation des pouvoirs qui rejette donc la dynamique constitutionnelle des freins et contrepoids gouvernementaux et lui substitue une culture du frein certes toujours invoquée pour prévenir les atteintes liberticides du pouvoir, mais qui s'exprimera autrement et ailleurs. Elle se concrétisera dans une organisation administrative du pouvoir juridiquement conditionnée par un principe d'habilitation. Elle va puiser sa légitimité dans une organisation dualiste des fonctions d'édiction du droit et d'application du droit qui inscrit les organes étatiques dans une relation hiérarchique. De la sorte, les différentes concrétisations juridiques de la séparation des pouvoirs ne répondront plus d'une logique de distribution du pouvoir et d'équilibre institutionnel, mais de hiérarchie et de concentration, de conformité et de validité organisée autour d'une relecture administrative des deux grandes fonctions structurantes de la séparation des pouvoirs chez Montesquieu : une fonction d'édiction du droit théoriquement partagé entre le Parlement et le gouvernement d'une part, et une fonction d'exécution du droit partagé entre l'Administration et les juridictions²⁹. Dès la fin du XVIII^e siècle, cette lecture de la séparation des pouvoirs permettra aux gouvernants de renouer avec la puissante tradition d'un État gouverné par la culture tutélaire, et de plus en plus paternaliste au gré de l'affirmation progressive de l'État à régime administratif dans la République, aujourd'hui incarnée par une haute administration « éclairée », technocratique et financière, sous la V^e République. C'est elle qui détient les leviers des décisions qu'elle légitime au nom d'un intérêt général « pour la nation », dont les contours sont savamment ciselés par la jurisprudence des conseillers de l'État, le Conseil d'État, concrètement maître d'une apparente séparation des pouvoirs totalement maîtrisée par le pouvoir gouvernemental.

Aussi cohérente soit elle, cette concrétisation étatique de la séparation des pouvoirs recèle une faiblesse. Sa mise en œuvre peut certes élaborer des limites au pouvoir par le droit, mais jamais de limites initiées par des droits constitutionnels contre l'exercice du pouvoir. De sorte que si contre-pouvoir il y a, ces derniers demeurent administratifs, jamais constitutionnels. L'absence de consistance démocratique des organes

29. L. Duguit, *L'État*, t. I, p. 450 ; R. Carré de Malberg, *CGTE*, Sirey, 1920, t. I, § 241 sq., p. 719.

constitutionnels dissout le principe de représentation en une délégation de la volonté politique de la nation dans les organes de l'État. Ainsi, elle réduit l'ingénierie constitutionnelle à un jeu de circulation institutionnelle du pouvoir au sein des organes étatiques dans une logique d'incarnation de son existence venant en compensation à l'abstraction issue du phénomène d'institutionnalisation du Pouvoir au sein de l'État administratif moderne³⁰. Dans ce contexte, non seulement la conception française de la séparation des pouvoirs ne protège pas de la concentration du pouvoir au sein de l'État, mais de surcroît, elle ne constitue même pas une ingénierie constitutionnelle efficace dans la défense des libertés contre les atteintes qu'il peut réaliser à leur encontre. Telle est la raison pour laquelle "in fine" dans le constitutionnalisme qui inspire l'« État à régime administratif³¹ », c'est une juridiction administrative, et non une juridiction constitutionnelle, qui se situe au cœur de l'exercice de cette rationalisation. C'est cette substitution des cultures qui a donné naissance à ce que Tocqueville qualifiait hier déjà de Constitution administrative de la France³², qui se pérennise aujourd'hui dans une culture de faux constitutionnalisme³³, car le droit constitutionnel qui en résulte inéluctablement n'a plus vocation à organiser l'exercice de la puissance par une dynamique de contrôle réciproque entre différents organes constitutionnels représentant les forces de la société au sein de l'État. Il est un outil de rationalisation nécessaire de la puissance exercé par le Pouvoir de l'État. C'est ainsi que la culture de l'État de droit s'est substituée à la culture de la démocratie constitutionnelle.

III – UNE SUGGESTION.

MODIFIER LE RAPPORT AU POUVOIR DE L'ÉTAT

Les vertus de cette « conception française de la séparation des pouvoirs » secrétée par le modèle de l'État administratif sont néanmoins contrariées par une ambiguïté qui ne fait pourtant aucun mystère depuis

30. M. Weber, *Économie et société*.

31. M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 1929. Voir aussi G. Bigot, « La protection juridictionnelle des droits face à la légitimation de la puissance étatique », *Le régime représentatif à l'épreuve de la justice constitutionnelle* (dir. S. Mouton), LGDJ Lextenso, « Grands colloques », 2016, p. 241 *sq.*

32. *De l'Ancien Régime et la Révolution*.

33. D'aucuns évoquent la notion d'une Constitution administrative de la France. Voir en ce sens J.-J. Bienvenu *et alii* (dir.), *La Constitution administrative de la France*, Paris, Dalloz, 2012. Telle est la raison profonde de l'influence administrative du droit constitutionnel français qui trouve une expression encore dans la culture de la doctrine constitutionnaliste moderne. Voir D. Baranger et O. Beaud, « Un regard de constitutionnaliste sur le rapport Jospin », *RFDA*, 2013, p. 391.

longtemps et accepté par tradition, et finalement, par résignation. Celle-ci pourrait se comprendre en effet par un processus d'ordre sociologique et culturel, à savoir un mécanisme d'« incorporation³⁴ » politique de la part des citoyens qui les invite à reconnaître pour une évidence un fait qui devrait néanmoins être rediscuté. Quel est ce fait incorporé par les citoyens ? L'État serait la condition d'existence de la société politique : le prouverait la construction de l'État-nation reposant sur un processus d'intégration juridique de la nation dans l'État qui ferait donc naturellement de lui le garant des libertés par l'organisation des relations sociales qu'il assure dans la communauté politique en second lieu.

Une telle conception du rapport politique État/société est la conséquence d'une conception traditionnelle de la relation gouvernants/gouvernés qui puise sa cohérence et sa justification dans l'histoire. Elle repose sur une conception de l'obéissance faite de tradition, de coutume et d'habitude³⁵. Elle recèle néanmoins deux effets pernicieux. En premier lieu, elle neutralise le processus de démocratisation naturel du pouvoir déclenché en 1789 qui aurait pu renvoyer la source du pouvoir au peuple. Or, dans notre conception politique, le Pouvoir reste un phénomène d'autorité dont la source relève d'une instance qui s'impose sur la société. L'État reste fontaine de pouvoir ! En second lieu, cette représentation fausse la signification du lien qui doit naturellement unir la communauté politique à l'État en démocratie. Dans ce régime, l'État n'est plus une institution au service de la société qui délègue sa volonté aux gouvernants responsables devant elle. Il est une institution fondatrice de la société qui ne vient au contact avec le peuple que pour resourcer, dans une organisation finalement artificiellement démocratique, le principe de sa domination. En fin de compte, le pouvoir reste une autorisation au sens hobbesien du terme³⁶, dont la légitimation démocratique s'effectue sur une illusoire identité des gouvernés dans les gouvernants, réalisée par le jeu d'une figuration régénérée périodiquement par l'élection.

Pourtant, avant d'être cette imposante institution politico-administrative, qui domine, discipline organise une communauté d'hommes et de femmes dont l'identité politique est déterminée par une même obéissance à son pouvoir souverain, l'État est une idée³⁷. Il est la concrétisation institutionnelle de la nécessaire relation qui se crée entre le commandement et l'obéissance pour que la communauté politique puisse se pérenniser. Si la société a nécessairement besoin de l'État pour se développer, c'est nécessairement la société qui conditionne l'existence

34. Nous utilisons cette notion d'« incorporation » conformément à l'interprétation sociologique qu'en fait Pierre Bourdieu dans ses études relatives aux comportements sociaux.

35. Comme le soulignait déjà É. de la Boétie dans son *Discours de la servitude volontaire*.

36. T. Hobbes, *Léviathan*, Sirey « Philosophie politique », 1983.

37. G. Burdeau, *L'État*, Paris, Seuil, Rééd. 2009.

de l'État. Une discussion du rapport politique gouvernants/gouvernés réévaluée à l'aune de ce postulat a des conséquences importantes. Elle permet de donner une nouvelle interprétation aux ambiguïtés issues de la rédaction de l'article 16 de la Déclaration de 1789 dont les tourments de l'histoire longtemps favorables à une culture de l'État tutélaire ont éludé le premier sens du constitutionnalisme moderne³⁸. Fondée sur une conception du pouvoir reposant sur une relation, cette doctrine justifie l'idée que les gouvernants puissent être conditionnés dans l'exercice du pouvoir confié par le peuple au motif qu'ils n'en sont pas les titulaires. Cette idée était aussi écrite dans le texte de l'article 16 : une société de citoyens, et non un État, qui cherche à garantir les droits naturels de chaque citoyen au sein d'une organisation politique qui a pour mission de les garantir. Une telle interprétation autorise aussi de considérer que le pouvoir exercé par l'État peut ne pas être exclusivement conçu comme une puissance de domination issue d'une institution tutélaire imposant ses décrets sur une société soumise. Le pouvoir peut aussi être considéré comme un phénomène d'autorité au service de la bonne organisation de la société, c'est-à-dire une société dans laquelle chacun peut vivre dans ses droits naturels et où des espaces de revendications et d'expressions citoyennes et sociales sont possibles dans la construction et la contestation de la volonté générale démocratique.

C'est de cette évolution que réside la possibilité d'introduire dans les concrétisations de notre conception de la séparation des pouvoirs une vraie culture des contre-pouvoirs. Pour qu'une telle culture advienne dans le constitutionnalisme français et permette une vraie concrétisation juridique de la séparation des pouvoirs fidèle à l'esprit de distribution des fonctions régaliennes entre différents organes constitutionnels qui se contrôlent mutuellement, c'est donc à la conception même du lien qui unit gouvernants et gouvernés les citoyens et l'État, qu'il faut revenir et contester la réduction de la représentation du *Pouvoir* à la domination, certes légitime parce que consentie, de l'État. Pour réformer l'organisation du pouvoir afin de donner une effectivité à l'idée d'une séparation effective de ses fonctions en son sein, c'est encore plus loin, la nature même de la représentation du pouvoir dans une démocratie qu'il faut repenser. En fin de compte, c'est au sens même que prennent les notions de commandement et de domination dans l'exercice du pouvoir démocratique qu'il faut retravailler, car en démocratie, la nature du pouvoir ne repose pas sur une domination, mais sur une relation. Dans son essence, le pouvoir ne se définit pas dans le commandement de sorte que la domination n'est pas la nature du pouvoir, seulement une de ses expressions. Il se constitue dans la nécessité d'organiser une relation

38. Voir ici G. Bigot, « La protection juridictionnelle des droits face à la légitimation de la puissance étatique », *op. cit.*, p. 244.

politique qui repose sur une distinction entre les gouvernés, qui bien que titulaires du pouvoir ne peuvent l'exercer que par l'intermédiaire de délégués.

Cet angle de réflexion peut renouveler le questionnement constitutionnel relatif à la séparation des pouvoirs car il permet de relire différemment les classiques réponses données aux questions suivantes : Qu'est-ce que représente le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire ? Une institution de pouvoir, une entité abstraite ou une communauté de citoyens ? Si l'on envisage le Pouvoir démocratique comme l'expression d'une relation entre des citoyens et leurs gouvernants, alors, le sens de la fonction juridictionnelle peut changer. Reposant sur la souveraineté du peuple dont le but est la protection des droits, ce nouveau sens peut justifier l'émergence d'un pouvoir juridictionnel constitutionnel qui doit empêcher les pouvoirs législatif et exécutif de blesser les droits constitutifs d'une société démocratique. Il peut s'affirmer dans un rôle de protection des droits naturels, subjectifs et constitutifs de la liberté de chacun avec les autres, fussent contre l'intérêt général. Là est la condition de l'émergence d'une justice constitutionnelle capable de se hisser en troisième pouvoir constitutionnel, nécessaire à l'efficacité d'un « gouvernement représentatif contraint » par le droit³⁹.

Émancipés de la culture souverainiste européenne, les États-Unis ont imaginé une construction démocratique du pouvoir conciliant le principe de *l'autogouvernement* du Peuple avec le principe représentatif dans un *trialisme* constitutionnel reposant sur un principe de division des pouvoirs et l'institutionnalisation d'un mécanisme de *checks and balances*. Par-delà les insuffisances et les défauts de ce système, le pouvoir judiciaire participe à l'exercice des autres fonctions, législative notamment, par la mise en œuvre d'une faculté d'empêcher judiciaire fondée sur la garantie des droits constitutionnels. Dans les systèmes parlementaires aussi, le pouvoir peut participer avantageusement à la mise en œuvre de la séparation des pouvoirs. Au RU par exemple, la traditionnelle articulation entre le principe de souveraineté et de *Rule of law* (Dicey) invite aujourd'hui à l'émergence d'un pouvoir judiciaire distinct des autres pouvoirs capables de rendre des arrêts prenant les allures de grandes décisions constitutionnelles, à l'instar d'un premier paroxysme jurisprudentiel avec l'arrêt Miller dans l'affaire du *Brexit* britannique⁴⁰. En Allemagne la justice constitutionnelle vient au renfort d'un fédéralisme au

39. Nous nous permettons ici de renvoyer à notre étude : « D'un dualisme à l'autre ? Les évolutions de la conception française de la séparation des pouvoirs dans le constitutionnalisme moderne », Revue *Politeia*, *Les nouveaux aspects du constitutionnalisme*, automne 2010, n° 18, p. 153 sq.

40. Cour suprême du Royaume-Uni, 24 janvier 2017, Arrêt *Miller and another v. Secretary of State for Exiting the European Union* [2017], UKSC 5.

sein duquel le pouvoir est partagé entre plusieurs entités étatiques et limité par le respect des droits fondamentaux.

En l'état de notre « conception française de la séparation des pouvoirs », les contre-pouvoirs sont inexistantes au sein des organes représentatifs, que ce soient les organes parlementaires et plus encore les organes juridictionnels. Au-delà de sa cohérence avec l'histoire (?), cette conception donne vie à une ingénierie qui étouffe tous les contre-pouvoirs juridictionnels : le contre-pouvoir judiciaire réduit à une autorité compétente pour trancher les litiges subjectifs d'une part ; le contre-pouvoir constitutionnel cantonné à une autorité corroborative du législateur d'autre part. Pour voir émerger les contre-pouvoirs politiques, il faudrait repenser les termes d'une légalité façonnée par un gouvernement représentatif centré sur une expression législative du pouvoir dont les deux organes, gouvernemental et parlementaire apparemment liés par une « soudure » politique, se disputent la faculté de statuer dans le but d'exercer un pouvoir de domination étatique sur les citoyens. Pour voir naître de vrais contre-pouvoirs juridictionnels, hypothéqués par une artificielle controverse du gouvernement des juges, il faudrait rediscuter les termes de notre concrétisation classique de la séparation des pouvoirs qui neutralisent la possibilité pour les juridictions de donner naissance à un troisième pouvoir constitutionnel participant non seulement à assurer le respect de la répartition constitutionnelle des pouvoirs entre les organes politiques mais aussi à garantir le respect des droits constitutionnels face à la loi qui « exprime la volonté générale ».

Pour que le juge constitutionnel devienne un vrai tiers pouvoir dans une concrétisation de la séparation des pouvoirs qui fait de lui un vrai contre-pouvoir, ce qu'il n'est aujourd'hui, ni dans son contrôle par voie d'action, ni par voie d'exception, et répondre à la question de savoir à quoi sert la séparation des pouvoirs, il convient de s'interroger sur la question suivante : à quoi sert le commandement dans une démocratie moderne ? À justifier la puissance de l'État ou assurer le développement des droits des membres qui compose la société ? Telle est la voie à suivre pour inventer les conditions d'une ingénierie constitutionnelle apte à participer à une fabrique moderne du droit constitutionnel où la séparation des pouvoirs soit mise au service des droits et revenir *in fine* une lecture moderne, enfin démocratique, de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.